



REPUBBLICA ITALIANA **/2022**

In nome del Popolo Italiano

LA CORTE DEI CONTI

SEZIONE GIURISDIZIONALE PER LA REGIONE TOSCANA

composta dai seguenti Magistrati:

Angelo Bax Presidente

Giuseppe di Pietro Consigliere relatore

Claudio Guerrini Consigliere

ha pronunciato la seguente

S E N T E N Z A n. 300 /2022

nel giudizio iscritto al n. 62278 del registro di segreteria, promosso dal Procuratore regionale della Corte dei conti nei confronti di Cesaretti Graziano, nato a Capannori (LI) il 18.1.1958 ed ivi residente in via Delle Ralle n. 2/A, frazione Camigliano, rappresentato e difeso giusta procura in atti, congiuntamente e disgiuntamente, dal prof. avv. Nicola Pignatelli e dall'avv. Carlo Porcaro D'Ambrosio, con i seguenti indirizzi PEC indicati ai fini delle comunicazioni e delle notificazioni ai sensi dell'art. 28 c.g.c.:

nicola.pignatelli@pecordineavvocatipisa.it;

avvporcarodambrosio@legalmail.it;

esaminati gli atti e i documenti del giudizio;

uditi, all'udienza pubblica del 10 marzo 2022, tenutasi in modalità da remoto, il relatore e il P.M., nella persona del sost. proc. gen. Elena Di Gisi, nonché l'avv. Nicola Pignatelli per parte convenuta;

ritenuto in

FATTO

Con atto di citazione ritualmente notificato, la Procura regionale presso questa Sezione giurisdizionale ha convenuto in giudizio il dott. Cesaretti Graziano, chiedendone la condanna al risarcimento del danno in favore dell'Azienda Ospedaliera Universitaria Pisana, nella misura complessiva di € 218.135,80, nonché in favore dell'Azienda USL Toscana Nord Ovest per € 1.826.530,46, dell'Azienda USL Toscana Sud Est per € 183.601,28 e dell'Azienda USL Toscana Centro per € 37.342,63, per complessivi € 2.265.610,17, oltre alla rivalutazione monetaria dalla data dell'evento lesivo e con gli interessi legali dalla data di pubblicazione della sentenza di condanna, oltre al pagamento delle spese processuali.

A sostegno della domanda, ha dedotto che il convenuto, seppur inquadrato quale dirigente medico presso l'U.O. di Pediatria dell'Ospedale Santa Chiara di Pisa, in regime di *intramoenia*, avrebbe svolto attività libero – professionale continuativa intramuraria e abusiva, anche durante l'orario di servizio, con impiego di ambulatori e apparecchiature diagnostiche ospedaliere, senza l'emissione di validi documenti fiscali a fronte della percezione di compensi dai pazienti e con l'illegittima prescrizione di farmaci a carico del S.S.N., nel periodo compreso tra il 2014 e il 2018.

Per questi stessi fatti, sarebbe stato già deferito all'A. G. per i reati di cui agli artt. 314 c.p., 640 comma 2 c.p., 323 c.p. e 479 c.p.

Per l'esattezza, il Cesaretti svolgeva le visite istituzionali cc.dd. "in

afferenza” quale medico del servizio pubblico, presso l’U.O. Pediatria dell’Ospedale Santa Chiara di Pisa, previa prenotazione da parte dei pazienti tramite CUP (centro unico prenotazioni) e pagamento del relativo ticket ospedaliero.

Egli era stato autorizzato, inoltre, a svolgere l’attività libero – professionale intramuraria presso l’edificio 29 dell’Ospedale di Pisa Cisanello, entro limiti orari precisi (di per sé già molto ampi), sempre previa prenotazione tramite CUP e dietro pagamento di un onorario prestabilito dall’Amministrazione.

Nonostante fosse impegnato in maniera intensa e continuativa, sia per l’attività istituzionale che per quella intramuraria regolarmente autorizzata, avrebbe svolto numerosissime ulteriori visite in *intramoenia* non autorizzate, in prevalenza nel tardo pomeriggio dopo le 17:00 e, talora, anche durante l’orario di servizio ospedaliero, come si desumerebbe dall’incrocio dei dati rilevabili dai prospetti delle timbrature, dai *report* delle visite in afferenza e *intramoenia* legittime, dalle agende degli appuntamenti e dalle cartelle auxologiche acquisite in sede di perquisizione locale.

Secondo l’impostazione accusatoria, tutte le visite, anche quelle abusive, sarebbero state accompagnate da misurazioni antropometriche, analisi ed ecografie, sicché sarebbero state illegittimamente utilizzate (nel caso delle visite abusive) le apparecchiature dell’A.O.U.P.

In occasione della prima visita, veniva anche redatta una cartella auxologica, conservata o presso l’ambulatorio dell’Ospedale Santa

Chiara o presso l'abitazione del convenuto, sistematicamente affiancata da un appunto manoscritto, datato e firmato, dove si relazionava sull'esito della visita, sulle indagini diagnostiche e sulla diagnosi e le prescrizioni.

Attraverso l'esame comparato di queste cartelle auxologiche, delle agende rivenute presso la sua abitazione, dei piani terapeutici, delle ricette mediche, dei tabulati telefonici e delle sommarie informazioni rese da un campione dei genitori dei pazienti, quasi tutti minori, gli inquirenti sarebbero riusciti ad accertare l'importo complessivo dei corrispettivi illegittimamente riscossi dal convenuto, oltre al numero delle ecografie eseguite con le apparecchiature ospedaliere.

In particolare, sarebbe emerso che, nel periodo 2014 – 2018, il dott. Cesaretti aveva visitato n. 60 pazienti con modalità non autorizzate, aveva effettuato n. 24 ecografie servendosi delle apparecchiature ospedaliere ed aveva introitato compensi per complessivi € 5.304,00 (€ 142,00 nel 2014, € 404,00 nel 2015, € 4.118,00 nel 2016, € 500,00 nel 2017 ed € 140,00 nel 2018).

Inoltre, aveva effettuato ulteriori visite abusive su n. 61 pazienti maschi (con il cognome dalla A alla G), eseguito n. 10 ecografie con gli strumenti ospedalieri ed introitato compensi per € 9.864,00.

Da ultimo, aveva eseguito visite con modalità abusive su diversi altri pazienti (maschi con il cognome dalla H alla Z e femmine con cognome A – Z), per i quali, in difetto dell'assunzione a s.i.t. dei genitori, è stato calcolato il compenso al minimo di € 60,00 cadauno, sicché i corrispettivi complessivamente introitati sarebbero pari ad € 40.680,00.

Nel contempo, attraverso l'acquisizione degli elenchi dei pazienti cui erano stati prescritti farmaci soggetti ad obbligo di redazione del c.d. "Piano Terapeutico" e farmaci soggetti a prescrizione mediante ricetta medica, erano stati individuati ulteriori n. 507 pazienti visitati dal dott. Cesaretti, nello svolgimento di attività intramuraria abusiva, dietro la percezione di compensi per complessivi € 59.400,00 (calcolati presuntivamente, sommando il costo minimo di € 60,00 a visita).

Nel complesso, tra il 2014 e il 2018, i pazienti visitati in attività *intramoenia* abusiva e incompatibile sarebbero pari a n. 1008; i corrispettivi raggiungerebbero la somma di € 115.248,00.

Ai sensi dell'art. 53, commi 7 e 7 bis, del D. Lgs. n. 165/2001, oltre che dell'art. 11 della legge regionale n. 40/2005, i compensi dovrebbero essere riversati all'Amministrazione di appartenenza; in caso di inadempimento all'obbligo di riversamento, sussisterebbe una fattispecie di responsabilità erariale. Peraltro, l'obbligo del riversamento deriverebbe anche dal fatto che il convenuto si sarebbe appropriato di somme di spettanza dell'Azienda, in quanto, a seguito della prenotazione tramite CUP – ALPI, dalle tariffe versate dai pazienti avrebbe dovuto detrarre quantomeno il *quantum* dovuto alla stessa Azienda per costi diretti e indiretti. Per questa ragione, sarebbe stato avviato un procedimento penale a suo carico, per il delitto di peculato. Inoltre, il Cesaretti avrebbe effettuato anche n. 34 visite a titolo gratuito, ma utilizzando indebitamente l'ecografo in dotazione all'ospedale; il mancato introito per l'uso dello strumento sarebbe pari ad € 680,00, calcolato moltiplicando per il numero dei pazienti la differenza di circa

€ 20,00, tra la tariffa aziendale per la visita con ecografia (€ 118,19) e quella senza l'uso dell'apparecchiatura (€ 98,00).

Si tratterebbe di un'ulteriore condotta di appropriazione, in quanto il convenuto avrebbe utilizzato indebitamente le apparecchiature del nosocomio per fini personali, correlati all'abusivo svolgimento di attività libero – professionale.

Una terza posta di danno sarebbe costituita dall'indebita percezione dell'indennità di esclusività.

Egli, infatti, sarebbe stato inquadrato quale dirigente medico in regime di *intramoenia*, sicché avrebbe percepito uno specifico trattamento economico aggiuntivo (art. 15 - *quater* del D. Lgs. n. 502/1992), ma avrebbe svolto ulteriore attività libero – professionale non autorizzata, senza soluzione di continuità, facendo così venir meno il presupposto per la percezione delle indennità correlate al regime prescelto (indennità di esclusività, indennità di risultato e parte della retribuzione di posizione), per complessivi € 102.207,31.

Una quarta voce di danno sarebbe costituita dalla spesa sostenuta dall'Amministrazione per i farmaci abusivamente prescritti con il ricettario del SSN e con un piano terapeutico in violazione di legge.

Il dott. Cesaretti, infatti, era abilitato a redigere i piani terapeutici ed a prescrivere i farmaci soggetti a ricetta limitativa (art. 87, lett. d n. 1, del D. Lgs. n. 219/2006), ma soltanto nell'ambito dell'ordinaria attività istituzionale.

Si tratterebbe di farmaci utilizzati per patologie particolarmente impegnative, che richiedono un percorso diagnostico terapeutico

altamente specialistico e per cui l'AIFA prevede la compilazione di un documento, denominato "Diagnosi e trattamento terapeutico", da parte di medici abilitati e presso i centri universitari oppure ospedalieri specializzati individuati dalle Regioni (art. 93 D. lgs. n. 219/2016); inoltre, il ricettario pubblico (cc.dd. ricette rosse) potrebbe essere utilizzato solo dai medici dipendenti o convenzionati con il SSN e nell'ambito dei rispettivi compiti istituzionali (art. 2 D. L. n. 443/1987), mentre sarebbe vietato *expressis verbis* ai medici del servizio pubblico nell'esercizio di attività libero – professionale (art. 15 *quinquies* del D. Lgs. n. 502/1992).

Pertanto, le prescrizioni effettuate in occasione delle visite in attività *intramoenia*, sia legittima che abusiva, sarebbero di per sé del tutto illegittime. Ne conseguirebbe che il medico dovrebbe essere tenuto a rimborsare al SSN i farmaci indebitamente prescritti (art. 1 D. L. n. 323/1996).

Nello specifico, come emerso dalla documentazione acquisita presso le UOC farmaceutiche territoriali delle Aziende UsI Toscana Nord-ovest, Centro e Sud-est, il convenuto avrebbe redatto piani terapeutici abusivi (per l'impiego di somatropina) ed effettuato prescrizioni sul ricettario a carico del SSN per n. 269 pazienti (n. 46 in attività intramuraria legittima, n. 223 in occasione dell'attività libero – professionale non autorizzata), con un danno erariale originariamente quantificato in € 3.008.269,77 e poi rideterminato, in virtù delle allegazioni difensive, in € 2.047.474,37.

A seguito dell'invito a dedurre e della contestuale richiesta di sequestro

conservativo, accolta con decreto presidenziale n. 1/2021 e sostanzialmente confermato con ordinanza del giudice designato n. 10/2021, infatti, il dott. Cesaretti aveva eccepito la prescrizione per gli anni 2014 – 2015, l'erroneità della quantificazione delle somme da restituire al lordo delle ritenute fiscali e previdenziali, l'insussistenza del danno derivante dall'illegittima percezione dei compensi (superato dalla percezione dell'indennità di esclusività), nonché l'impossibilità di ravvisare un vero e proprio danno dalla prescrizione dei farmaci, trattandosi di medicine che dovevano essere comunque assunte dai pazienti e che sarebbero state ugualmente prescritte da qualunque medico.

Sulla scorta delle deduzioni difensive, veniva effettuata un'attività istruttoria ulteriore, compendiata nella nota della Guardia di Finanza n. 2585 del 7 maggio 2021, con la quale l'importo del danno da illegittima prescrizione di farmaci a carico del SSN veniva rideterminato in complessivi € 2.047.474,37, IVA compresa.

A parere del Pubblico Ministero, la condotta del convenuto sarebbe di natura dolosa, in quanto egli, pur avendo prescelto il regime in *intramoenia* ed a fronte di una normativa dal chiaro tenore testuale e risalente nel tempo, avrebbe effettuato numerosissime visite non autorizzate, si sarebbe servito delle apparecchiature pubbliche per fini personali e avrebbe effettuato diverse prescrizioni di farmaci a carico del SSN. Nello specifico, egli fissava direttamente gli appuntamenti, aggirando la procedura di prenotazione tramite CUP – ALPI; svolgeva l'attività non presso gli ambulatori individuati per l'ALPI ma nel reparto

dell'Ospedale Santa Chiara di Pisa; concentrava spesso le visite illecite in tarda serata; incassava *brevi manu* i compensi, senza rilasciare ricevuta.

Contrariamente a quanto argomentato a seguito dell'invito a dedurre, le somme dovute per gli anni 2014 e 2015 non sarebbero cadute in prescrizione, in quanto, ricorrendo un'ipotesi di occultamento doloso del danno, il *dies a quo* dovrebbe essere individuato nel momento della trasmissione della *notitia damni*.

In secondo luogo, le somme sarebbero state calcolate correttamente al lordo delle ritenute fiscali, alla luce del *dictum* delle Sezioni riunite (SSRR, sent. QM n. 24/2020).

Inoltre, non risponderebbe al vero che sussisteva la prassi di redigere i piani terapeutici anche al di fuori dalle sedi dedicate, né sarebbe ravvisabile alcuna contraddittorietà nella contestazione dei profili di danno da percezione indebita dell'indennità di esclusività e da mancato riversamento dei compensi, in quanto la violazione del dovere di esclusività non potrebbe rendere di per sé lecita l'attività professionale svolta al di fuori dal perimetro dell'*intramoenia* autorizzata.

In merito alla deduzione concernente l'erroneità del calcolo dei compensi professionali non riversati all'Amministrazione di appartenenza, la Procura erariale ha rilevato che, mentre in sede penale la quantificazione era stata operata soltanto sulla base delle dichiarazioni dei genitori dei piccoli pazienti, nel nostro caso si sarebbe fatto invece ricorso a prove di tipo presuntivo, ai sensi dell'art. 2729 cod. civ.

In ordine all'ultima posta risarcitoria, sull'argomentazione incentrata sull'insussistenza del danno derivante dalla pretesa idoneità dei piani terapeutici, seppur redatti in violazione di prescrizioni di carattere formale, parte attorea ha chiarito di non aver mai sindacato la valutazione tecnico - scientifica circa la spettanza del farmaco, essendo invece il *thema decidendum* limitato all'accertamento di un danno erariale che di per sé atterrebbe alla prescrizione di farmaci a carico del SSN al di fuori dal perimetro istituzionale entro cui deve invece operare il percorso diagnostico e terapeutico delle malattie particolarmente impegnative, che necessitano dei farmaci di cui all'art. 87, lett. d n. 1, del D. Lgs. n. 219/2006.

In questi casi, infatti, il diritto del paziente all'ottenimento del farmaco adeguato sarebbe comunque subordinato alla preventiva diagnosi effettuata da un medico abilitato, nella sua veste pubblica, sicché non sarebbe ammissibile che siffatta valutazione possa essere compiuta dal sanitario nella sua veste privata, con l'uso del ricettario pubblico, anche "al fine di scongiurare che le sue scelte possano essere orientate da ragioni di carattere personale, come ad esempio quella di potenziare il numero di pazienti privati, in dispregio delle esigenze di salvaguardia della finanza pubblica".

In tale contesto, pertanto, la prescrizione dei farmaci in violazione di legge sarebbe di per sé foriera di danno erariale, perché produttiva di una spesa generata al di fuori dal contesto istituzionale, unica sede possibile ai fini della valutazione della spettanza del farmaco.

Per questa ragione, graverebbe sul convenuto l'onere di provare

l'effettiva spettanza del farmaco; diversamente, la stessa entità dell'indebito costituirebbe danno erariale.

Pertanto, la Procura regionale ha concluso per la condanna del convenuto al pagamento in favore dell'Azienda Ospedaliera Universitaria Pisana della somma di € 218.135,80, nonché di € 1.826.530,46 in favore dell'Azienda USL Toscana Nord Ovest, di € 183.601,28 per l'Azienda USL Toscana Sud Est e di € 37.342,63 per l'Azienda USL Toscana Centro, per complessivi € 2.265.610,17, oltre accessori e con vittoria di spese.

Il convenuto, costituendosi in giudizio, ha eccepito in via preliminare la prescrizione quinquennale della posta risarcitoria inerente alla violazione dell'obbligo di esclusività e relativa agli anni 2014 e 2015 (quantificabile in € 45.611,49), deducendo che non sarebbe ravvisabile alcun occultamento doloso, in quanto l'attività sarebbe stata del tutto conforme alla prassi cristallizzata nell'Azienda Ospedaliero – Universitaria di Pisa.

In ordine alla stessa voce di danno, ha contestato la quantificazione al lordo delle ritenute fiscali, oramai da escludere alla luce del comma 1 dell'art. 150 del D. L. n. 34/2020, che avrebbe positivizzato il principio secondo il quale la ripetizione dell'indebita erogazione stipendiale dovrebbe sempre avvenire al netto delle ritenute fiscali, così superando la più rigoristica giurisprudenza delle Sezioni riunite richiamata in citazione (SSRR, sent. QM 24/2020).

Ne conseguirebbe che, dall'importo complessivamente contestato di € 102.207,80, occorrerebbe detrarre la somma di € 46.535,22, sicché

l'indennità di esclusività al netto sarebbe pari ad € 55.672,58.

Anche in ordine al danno derivante dal mancato riversamento dei compensi, percepiti nell'esercizio di attività libero – professionale non autorizzata, ha eccepito in via preliminare la prescrizione quinquennale delle somme ascrivibili agli anni 2014 e 2015.

Nel merito, ha evidenziato la contraddittorietà della duplice contestazione del danno da illegittima percezione dell'indennità di esclusività e da mancato riversamento dei compensi, deducendo che la prima voce dovrebbe escludere la seconda, con la conseguenza che non sarebbe dovuto l'importo di € 115.248,00.

In ogni caso, quest'ultima somma sarebbe stata quantificata in maniera erronea, in quanto non si sarebbe tenuto conto del fatto che *medio tempore*, in sede penale, il danno sarebbe stato notevolmente ridotto ad € 37.683,00, già con l'avviso di conclusione delle indagini preliminari.

Pertanto, la somma di € 115.248,00 dovrebbe essere ridotta ad € 37.683,00; tenendo conto degli errori di calcolo evidenziati nella relazione tecnico – contabile di parte (doc. 8), dovrebbe essere ulteriormente diminuita ad € 30.288,00. Inoltre, occorrerebbe detrarre i compensi di spettanza del Cesaretti nell'esercizio di attività *intramoenia* (di € 17.739,80), sicché il danno dovrebbe essere limitato alla quota aziendale di € 12.548,20.

Da ultimo, il difensore ha rilevato che la stessa quantificazione del danno in € 37.683,00, riportata nell'avviso ex art. 415 bis c.p.p., sarebbe stata contraddetta dalle risultanze delle indagini penali, dalle

quali sarebbe emersa la minor somma di € 27.881,00.

Sotto questo profilo, l'operare nel processo contabile di criteri di natura presuntiva non potrebbe certamente colmare la distanza siderale esistente tra l'esito delle indagini penali e le contestazioni del PM erariale.

In ordine alla spesa per farmaci illegittimamente prescritti, i procuratori hanno evidenziato che la stessa riduzione dell'importo da € 3.226.404,57 ad € 2.265.610,16, nel passaggio tra l'invito a dedurre e l'atto di citazione, attesterebbe l'inattendibilità strutturale della contestazione.

In primo luogo, infatti, l'erroneità nel procedimento prescrittivo non causerebbe ex se un pari danno erariale, in quanto a tal fine occorrerebbe dimostrare che i farmaci non erano effettivamente dovuti.

Diversamente argomentando, si perverrebbe ad un'inammissibile inversione dell'onere della prova, che graverebbe invece sulla Procura attorea trattandosi di un elemento costitutivo della responsabilità erariale.

Sotto il profilo sostanziale, la normativa sarebbe stata rispettata dal dott. Cesaretti, essendo egli un medico ospedaliero specialista, appositamente abilitato dalla Regione alla prescrizione di questa tipologia di farmaci, dipendente di un reparto ospedaliero attrezzato e giustificato dalla corretta redazione del Piano terapeutico (nel luogo indicato dalla normativa, l'Ospedale Santa Chiara, dove si trovava il *software* necessario; pertanto, tutti gli accertamenti sarebbero avvenuti in regime istituzionale, mentre soltanto l'atto finale, rappresentato dalla

scrittura del Piano, sarebbe stato libero – professionale). Inoltre, il convenuto avrebbe prescritto correttamente i farmaci a pazienti che ne avevano realmente diritto, ossia ai soggetti che rispettavano i criteri indicati dalla Nota AIFA 39.

In quest'ottica, la circostanza che alcune visite siano avvenute in un luogo diverso dai locali della Clinica pediatrica, o seguendo modalità diverse da quelle dettate dalla normativa, non inciderebbe sulla legittimità sostanziale della redazione del Piano terapeutico e sulla connessa somministrazione del farmaco.

A parere della difesa, ne conseguirebbe che la condotta del convenuto non potrebbe essere qualificata come *contra ius*; in ogni caso, non sarebbe configurabile alcun danno erariale, trattandosi di farmaci comunque dovuti e correttamente prescritti sul piano sostanziale, a pazienti che avevano scelto liberamente l'opzione libero – professionale.

Non a caso, l'Amministrazione non avrebbe mai contestato al dott. Cesaretti né l'erronea redazione dei piani né l'illegittima prescrizione dei farmaci in *intramoenia*; del pari, nessuna obiezione sarebbe stata mossa a tutti gli altri medici che avevano prescritto per anni gli stessi farmaci, sempre nell'esercizio di attività intramuraria.

Ad ulteriore conferma della tesi difensiva, la Procura non avrebbe mai contestato, sotto il profilo medico – scientifico, l'erronea redazione dei piani e/o l'erronea prescrizione dei farmaci, sicché non vi sarebbe alcuna prova che la scelta di addivenire a quelle prescrizioni abbia comportato una spesa, che lo Stato non avrebbe comunque sostenuto.

In altri termini, l'erroneità nel procedimento di rilascio del farmaco non equivarrebbe di per sé alla produzione di un danno erariale, dovendosi astrarre la fattispecie globale dalla mera sequenza procedimentale; l'unico discrimine sarebbe costituito dall'insussistenza della doverosità del farmaco, che nel caso in esame non sarebbe stata mai dimostrata.

Quanto al ricettario, i procuratori hanno dedotto che non sarebbe mai stato utilizzato dal dott. Cesaretti e che non vi sarebbe alcuna prova in tal senso. In ogni caso, a nulla rilevarebbe l'erroneo utilizzo del ricettario, qualora i farmaci fossero stati effettivamente dovuti, atteso che occorrerebbe provare che la violazione delle regole abbia comportato un aggravio di spesa per il SSN.

Sulla quantificazione dei costi dei farmaci oggetto di indebita prescrizione, i difensori hanno richiamato la relazione tecnica di parte (doc. 11), dove sono stati capillarmente rilevati errori di calcolo, duplicazioni di voci, prezzo improprio dei farmaci, piani terapeutici prescritti da altri medici, errori di copiatura tra vecchi e nuovi allegati, *et similia*, che dimostrerebbero la necessità di detrarre dall'importo in contestazione la somma di € 697.279,14.

A parere dei difensori, infine, non sarebbe configurabile in alcun modo l'elemento soggettivo (avendo il Cesaretti aderito ad una prassi amministrativa consolidata dell'Azienda); di contro, dovrebbe essere applicato in via subordinata il potere riduttivo dell'addebito, in quanto i farmaci sarebbero stati prescritti a carico del SSN in ossequio ad una prassi consolidata, perché clinicamente dovuti ed a pazienti che ne avevano un effettivo bisogno.

I procuratori hanno concluso, pertanto, per la reiezione della domanda o per la riduzione del *quantum debeatur*, con vittoria di spese.

All'udienza di discussione, in ordine all'indennità di esclusività, il Pubblico Ministero ha ribadito l'infondatezza dell'eccezione di prescrizione, in quanto l'omessa richiesta delle prescritte autorizzazioni integrerebbe già di per sé gli estremi dell'occultamento doloso del danno.

Peraltro, questa voce di danno non escluderebbe certamente l'obbligo di riversamento dei compensi, percepiti per le attività non autorizzate, giacché altrimenti si addiverrebbe ad una sorta di sanatoria per le attività illegittimamente espletate. Per l'*intramoenia*, le somme dovrebbero essere restituite per intero, non soltanto per la quota parte di pertinenza del medico, proprio perché l'intera attività sarebbe stata svolta abusivamente, sicché non sarebbero applicabili i criteri di ripartizione stabiliti dalla normativa sulla c.d. ALPI.

In ogni caso, le somme dovrebbero essere restituite al lordo; infatti, il richiamo difensivo al D. L. n. 34/2020 non sarebbe pertinente, giacché la nuova normativa avrebbe ad oggetto unicamente l'indebito oggettivo, non i criteri di quantificazione del risarcimento dei danni.

In ordine alla pretesa erroneità dei calcoli e al divario ravvisabile con le somme contestate in sede penale, il PM ha ribadito che non si tratterebbe di una discrasia giuridicamente rilevante, in quanto in questa sede il giudizio avrebbe natura risarcitoria e recuperatoria e si baserebbe su criteri probatori del tutto differenti.

In ordine alla questione del rimborso del costo dei farmaci, ha ribadito

che il legislatore, con l'avallo della giurisprudenza costituzionale (sent. n. 94/2009), avrebbe cercato di bilanciare le esigenze di tutela della salute con la necessità di garantire la sostenibilità della spesa pubblica in materia sanitaria; in quest'ottica, avrebbe scelto di rimettere al medico del SSN, ma soltanto nel suo ruolo istituzionale, il potere di incidere sulla spesa pubblica, per particolari categorie di farmaci. Diversamente, il convenuto avrebbe effettuato parte delle prescrizioni al di fuori dal suo ruolo istituzionale, sicché gli esborsi sarebbero di per sé illegittimi e fonte di responsabilità erariale, indipendentemente dall'eventuale correttezza scientifica delle stesse prescrizioni, che sotto questo profilo sarebbe del tutto irrilevante. Gli inquirenti, nel ricostruire la vicenda, avrebbero correttamente computato nel *quantum* risarcitorio soltanto le spese per le prescrizioni effettuate al di fuori dal perimetro istituzionale.

Contrariamente a quanto argomentato dalla difesa, non si tratterebbe di una mera irrivalenza procedimentale, in quanto la prescrizione del farmaco avrebbe anche natura autorizzativa, essendo volta a consentire all'assistito di ottenere il rimborso. Nel caso di specie, non avendo il convenuto rispettato i presupposti per l'esercizio del potere autorizzatorio, la spesa sarebbe stata disposta senza che egli, in quei momenti e in quelle sedi, ne avesse la competenza, con la conseguenza che l'atto (la prescrizione) sarebbe nullo e inidoneo ad incidere sul bilancio pubblico.

Peraltro, l'effettiva spettanza dei farmaci prescritti sarebbe tutta da dimostrare e l'onere sarebbe a carico del convenuto, giacché si

tratterebbe di spese effettuate già di per sé in violazione di legge, con un'incidenza illegittima sul bilancio pubblico. La diversa giurisprudenza, citata in senso contrario dal convenuto, avrebbe ad oggetto casi di iper-prescrizione o di autorizzazione in favore di soggetti senza titolo, da parte di medici che però erano provvisti del potere di autorizzare la spesa.

Per il resto, il PM ha insistito per l'accoglimento della domanda, riportandosi a tutte le circostanze di fatto ed alle argomentazioni enucleate in citazione, dichiarando di non opporsi all'esercizio dell'eventuale potere riduttivo dell'addebito, in considerazione della possibile effettiva necessità di somministrare i farmaci ai pazienti.

Il difensore, nel reiterare le eccezioni e le controdeduzioni articolate in comparsa, ha ribadito, in ordine alla prescrizione, l'evidente impossibilità di configurare qualsivoglia ipotesi di occultamento doloso, che comunque non sarebbe configurabile quantomeno in relazione alle attività in *intramoenia* autorizzate e legittime, delle quali l'Amministrazione sarebbe stata pienamente al corrente già *ab initio*.

Ne conseguirebbe che le pertinenti somme, per gli anni 2014 e 2015, sarebbero innegabilmente cadute in prescrizione.

Sul computo al lordo degli importi da restituire, ha ribadito che si dovrebbe tener conto esclusivamente delle somme entrate nella sfera patrimoniale del convenuto, come previsto dal D.L. n. 34/2020.

In ordine al *quantum* dei compensi, ha insistito sulla differenza con il danno contestato in sede penale, dove l'azione erariale avrebbe tratto la sua origine, con la conseguente necessità di rideterminarlo al più in

circa trentasettemila euro.

Sulle violazioni concernenti il procedimento di prescrizione dei farmaci, ha ribadito che il D. Lgs. n. 219/2016 non escluderebbe che l'*intramoenia* debba essere considerata attività istituzionale, in quanto non vi sarebbe un divieto espresso di prescrizione dei farmaci in contestazione. In realtà, la normativa (nota AIFA 39) prevederebbe unicamente che le diagnosi specialistiche debbano essere effettuate da un medico specialista (come era il dott. Cesaretti) e in un ambiente dotato degli strumenti idonei ad effettuare la diagnosi (come era, per l'appunto, la Pediatria UO di Pisa).

La condotta del convenuto, pertanto, sarebbe del tutto conforme allo schema normativo; al più, egli avrebbe commesso una serie di errori di carattere meramente procedurale, che sarebbero del tutto irrilevanti ai fini della configurabilità del danno erariale. Per converso, non vi sarebbe alcuna prova in merito alla pretesa nullità degli atti, adombrata dal PM in sede di discussione, non essendovi alcun accertamento in tal senso né ad opera dell'Amministrazione, né da parte del giudice amministrativo.

Peraltro, anche qualora la condotta del dott. Cesaretti fosse stata realmente *contra ius*, non sarebbe stata in alcun modo foriera di danno erariale, atteso che l'effettiva spettanza dei farmaci (non contestata) sarebbe stata di per sé sufficiente a giustificare l'esborso a carico del SSN, per tutelare la salute dei pazienti.

Il punto di equilibrio tra la tutela del diritto alla salute e la salvaguardia del bilancio del SSN, infatti, non escluderebbe che la previsione possa

essere effettuata in *intramoenia*, soprattutto se si tratti di attività esercitata all'interno della struttura ospedaliera e da uno dei medici dipendenti. Non essendoci stata alcuna contestazione da parte dell'Amministrazione in merito alla debenza dei farmaci, l'inversione dell'onere della prova sul punto sarebbe inaccettabile.

Il riferimento al ricettario sarebbe invece un elemento spurio, sia perché il dott. Cesaretti non lo avrebbe mai utilizzato, sia in quanto la ripetizione delle somme sostenute per l'acquisto dei farmaci sarebbe prevista solo per le cc.dd. ricette rosse.

In ordine al *quantum*, la difesa ha ribadito gli errori di calcolo evidenziati nella memoria di costituzione, mentre in merito all'elemento soggettivo ha dedotto che non sussisterebbe alcun dolo per la prescrizione dei farmaci, né sarebbe configurabile la colpa grave.

Da ultimo, ha auspicato l'esercizio del potere riduttivo dell'addebito, puntualizzando che dovrebbe essere comunque esercitato dopo il ricalcolo in diminuzione delle somme, non a monte.

In sede di replica, il PM ha ribadito che la vicenda si sarebbe delineata solo a seguito dell'attività investigativa degli inquirenti, sicché in linea generale sarebbe configurabile l'occultamento doloso, per tutte le ipotesi di danno erariale; in particolare, solo all'esito delle indagini della Guardia di Finanza, si sarebbe compreso che le prescrizioni dei farmaci erano illegittime, configurandosi così un'ipotesi di illecito erariale.

Sulla spettanza o meno dei farmaci, ha ribadito che non si tratterebbe di una questione rilevante, perché la condotta foriera di danno erariale

sarebbe ravvisabile nel fatto che il convenuto aveva prescritto quei farmaci in una veste che non lo consentiva, cioè nella qualità di libero professionista, anche se era dipendente del SSN.

La condotta sarebbe assolutamente dolosa, avendo egli consapevolmente violato gli obblighi di servizio.

In sede di replica, la difesa ha ribadito che la condotta era conoscibile da parte dell'Amministrazione, giacché i piani terapeutici erano agli atti dell'ASL e la situazione era evidente per tutti gli altri medici.

Chiusa la discussione, il giudizio è passato in decisione.

DIRITTO

1. L'oggetto della domanda.

La Procura regionale presso questa Sezione giurisdizionale ha convenuto in giudizio Cesaretti Graziano, chiedendone la condanna al risarcimento del danno in favore dell'Azienda Ospedaliera Universitaria Pisana, nella misura complessiva di € 218.135,80, nonché in favore dell'Azienda USL Toscana Nord Ovest per € 1.826.530,46, dell'Azienda USL Toscana Sud Est per € 183.601,28 e dell'Azienda USL Toscana Centro per € 37.342,63, per complessivi € 2.265.610,17, oltre alla rivalutazione monetaria dalla data dell'evento lesivo e con gli interessi legali dalla data di pubblicazione della sentenza di condanna, oltre al pagamento delle spese processuali.

A sostegno della domanda, ha dedotto che il convenuto, seppur inquadrato quale dirigente medico presso l'U.O. di Pediatria dell'Ospedale Santa Chiara di Pisa, in regime di *intramoenia*, avrebbe svolto attività libero – professionale continuativa intramuraria e

abusiva, anche durante l'orario di servizio, con impiego di ambulatori e apparecchiature diagnostiche ospedaliere, senza l'emissione di validi documenti fiscali a fronte della percezione di compensi dai pazienti e con l'illegittima prescrizione di farmaci a carico del S.S.N., nel periodo compreso tra il 2014 e il 2018.

Nello specifico, nonostante fosse impegnato in maniera intensa e continuativa, sia per l'attività istituzionale che per quella intramuraria regolarmente autorizzata, avrebbe svolto ulteriori visite in *intramoenia* non autorizzate, talora anche durante l'orario di servizio ospedaliero, introitando compensi in maniera illegittima per complessivi € 115.248,00, da riversare all'Amministrazione di appartenenza ai sensi dell'art. 53, commi 7 e 7 *bis*, del D. Lgs. n. 165/2001, oltre che dell'art. 11 della legge regionale n. 40/2005.

Inoltre, il Cesaretti avrebbe effettuato anche n. 34 visite a titolo gratuito, ma utilizzando indebitamente l'ecografo in dotazione all'ospedale; il mancato introito per l'uso dello strumento sarebbe pari ad € 680,00, calcolato moltiplicando per il numero dei pazienti la differenza di circa € 20,00, tra la tariffa aziendale per la visita con ecografia (€ 118,19) e quella senza l'uso dell'apparecchiatura (€ 98,00).

Una terza posta di danno sarebbe costituita dall'indebita percezione dell'indennità di esclusività, per complessivi € 102.207,31.

Una quarta voce, infine, sarebbe costituita dalla spesa sostenuta dall'Amministrazione per i farmaci abusivamente prescritti con il ricettario del SSN e con un piano terapeutico in violazione di legge, per complessivi € 2.047.474,37, IVA compresa.

In totale, il danno ammonterebbe ad € 2.265.610,17, oltre accessori.

2. L'eccezione di prescrizione.

In via preliminare, il convenuto ha eccepito la prescrizione quinquennale della posta risarcitoria inerente alla violazione dell'obbligo di esclusività e relativa agli anni 2014 e 2015 (quantificabile in € 45.611,49), deducendo che non sarebbe ravvisabile alcun occultamento doloso, in quanto l'attività sarebbe stata del tutto conforme alla prassi cristallizzata nell'Azienda Ospedaliero – Universitaria di Pisa.

L'eccezione è infondata.

Ai sensi del comma 2 dell'art. 1 della legge n. 20 del 1994, come modificato dalla successiva legge n. 639 del 1996, il diritto al risarcimento del danno si prescrive in cinque anni, decorrenti dalla data in cui si è verificato il *fatto dannoso*, ovvero, in caso di occultamento doloso, dalla sua *scoperta*. Secondo la giurisprudenza contabile, la norma ha introdotto il principio della decorrenza della prescrizione dal momento della conoscibilità obiettiva del danno, *restando fermo il diverso principio della conoscenza effettiva solo nel caso dell'occultamento doloso* (*ex plurimis*, Sez. III Centr. App., sent n. 311/2004; Sez. Giur. Campania, sent.n. 118/2019). La conoscibilità obiettiva del danno presuppone, per l'appunto, che il danno si sia verificato e, in secondo luogo, che sia conoscibile secondo ordinari criteri di diligenza.

Nel caso in esame, come correttamente argomentato dal Pubblico Ministero, l'occultamento doloso è ravvisabile già nella stessa condotta

omissiva, serbata dal convenuto nell'astenersi sistematicamente dal richiedere di volta in volta le autorizzazioni necessarie per l'esercizio delle diverse attività extraistituzionali, ovvero nel travalicarne i limiti.

Come ripetutamente statuito dalla giurisprudenza contabile, infatti, "i pubblici impiegati", tra i quali il "dipendente di un'Azienda Sanitaria pubblica, sono al servizio "esclusivo" dell'ente pubblico datore di lavoro (art. 28 della Costituzione)", sicché "sono obbligati a richiedere l'autorizzazione dell'ente di appartenenza, il quale dovrà valutare, *di volta in volta*, l'eventuale e possibile situazione di incompatibilità e di conflitto di interessi con l'Azienda", Ne consegue che "la sussistenza dell'occultamento doloso (...) è evidente" se "attuato mediante un silenzio, consapevolmente serbato, sullo svolgimento" delle attività extraistituzionali (Sez. I App., sent. n. 151/2018).

Infatti, "non occorre uno specifico comportamento a ciò finalizzato, ma un fatto oggettivo che impedisca la conoscibilità della realizzazione del documento al danneggiato (Sez. II App., sentt. n. 189/2018, n. 353/2014, n. 416/2013 e n. 616/2011).

Nel caso di specie, a parte la condotta omissiva del dott. Cesaretti, si rileva che la vicenda è emersa soltanto grazie al certosino lavoro di ricostruzione effettuato dagli inquirenti, che li ha portati a ripetere calcoli complessi, anche a seguito delle argomentazioni difensive articolate a seguito dell'invito a dedurre. Era dunque impossibile, per l'Amministrazione, prendere cognizione delle diverse attività illecite espletate dal proprio dipendente.

E' noto, infatti, che l'autorizzazione deve essere richiesta di volta in volta e per ciascuna attività extraistituzionale, specificandone caratteristiche, durata e modalità, in maniera tale da mettere l'Amministrazione in condizione di valutarne la compatibilità con le mansioni espletate dal dipendente e di verificare l'insussistenza di eventuali conflitti di interessi, ovverosia di porre in essere una serie di accertamenti specifici.

Pertanto, l'*exordium praescriptionis*, anche a non voler accedere alla tesi più restrittiva che lo identifica nel rinvio a giudizio, non può essere comunque individuato prima della data di invio della *notitia damni* alla Procura erariale (nota n. 0286672/2020 del 10.9.2020).

Ne consegue, per queste voci di danno, la reiezione dell'eccezione di prescrizione.

Anche in ordine al danno derivante dal mancato riversamento dei compensi, percepiti nell'esercizio di attività libero – professionale non autorizzata, la difesa ha eccepito in via preliminare la prescrizione quinquennale delle somme ascrivibili agli anni 2014 e 2015.

Sotto questo profilo, non è configurabile alcun occultamento doloso.

Infatti, non era necessaria alcuna autorizzazione, non essendo comunque possibile per il medico, che non operasse nella veste istituzionale, l'effettuazione delle prescrizioni con le cc.dd. ricette rosse. D'altronde, l'attività non veniva nemmeno occultata dal convenuto, che invece ha continuato per anni ad effettuare prescrizioni in violazione della normativa specifica in materia, senza che l'Amministrazione predisponesse alcun genere di controllo.

Tuttavia, l'eccezione è comunque infondata, in quanto solo con lo svolgimento delle indagini penali è stato possibile procedere ad una completa ricostruzione dell'ipotesi di danni erariale.

Come chiarito più volte dalla giurisprudenza contabile, quando lo stesso fatto illecito costituisce oggetto di un procedimento penale, in linea generale "fino al momento della richiesta di rinvio a giudizio (...) non è postulabile che l'Amministrazione danneggiata" sia "a conoscenza in modo attendibile di tutte le componenti del danno erariale" (Sez. I App., sent. n. 238/2021).

Per il vero, la correlazione non è automatica, ma occorre valutare in maniera più specifica "se, nel caso concreto, eventuali ulteriori fatti o accertamenti (...), comunicati precedentemente al requirente contabile, abbiano già individuato, almeno nei suoi elementi essenziali, il presunto fatto dannoso ed i comportamenti imputabili ai presunti responsabili. In tal caso, la scoperta del danno deve essere individuata proprio con la comunicazione di tali fatti al requirente contabile" (così, *ex plurimis*, Sez. I Centr. App., sent. n. 244/2017).

Nel caso in esame, solo a seguito del compimento dell'attività investigativa è stato possibile delineare i contorni della vicenda, di per sé estremamente complessa e difficile da verificare.

Ne consegue, anche sotto questo profilo, la reiezione dell'eccezione di prescrizione.

3. L'esame del merito della domanda. A) Il panorama normativo generale; l'opzione per il regime in *intramoenia*.

In linea generale, già con il DPR n. 3 del 1957 è stato previsto, in

materia di incompatibilità dei pubblici dipendenti, che *“l'impiegato non può esercitare il commercio, l'industria, né alcuna professione o assumere impieghi alle dipendenze di privati o accettare cariche in società costituite a fine di lucro, tranne che si tratti di cariche in società o enti per le quali la nomina è riservata allo Stato e sia all'uopo intervenuta l'autorizzazione del Ministro competente”*.

Con l'art. 53 del D. Lgs. n. 165 del 2001, rubricato *“incompatibilità, cumulo di impieghi e incarichi”*, è stato ribadito che *“resta ferma per tutti i dipendenti pubblici la disciplina delle incompatibilità dettata dagli articoli 60 e seguenti del testo unico approvato con decreto del Presidente della Repubblica 10 gennaio 1957, n. 3”*, salve le deroghe di legge e quelle specificamente previste per i rapporti di lavoro a tempo parziale (comma 1).

Inoltre, è stato precisato che *“le pubbliche amministrazioni non possono conferire ai dipendenti incarichi, non compresi nei compiti e doveri di ufficio, che non siano espressamente previsti o disciplinati da legge o altre fonti normative, o che non siano espressamente autorizzati”* (comma 2).

Ai sensi del comma 6, le limitazioni *“si applicano ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, compresi quelli di cui all'articolo 3, con esclusione dei dipendenti con rapporto di lavoro a tempo parziale con prestazione lavorativa non superiore al cinquanta per cento di quella a tempo pieno, dei docenti universitari a tempo definito e delle altre categorie di dipendenti pubblici ai quali è consentito da disposizioni speciali lo svolgimento di attività libero-*

professionali. Sono nulli tutti gli atti e provvedimenti comunque denominati, regolamentari e amministrativi, adottati dalle amministrazioni di appartenenza in contrasto con il presente comma.

Gli incarichi retribuiti, di cui ai commi seguenti, sono tutti gli incarichi, anche occasionali, non compresi nei compiti e doveri di ufficio, per i quali è previsto, sotto qualsiasi forma, un compenso”.

La disposizione aggiunge che “sono esclusi i compensi derivanti:

a) dalla collaborazione a giornali, riviste, enciclopedie e simili;

b) dalla utilizzazione economica da parte dell'autore o inventore di opere dell'ingegno e di invenzioni industriali;

c) dalla partecipazione a convegni e seminari;

d) da incarichi per i quali è corrisposto solo il rimborso delle spese documentate;

e) da incarichi per lo svolgimento dei quali il dipendente è posto in posizione di aspettativa, di comando o di fuori ruolo;

f) da incarichi conferiti dalle organizzazioni sindacali a dipendenti presso le stesse distaccati o in aspettativa non retribuita;

f-bis) da attività di formazione diretta ai dipendenti della pubblica amministrazione, nonché di docenza e di ricerca scientifica”.

Quanto al regime autorizzativo, il successivo comma 7 precisa che “*i dipendenti pubblici non possono svolgere incarichi retribuiti che non siano stati conferiti o previamente autorizzati dall'amministrazione di appartenenza. Ai fini dell'autorizzazione, l'amministrazione verifica l'insussistenza di situazioni, anche potenziali, di conflitto di interessi (...). 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".

Ai sensi del comma 7 - bis, "l'omissione del versamento del compenso da parte del dipendente pubblico indebito percettore costituisce ipotesi di responsabilità erariale soggetta alla giurisdizione della Corte dei conti".

Al comma 8, si aggiunge che "le pubbliche amministrazioni non possono conferire incarichi retribuiti a dipendenti di altre amministrazioni pubbliche senza la previa autorizzazione dell'amministrazione di appartenenza dei dipendenti stessi. Salve le più gravi sanzioni, il conferimento dei predetti incarichi, senza la previa autorizzazione, costituisce in ogni caso infrazione disciplinare per il funzionario responsabile del procedimento; il relativo provvedimento è nullo di diritto. In tal caso l'importo previsto come corrispettivo dell'incarico, ove gravi su fondi in disponibilità dell'amministrazione conferente, è trasferito all'amministrazione di appartenenza del dipendente ad incremento del fondo di produttività o di fondi equivalenti".

Come più volte chiarito dalla giurisprudenza contabile, l'effettiva incidenza sull'attività lavorativa istituzionale e l'eventuale conflitto di interessi non costituiscono necessariamente elementi della fattispecie

tipica, che è invece basata esclusivamente sulla possibilità o meno di autorizzare l'attività lavorativa extraistituzionale, ovvero sul materiale inoltro della richiesta di autorizzazione all'Amministrazione di appartenenza, con il conseguente obbligo in caso contrario di riversare i compensi percepiti (da ultimo, Cass. SS.UU., sentt. n. 6473/2021, n. 80507/2021 e n. 4852/2021).

Nello specifico, occorre in ogni caso un provvedimento autorizzativo per l'espletamento, in via del tutto occasionale, di quegli incarichi qualificabili come attività libero – professionale.

Di contro, qualora si tratti di un'attività di carattere continuativo, ogni autorizzazione sarebbe invece *inutiliter data*, per assoluta incompatibilità con il regime di impiego a tempo pieno o parziale superiore al cinquanta per cento (Cass. Civ. sent. n. 1439/2000; Cass. Sez. III, sent. n. 10397/2001; Cass. Sez. Lav., sent. n. 16555/ 2003; Cass., SS.UU. Lav. n. 3386/ 1998, Sez. Giur. Calabria, sent. n. 475/2019), in quanto le pubbliche amministrazioni possono autorizzare i propri dipendenti all'esercizio di incarichi, ma questi non possono confondersi con l'esercizio costante di un'attività professionale e con l'iscrizione nel relativo albo, per cui sussiste il generale divieto posto *ex lege*.

La *ratio* del dovere di esclusiva, come costantemente ribadito dalla giurisprudenza amministrativa e contabile, è quella di garantire la riserva delle energie lavorative del dipendente pubblico ad esclusivo vantaggio dell'amministrazione di appartenenza, non potendole egli dissipare esercitando ulteriori attività che lo distolgano dal dovere di

collaborazione e dedizione che deve al proprio datore di lavoro.

A fortiori, in merito alle attività imprenditoriali, il divieto di cui all'art. 60 del DPR n. 3/57 è stato disposto "per preservare le energie del lavoratore e per tutelare il buon andamento della p.a., che risulterebbe turbato dall'espletamento da parte di propri dipendenti di attività imprenditoriali caratterizzate da un nesso tra lavoro, rischio e profitto. Centri di interesse alternativi all'ufficio pubblico rivestito, implicanti un'attività caratterizzata da intensità, continuità e professionalità, potrebbero turbare la regolarità del servizio o attenuare l'indipendenza del lavoratore pubblico e il prestigio della P.A." (così, *ex multis*, Sez. Giur. Lombardia, sentt. n. 54/2015 e n. 216/2014; in termini analoghi, Cass. Sez. Lav., sent. n. 27420/2020).

Con specifico riguardo al personale delle strutture sanitarie, l'obbligo di esclusività del rapporto di pubblico impiego, di cui agli artt. 97 e 98 Cost., agli artt. 60 e segg. DPR n. 3/1957 ed ai commi 7 e 7 bis dell'art. 53 del D. Lgs. n. 165/2001, trova conferma nel comma 3 dell'art. 48 della legge n. 833/1978 e nel comma 7 dell'art. 4 della legge n. 412/1991, oltre che nel comma 5 dell'art. 1 della legge n. 662/1996, che definisce *expressis verbis* l'opzione per il regime in *intramoenia* come del tutto incompatibile con l'esercizio dell'attività privata libero – professionale.

Ai sensi dell'art. 15 *quater* del D. Lgs. n. 502/1992, inoltre, i dirigenti sanitari che abbiano optato per l'esercizio dell'attività intramuraria sono assoggettati al rapporto di lavoro esclusivo. Analogamente, già il comma 7 dell'art. 72 della legge n. 448/1998 aveva esplicitamente e

chiaramente previsto il divieto, per i dirigenti in *intramoenia*, di esercitare attività libero – professionale a titolo oneroso.

All'opzione per il regime di lavoro esclusivo fanno seguito la corresponsione dell'indennità di esclusività e di quella di risultato (art. 42 del CCNL dell'Area della dirigenza medica in data 8.6.2000, per il triennio 1998 – 2001, successivamente confermato dall'art. 10 del CCNL del 3.11.2005 e dall'art. 12 del CCNL del 6.5.2010), nonché l'attribuzione dell'indennità di posizione per intero, che è invece ridotta nel caso dell'opzione per l'attività extra-muraria (art. 1, comma 12, l. 662/1996 ed art. 33, comma 4, del CCNL del 2005).

Inoltre, in caso di esercizio di quest'ultima opzione, è anche vietato il conferimento degli incarichi di direzione di struttura, semplice e complessa (L. R. Toscana n. 40/2005), che possono essere attribuiti solo ai dirigenti sanitari con rapporto di esclusività, da mantenere per tutta la durata dell'incarico (art. 59 l. r. cit.).

Più specificamente, i principi regolatori del rapporto di lavoro del personale medico possono essere così riassunti: il rapporto di lavoro con il Servizio Sanitario Nazionale è incompatibile con l'esercizio di altre attività e quindi con l'esercizio della libera professione (art. 4, comma 7, della 412/1991); ferme restando le incompatibilità, è possibile optare per l'esercizio della libera professione intramuraria da parte del personale dipendente del Servizio sanitario nazionale (art. 1 L. n. 662/1996); entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore del decreto legislativo 19 giugno 1999, n. 229, tutti i dirigenti in servizio alla data del 31 dicembre 1998 sono tenuti a comunicare al direttore

generale l'opzione in ordine al rapporto esclusivo; in assenza di comunicazione, si presume che il dipendente abbia optato per il rapporto esclusivo (art. 15 quinquies D. Lgs. n. 502/1992); i dirigenti possono optare, su richiesta da presentare entro il 30 novembre di ciascun anno, per il rapporto di lavoro non esclusivo, con effetto dal 1° gennaio dell'anno successivo (art. 15 quinquies del D. Lgs. 502/1992).

I contratti collettivi di lavoro stabiliscono il trattamento economico aggiuntivo da attribuire ai dirigenti sanitari con rapporto di lavoro esclusivo ai sensi dell'articolo 1, comma 12, della legge 23 dicembre 1996, n. 662, nei limiti delle risorse destinate alla contrattazione collettiva (art. 15 quinquies del D. Lgs. 502/1992); *i medici ospedalieri*

in rapporto di lavoro esclusivo possono svolgere attività libero professionale solo in regime di intramoenia e cioè in nome e per conto dell'Azienda (quindi senza una propria partita IVA), al di fuori degli orari di lavoro ed all'interno della struttura ospedaliera; i medici ospedalieri

che abbiano optato per un rapporto non esclusivo possono invece espletare attività libero professionale al di fuori della struttura ospedaliera; nei casi in cui non sia possibile reperire all'interno dell'azienda spazi idonei, l'attività in *intramoenia* può essere autorizzata anche in strutture non accreditate (art. 7, comma 4 del D.P.C.M. del 27 marzo 2000); riguardo al trattamento economico, per il dirigente legato al SSN da un rapporto esclusivo è previsto un trattamento economico aggiuntivo, ma può svolgere esclusivamente attività libero professionale in regime di *intramoenia* e, infine, non può svolgere nessun'altra attività libero professionale a titolo non gratuito.

Sulla c.d. ALPI, acronimo di “attività libero - professionale intramuraria”, detta anche “*intramoenia*”, è stato precisato in giurisprudenza che essa “*si riferisce alle prestazioni erogate al di fuori del normale orario di lavoro dai medici di un ospedale, i quali utilizzano le strutture ambulatoriali e diagnostiche dell'ospedale stesso a fronte del pagamento da parte del paziente di una tariffa. Il medico è tenuto al rilascio di regolare fattura e la spesa, come tutte le spese sanitarie, è detraibile dalle imposte*”.

“*Le prestazioni sono generalmente le medesime che il medico deve erogare, sulla base del suo contratto di lavoro con il Servizio Sanitario Nazionale, attraverso la normale operatività come medico ospedaliero.*

Le prestazioni erogate in regime di intramoenia garantiscono al cittadino la possibilità di scegliere il medico a cui rivolgersi per una prestazione”.

L'attività deve essere svolta nelle strutture dell'Azienda Ospedaliera; in alternativa, in mancanza di spazi *ad hoc*, per un periodo transitorio le aziende erano autorizzate ad “*adottare un programma sperimentale per svolgere l'ALPI presso studi professionali privati collegati in rete, previa sottoscrizione di una convenzione annuale rinnovabile tra il professionista interessato e l'azienda sanitaria di appartenenza*”, “*con previsione – da parte dei direttori generali delle aziende sanitarie - di una disciplina di pagamento delle prestazioni direttamente alla competente struttura tramite mezzi di pagamento che assicurino la tracciabilità della corresponsione di qualsiasi importo e la determinazione delle tariffe sulla base di importi idonei a remunerare il*

professionista, l'equipe, il personale di supporto, i costi pro-quota per l'ammortamento e la manutenzione delle apparecchiature, nonché ad assicurare la copertura di tutti i costi diretti ed indiretti sostenuti dalle aziende".

Ne consegue che "il sistema intramoenia non è (...) da intendersi quale alternativo e, quindi, in violazione dell'obbligo di esclusività (perché lo prevede la legge previa autorizzazione) e, anzi, ne è una sua manifestazione complementare e funzionale all'allargamento dell'offerta sanitaria pubblica prima ancora che ad una maggiore realizzazione professionale ed economica dei dirigenti medici del SSN delle aziende sanitarie ed ospedaliere. In questo senso, quindi, l'autorizzazione all'esercizio presuppone un assetto organizzativo e programmatico in cui l'Azienda stabilisca orari, tariffe e spazi destinati. In sintesi, si tratta, come stabilisce la legge, di assicurare un più alto livello di tutela della salute (ad esempio con lo smaltimento delle liste di attesa e con la valorizzazione delle specifiche competenze professionali dei singoli medici attraverso la scelta diretta dei pazienti)" (Sez. II App., sent. n. 377/2017), oltre che introiti aggiuntivi per l'Amministrazione, alla quale va versata una percentuale dei guadagni.

4. L'esame del merito della domanda. B) La ricostruzione della vicenda.

Nel caso in esame, il convenuto, pur avendo optato per il regime di *intramoenia*, ha svolto attività libero – professionale continuativa intramuraria e abusiva, anche durante l'orario di servizio, con impiego di ambulatori e apparecchiature diagnostiche ospedaliere, senza

l'emissione di validi documenti fiscali a fronte della percezione di compensi dai pazienti e con l'illegittima prescrizione di farmaci a carico del S.S.N., nel periodo compreso tra il 2014 e il 2018.

Per questi stessi fatti, è stato già deferito all'A. G. per i reati di cui agli artt. 314 c.p., 640 comma 2 c.p., 323 c.p. e 479 c.p.

Per l'esattezza, come si desume dalla documentazione acquisita agli atti del giudizio (nota n. 0286672/2020 del 10.9.2020; c.n.r. n. 0237499/2019 e relativi allegati), il Cesaretti svolgeva le visite istituzionali cc.dd. "in afferenza" quale medico del servizio pubblico, presso l'U.O. Pediatria dell'Ospedale Santa Chiara di Pisa, previa prenotazione da parte dei pazienti tramite CUP (centro unico prenotazioni) e pagamento del relativo ticket ospedaliero.

Egli era stato autorizzato, inoltre, a svolgere l'attività libero – professionale intramuraria presso l'edificio 29 dell'Ospedale di Pisa Cisanello, entro limiti orari precisi (di per sé già molto ampi), sempre previa prenotazione tramite CUP e dietro pagamento di un onorario prestabilito dall'Amministrazione.

Nonostante fosse impegnato in maniera intensa e continuativa, sia per l'attività istituzionale che per quella intramuraria regolarmente autorizzata, ha svolto ulteriori visite in *intramoenia* non autorizzate, in prevalenza nel tardo pomeriggio dopo le 17:00 e, talora, anche durante l'orario di servizio ospedaliero, come si desume dall'incrocio dei dati rilevabili dai prospetti delle timbrature, dai *report* delle visite in afferenza e *intramoenia* legittime, dalle agende degli appuntamenti e dalle cartelle auxologiche acquisite in sede di perquisizione locale.

Tutte le visite, anche quelle abusive, venivano accompagnate da misurazioni antropometriche, analisi ed ecografie, sicché venivano illegittimamente utilizzate (nel caso delle visite abusive) le apparecchiature dell'A.O.U.P.

In occasione delle prime visite dei pazienti, veniva anche redatta una cartella auxologica, conservata o presso l'ambulatorio dell'Ospedale Santa Chiara o presso l'abitazione del convenuto, sistematicamente affiancata da un appunto manoscritto, datato e firmato, dove si relazionava sull'esito della visita, sulle indagini diagnostiche e sulla diagnosi e le prescrizioni.

Attraverso l'esame comparato di queste cartelle auxologiche, delle agende rivenute presso la sua abitazione, dei piani terapeutici, delle ricette mediche, dei tabulati telefonici e delle sommarie informazioni rese da un campione dei genitori dei pazienti, quasi tutti minori, gli inquirenti sono riusciti ad accertare l'importo complessivo dei corrispettivi illegittimamente riscossi dal convenuto, oltre al numero delle ecografie eseguite con le apparecchiature ospedaliere.

In particolare, è emerso che, nel periodo 2014 – 2018, il dott. Cesaretti aveva visitato n. 60 pazienti con modalità non autorizzate, aveva effettuato n. 24 ecografie servendosi delle apparecchiature ospedaliere ed aveva introitato compensi per complessivi € 5.304,00 (€ 142,00 nel 2014, € 404,00 nel 2015, € 4.118,00 nel 2016, € 500,00 nel 2017 ed € 140,00 nel 2018).

Inoltre, aveva effettuato ulteriori visite abusive su n. 61 pazienti maschi (con il cognome dalla A alla G), eseguito n. 10 ecografie con gli

strumenti ospedalieri ed introitato compensi per € 9.864,00.

Da ultimo, aveva eseguito visite con modalità abusive su diversi altri pazienti (maschi con il cognome dalla H alla Z e femmine con cognome A – Z), per i quali, in difetto dell'assunzione a s.i.t. dei genitori, è stato calcolato il compenso al minimo di € 60,00 cadauno, sicché i corrispettivi complessivamente introitati sono risultati pari ad € 40.680,00.

Nel contempo, attraverso l'acquisizione degli elenchi dei pazienti cui erano stati prescritti farmaci soggetti ad obbligo di redazione del c.d. "Piano Terapeutico" e farmaci soggetti a prescrizione mediante ricetta medica, sono stati individuati ulteriori n. 507 pazienti visitati dal dott. Cesaretti, nello svolgimento di attività intramuraria abusiva, dietro la percezione di compensi per complessivi € 59.400,00 (calcolati presuntivamente, sommando il costo minimo di € 60,00 a visita).

Nel complesso, tra il 2014 e il 2018, i pazienti visitati in attività *intramoenia* abusiva e incompatibile sono pari a n. 1008; i corrispettivi raggiungono la somma di € 115.248,00.

A parere della difesa, la somma sarebbe stata quantificata in maniera erronea, in quanto non si sarebbe tenuto conto del fatto che *medio tempore*, in sede penale, il danno sarebbe stato notevolmente ridotto ad € 37.683,00, già con l'avviso di conclusione delle indagini preliminari.

Pertanto, la somma di € 115.248,00 dovrebbe essere ridotta ad € 37.683,00; tenendo conto degli errori di calcolo evidenziati nella relazione tecnico – contabile di parte (doc. 8), dovrebbe essere

ulteriormente diminuita ad € 30.288,00. Inoltre, occorrerebbe detrarre i compensi di spettanza del Cesaretti nell'esercizio di attività *intramoenia* (di € 17.739,80), sicché il danno dovrebbe essere limitato alla quota aziendale di € 12.548,20.

Da ultimo, il difensore ha rilevato che la stessa quantificazione del danno in € 37.683,00, riportata nell'avviso ex art. 415 bis c.p.p., sarebbe stata contraddetta dalle risultanze delle indagini penali, dalle quali sarebbe emersa la minor somma di € 27.881,00.

Sotto questo profilo, l'operare nel processo contabile di criteri di natura presuntiva non potrebbe certamente colmare la distanza siderale esistente tra l'esito delle indagini penali e le contestazioni del PM erariale.

La tesi difensiva non può essere accolta.

Nel caso in esame, infatti, l'illecito erariale ha coordinate più ampie dei reati contestati in sede penale, in quanto non si riferisce soltanto alle somme di spettanza dell'Amministrazione, delle quali si è appropriato il convenuto, ma ha ad oggetto l'intero ammontare dei compensi percepiti, anche quelli di sua spettanza e penalmente irrilevanti.

Inoltre, i criteri di calcolo sono oggettivamente diversi.

In questa sede, com'è noto, *"nell'ipotesi in cui sia stata raggiunta la prova dell'esistenza di un danno il giudice adito, qualora la precisa determinazione di tale risarcimento risulti impossibile, o (sia pure solo) di particolare difficoltà, può anche d'ufficio ricorrere alla valutazione equitativa del danno stesso, ai sensi dell'art. 1226 del c.c.; tale fondamentale istituto, di carattere generale, è pacificamente*

applicabile anche nei giudizi di responsabilità innanzi a questa Corte dei conti” (così, ex plurimis, Sez. III Centr., sent. n. 4/2017).

“Peraltro, la liquidazione del danno in via equitativa è stata sempre ribadita dalla Suprema Corte di Cassazione (Cass. Civile n. 21246/2012; n. 17752/20159) nonché da questa stessa Sezione che ha chiarito che “L’esercizio del potere discrezionale del giudice di liquidare il danno in via equitativa, a lui conferito dagli artt. 1226 e 2056 c.c., espressione del più generale potere di cui all’art. 115 c.p.c., dà luogo non già ad un giudizio di equità, ma ad un giudizio di diritto caratterizzato dalla cosiddetta equità giudiziale correttiva ed integrativa che, pertanto, presuppone che sia provata l’esistenza di danni risarcibili e che risulti obiettivamente o particolarmente difficile, per la parte interessata, provare il danno nel suo preciso ammontare (Corte dei conti, Sez. III^a sent. n. 663/2014)” (ibidem, sent. n. 47/2017).

Nel caso di specie, l’incrocio dei dati desumibili dalle cartelle auxologiche, dalle agende rivenute presso l’abitazione del convento, dai piani terapeutici, dalle ricette mediche, dai tabulati telefonici e dalle sommarie informazioni rese da un campione dei genitori dei pazienti, quasi tutti minori, ha permesso agli inquirenti di accertare l’importo complessivo dei corrispettivi illegittimamente riscossi dal convenuto, oltre al numero delle ecografie eseguite con le apparecchiature ospedaliere. E’ vero che non sono stati sentiti i genitori di tutti i pazienti; tuttavia, poiché ogni visita comportava l’incasso di un corrispettivo minimo di € 60,00, è ragionevole presumere che, quantomeno, il convenuto abbia percepito una somma corrispondente alla

moltiplicazione della tariffa minima per il numero delle visite.

Ne consegue che i corrispettivi sono stati correttamente determinati in complessivi € 115.248,00.

L'indennità di esclusività, percepita a seguito dell'inquadramento del medico in regime di *intramoenia*, è invece pari ad € 102.207,31.

Quest'ultimo calcolo non è stato contestato dal convenuto, che ne ha censurato unicamente la parte a suo dire caduta in prescrizione, nonché il criterio di operarne la determinazione al lordo (del quale si tratterà nel § che segue).

5. L'esame del merito della domanda. C) I profili di danno erariale.

L'esercizio dell'attività libero – professionale non autorizzata, in violazione delle regole del rapporto di lavoro in *intramoenia*, comporta che l'indennità di esclusività sia stata illegittimamente percepita dal convenuto (nello stesso senso, *ex plurimis*, Sez. Giur. Calabria, sent. n. 356/2017), che pertanto risponde certamente di questa voce di danno, in misura pari ad € 102.207,31.

A questa voce di danno si affianca l'obbligo di restituzione dei compensi percepiti, che non costituisce affatto una duplicazione delle poste risarcitorie, ma una diversa (e concorrente) fattispecie di responsabilità erariale prevista dall'art. 53, commi 7 e 7 *bis*, del D. Lgs. n. 165/2001, oltre che dall'art. 11 della legge regionale n. 40/2005.

Diversamente argomentando, il convenuto godrebbe comunque dei frutti della propria attività extraistituzionale non autorizzata, sicché si addiverrebbe ad una sorta di inammissibile sanatoria.

Tutte le voci di danno erariale sono state calcolate correttamente al

loro delle ritenute fiscali, alla luce della giurisprudenza costante delle Sezioni riunite (SSRR, sent. QM n. 24/2020 e sent. QM n. 13/2021), ancora applicabile in quanto la normativa richiamata dai difensori, il comma 1 dell'art. 150 del D. L. n. 34/2020, peraltro antecedente all'ultima pronuncia nomofilattica n. 13/2021, non ha ad oggetto la determinazione delle somme da riversare a titolo di risarcimento dei danni, ma le *“modalità di ripetizione dell'indebito su prestazioni previdenziali e retribuzioni assoggettate a ritenute alla fonte a titolo di acconto”*, ovvero i criteri di calcolo dell'indebito oggettivo.

6. L'esame del merito della domanda. D) Il danno derivante dall'uso indebito dell'ecografo aziendale.

A parere della Procura erariale, il Cesaretti avrebbe effettuato anche n. 34 visite a titolo gratuito, ma utilizzando indebitamente l'ecografo in dotazione all'ospedale; il mancato introito per l'uso dello strumento sarebbe pari ad € 680,00, calcolato moltiplicando per il numero dei pazienti la differenza di circa € 20,00, tra la tariffa aziendale per la visita con ecografia (€ 118,19) e quella senza l'uso dell'apparecchiatura (€ 98,00).

Si tratterebbe di un'ulteriore condotta di appropriazione, in quanto il convenuto avrebbe utilizzato indebitamente le apparecchiature del nosocomio per fini personali, correlati all'abusivo svolgimento di attività libero – professionale.

Anche sotto questo profilo, la domanda è fondata.

La tesi attorea, peraltro non contestata in maniera specifica dal convenuto, trova infatti conferma nella documentazione acquisita e

riversata agli atti del fascicolo; in ordine al *quantum*, il calcolo è stato correttamente effettuato prendendo in considerazione la quota della tariffa ascrivibile all'uso dell'apparecchiatura (€ 20,00) e moltiplicandola per il numero dei pazienti (34).

Ne consegue che, a questo titolo, il danno ascrivibile al dott. Cesaretti è pari ad € 680,00.

7. L'esame del merito della domanda. E) Il danno da illegittima prescrizione di farmaci soggetti a ricetta limitativa.

A parere della Procura erariale, una quarta voce di danno sarebbe costituita dalla spesa sostenuta dall'Amministrazione per i farmaci abusivamente prescritti con il ricettario del SSN e con un piano terapeutico in violazione di legge.

Il dott. Cesaretti, infatti, era abilitato a redigere i piani terapeutici ed a prescrivere i farmaci soggetti a ricetta limitativa (art. 87, lett. d n. 1, del D. Lgs. n. 219/2006), ma soltanto nell'ambito dell'ordinaria attività istituzionale.

Si tratterebbe di farmaci utilizzati per patologie particolarmente impegnative, che richiedono un percorso diagnostico terapeutico altamente specialistico e per cui l'AIFA prevede la compilazione di un documento, denominato "Diagnosi e trattamento terapeutico", da parte di medici abilitati e presso i centri universitari oppure ospedalieri specializzati individuati dalle Regioni (art. 93 D. Lgs. n. 219/2006); inoltre, il ricettario pubblico (cc.dd. ricette rosse) potrebbe essere utilizzato solo dai medici dipendenti o convenzionati con il SSN e nell'ambito dei rispettivi compiti istituzionali (art. 2 D. L. n. 443/1987),

mentre sarebbe vietato *expressis verbis* ai medici del servizio pubblico nell'esercizio di attività libero – professionale (art. 15 *quinquies* del D. Lgs. n. 502/1992).

Pertanto, le prescrizioni effettuate in occasione delle visite in attività *intramoenia*, sia legittima che abusiva, sarebbero di per sé del tutto illegittime. Ne conseguirebbe che il medico dovrebbe essere tenuto a rimborsare al SSN i farmaci indebitamente prescritti (art. 1 D. L. n. 323/1996).

Secondo la difesa, di contro, l'erroneità nel procedimento prescrittivo non causerebbe *ex se* un pari danno erariale, in quanto a tal fine occorrerebbe dimostrare che i farmaci non erano effettivamente dovuti.

Diversamente argomentando, si perverrebbe ad un'inammissibile inversione dell'onere della prova, che graverebbe invece sulla Procura attorea trattandosi di un elemento costitutivo della responsabilità erariale.

Sotto il profilo sostanziale, la normativa sarebbe stata rispettata dal dott. Cesaretti, essendo egli un medico ospedaliero specialista, appositamente abilitato dalla Regione alla prescrizione di questa tipologia di farmaci, dipendente di un reparto ospedaliero attrezzato e giustificato dalla corretta redazione del Piano terapeutico (nel luogo indicato dalla normativa, l'Ospedale Santa Chiara, dove si trovava il *software* necessario; pertanto, tutti gli accertamenti sarebbero avvenuti in regime istituzionale, mentre soltanto l'atto finale, rappresentato dalla scrittura del Piano, sarebbe stato libero – professionale). Inoltre, il convenuto avrebbe prescritto correttamente i farmaci a pazienti che ne

avevano realmente diritto, ossia ai soggetti che rispettavano i criteri indicati dalla Nota AIFA 39.

In quest'ottica, la circostanza che alcune visite siano avvenute in un luogo diverso dai locali della Clinica pediatrica, o seguendo modalità diverse da quelle dettate dalla normativa, non inciderebbe sulla legittimità sostanziale della redazione del Piano terapeutico e sulla connessa somministrazione del farmaco.

A parere della difesa, ne conseguirebbe che la condotta del convenuto non potrebbe essere qualificata come *contra ius*; in ogni caso, non sarebbe configurabile alcun danno erariale, trattandosi di farmaci comunque dovuti e correttamente prescritti sul piano sostanziale, a pazienti che avevano scelto liberamente l'opzione libero – professionale.

Non a caso, l'Amministrazione non avrebbe mai contestato al dott. Cesaretti né l'erronea redazione dei piani né l'illegittima prescrizione dei farmaci in *intramoenia*; del pari, nessuna obiezione sarebbe stata mossa a tutti gli altri medici che avevano prescritto per anni gli stessi farmaci, sempre nell'esercizio di attività intramuraria.

Ad ulteriore conferma della tesi difensiva, la Procura non avrebbe mai contestato, sotto il profilo medico – scientifico, l'erronea redazione dei piani e/o l'erronea prescrizione dei farmaci, sicché non vi sarebbe alcuna prova che la scelta di addivenire a quelle prescrizioni abbia comportato una spesa, che lo Stato non avrebbe comunque sostenuto.

In altri termini, l'erroneità nel procedimento di rilascio del farmaco non equivarrebbe di per sé alla produzione di un danno erariale, dovendosi

astrarre la fattispecie globale dalla mera sequenza procedimentale;

l'unico discrimine sarebbe costituito dall'insussistenza della doverosità del farmaco, che nel caso in esame non sarebbe stata mai dimostrata.

Quanto al ricettario, i procuratori hanno dedotto che non sarebbe mai stato utilizzato dal dott. Cesaretti e che non vi sarebbe alcuna prova in tal senso. In ogni caso, a nulla rilevarebbe l'erroneo utilizzo del ricettario, qualora i farmaci fossero stati effettivamente dovuti, atteso che occorrerebbe provare che la violazione delle regole abbia comportato un aggravio di spesa per il SSN.

La domanda è fondata nell'*an*, mentre per il *quantum* occorre addivenire ad una rideterminazione dell'importo complessivo.

Ai sensi dell'art. 87 del D. Lgs. n. 219 del 2006, rubricato "*classi dei medicinali ai fini della fornitura*", alcuni sono qualificati come "*soggetti a prescrizione medica limitativa*" (lett. d); tra questi, rientrano quelli "*vendibili al pubblico su prescrizione di centri ospedalieri o di specialisti*" (n. 1).

Il successivo art. 93 li definisce, più in dettaglio, come quei "*medicinali che, sebbene utilizzabili anche in trattamenti domiciliari, richiedono che la diagnosi sia effettuata in ambienti ospedalieri o in centri che dispongono di mezzi di diagnosi adeguati, o che la diagnosi stessa e, eventualmente, il controllo in corso di trattamento sono riservati allo specialista*" (comma 1) Si aggiunge che "*i medicinali di cui al comma 1 devono recare sull'imballaggio esterno o, in mancanza di questo, sul confezionamento primario, dopo le frasi: «Da vendersi dietro presentazione di ricetta medica», o «Da vendersi dietro presentazione*

di ricetta medica utilizzabile una sola volta», la specificazione del tipo di struttura o di specialista autorizzato alla prescrizione” (comma 2).

A norma dell’art. 2 del D. L. n. 443/1987, “*l’impiego dei ricettari per la prescrizione o la proposta di prestazioni erogabili dal Servizio sanitario nazionale è riservato ai medici dipendenti dal Servizio medesimo e con lo stesso convenzionati **nell’ambito dei rispettivi compiti***”

istituzionali” (comma 1). Qualora il medico dipendente del SSN operi invece nell’ambito della propria attività professionale, benché autorizzata, *non gli è “consentito l’uso del ricettario del Servizio sanitario nazionale”* (art. 15 quinquies, comma 4, D. Lgs. n. 502/1992).

Da ultimo, il comma 4 dell’art. 1 del D.L. n. 323/1996 prevede che “*qualora dal controllo risulti che un medico abbia prescritto un medicinale **senza osservare le condizioni e le limitazioni** citate, l’azienda sanitaria locale, dopo aver richiesto al medico stesso le ragioni della mancata osservanza, ove ritenga insoddisfacente le motivazioni addotte, informa del fatto l’ordine al quale appartiene il sanitario, nonché il Ministero della sanità, per i provvedimenti di rispettiva competenza. **Il medico è tenuto a rimborsare al Servizio sanitario nazionale il farmaco indebitamente prescritto**”.*

E’ evidente che il sistema sanitario prevede una serie di limitazioni per i farmaci più costosi, che possono essere prescritti soltanto a determinate condizioni e con specifiche modalità. La normativa, già di per sé, considera come “*indebitamente prescritto*” il farmaco per il quale non vengano rispettate le rigide regole procedurali stabilite di volta in volta, senza nemmeno prendere in considerazione la

circostanza che esso possa essere o meno necessario per il paziente.

All'indebita prescrizione del farmaco consegue *expressis verbis*

l'obbligo di rimborsarne il costo al SSN, proprio perché il danno erariale

è insito nella stessa violazione delle disposizioni limitative del

procedimento prescrittivo.

Contrariamente a quanto argomentato dai difensori, non si tratta di

limiti e condizioni con una valenza esclusivamente formale e

procedurale, ma di prescrizioni di natura sostanziale, che tendono a

salvaguardare la sostenibilità della spesa sanitaria attribuendo la

competenza a prescrivere i farmaci più costosi a carico dell'Erario

pubblico soltanto ai medici del SSN, nell'ambito dell'ordinaria attività

istituzionale.

Come chiarito dalla giurisprudenza, *“sul piano normativo, è indubbio*

che l'utilizzo del ricettario pubblico” (le cc.dd. ricette rosse) *“sia*

rigidamente limitato non solo a determinati soggetti, ma anche in

relazione all'attività da costoro svolta”, ai sensi del comma 1 dell'art. 2

del D. L. n. 443/1987, essendo espressamente vietato anche *“ai medici*

del servizio pubblico che esercitino l'attività libero professionale” (Sez.

Giur. Sardegna. Sent. n. 74/2017), nell'intento di contenere la spesa

pubblica.

A tal fine, la Corte costituzionale ha evidenziato *“la particolarità del*

Servizio sanitario nazionale, che richiede al legislatore ordinario di

bilanciare le esigenze, da un lato, di garantire egualmente a tutti i

cittadini e salvaguardare, sull'intero territorio nazionale, il diritto

fondamentale alla salute, nella misura più ampia possibile; dall'altro, di

rendere compatibile la spesa sanitaria con la limitatezza delle disponibilità finanziarie che è possibile ad essa destinare, nel quadro di una programmazione generale degli interventi da realizzare in questo campo. Siffatto bilanciamento costituisce il frutto di una scelta discrezionale” (sentenza n. 94/2009).

Come ulteriormente puntualizzato dalla giurisprudenza contabile, “il medico che è abilitato a effettuare prescrizioni a carico del SSN è quindi il soggetto che, in concreto, assicura il suddetto bilanciamento, dovendosi preoccupare che le sue prescrizioni siano idonee a tutelare la salute dei pazienti, ma, allo stesso tempo, non gravino la finanza pubblica di oneri non necessari, quali quelli che conseguirebbero a prestazioni (relative a farmaci o ad esami diagnostici) inadeguate, incongrue, sproporzionate, superflue, ecc., in funzione di criteri di economicità e di riduzione degli sprechi”; “ben si comprende, quindi, la ragione per la quale lo stesso medico, quando si spogli della sua veste “pubblica” per indossare quella del libero professionista, non possa mai effettuare prescrizioni utilizzando il ricettario pubblico, poiché sarebbe elevato il rischio che egli sia orientato da ragioni di carattere personale (ad esempio, alimentare la propria clientela), a scapito delle esigenze di salvaguardia della finanza pubblica di cui si è detto” (Sez. Giur. Sardegna, sent. n. 74/2017).

“Rientra pienamente nella logica del sistema che la prescrizione del medico libero professionista debba sostanziarsi quindi in una proposta terapeutica (la cd. ricetta bianca), la quale viene vagliata da altro medico (tipicamente il medico di base convenzionato con il SSN), che

stabilisce se essa possa tradursi in una prescrizione a carico del servizio medesimo (ferma restando, naturalmente, la possibilità per il paziente di acquisire ugualmente la prestazione indicata, ma a proprie spese)” (ibidem).

“Tale scelta del legislatore, va detto, appare razionale non solo dal punto di vista della tutela del bilancio pubblico, ma anche per ragioni attinenti alla salute del paziente. Infatti, di norma il medico di base ha una conoscenza più approfondita del paziente rispetto allo specialista, talché è nella condizione di meglio apprezzare se la prescrizione di quest’ultimo, quand’anche in astratto appropriata, non lo sia nel caso specifico (si pensi ad un medicinale che è incompatibile con altri che vengono assunti per patologie diverse, non segnalate allo specialista)”.

Il problema non investe, dunque, la congruità delle prescrizioni sul piano terapeutico, ma l'impossibilità per il medico, che operi al di fuori dalla propria attività istituzionale, di prescrivere questa particolare tipologia di farmaci sul ricettario pubblico, addebitandone gli oneri al SSN.

Nel caso in esame, come emerso dalla documentazione acquisita presso le UOC farmaceutiche territoriali delle Aziende Usl Toscana Nord-ovest, Centro e Sud-est, il convenuto ha redatto diversi piani terapeutici abusivi (per l'impiego di somatropina) ed effettuato prescrizioni sul ricettario a carico del SSN per n. 269 pazienti (n. 46 in attività intramuraria legittima, n. 223 in occasione dell'attività libero – professionale non autorizzata), con un danno erariale originariamente quantificato in € 3.008.269,77 e poi rideterminato dal PM, in virtù delle

allegazioni difensive, in € 2.047.474,37.

Vi è, dunque, la prova documentale del fatto che il convenuto ha effettuato queste prescrizioni non nella sua veste pubblica, ma in occasione dell'esercizio della propria attività libero – professionale.

Nella memoria difensiva, egli stesso, pur sostenendo che gli accertamenti sarebbero avvenuti nel luogo indicato dalla normativa, cioè l'Ospedale Santa Chiara, dove si trovava il *software* necessario, ha ammesso che l'atto finale, rappresentato dalla scrittura del Piano, sarebbe stato adottato nell'esercizio della sua attività libero – professionale, *ergo* non nella sua veste pubblica.

L'avvenuta prescrizione del farmaco al di fuori dal perimetro previsto dalla legge, esplicitamente qualificata come indebita, comporta *expressis verbis* l'obbligo di rimborsarne i costi al SSN (art. 1, comma 4, D.L. n. 323/1996).

A parere dei difensori, non sarebbe però configurabile alcun danno erariale, trattandosi di farmaci comunque dovuti e correttamente prescritti sul piano sostanziale, a pazienti che avevano scelto liberamente l'opzione libero – professionale.

Sotto questo profilo, in giurisprudenza si registrano due orientamenti. Secondo il primo, anche se la condotta è irregolare, non vi è alcun danno erariale *“in considerazione del fatto che il costo sostenuto per il farmaco somministrato dietro presentazione della ricetta del medico specialista piuttosto che dietro presentazione della ricetta del medico di base è esattamente il medesimo”* (Sez. Giur. Umbria, sent. n. 111/2009).

Secondo la tesi contraria, maggiormente condivisibile alla luce del tenore letterale del comma 4 dell'art. 1 del D.L. n. 323/1996 e del suo inquadramento sistematico, *“il danno è configurabile per il solo effetto del fatto che i farmaci siano illegittimamente posti a carico del SSN”* (Sez. Giur. Sardegna, sent. n. 74/2017; negli stessi termini, Sez. Giur. Liguria, sent. n. 116/2014); infatti, il danno non resta escluso dal fatto che *“i pazienti avevano bisogno effettivo dei medicinali prescritti con conseguente obbligo dell'ASL di farsene carico: tale affermazione, infatti, a prescindere dalla sua fondatezza nel merito, si pone su un piano diverso rispetto alla configurabilità del danno che discende dalla circostanza che i relativi costi sono stati messi a carico del Servizio Sanitario Nazionale illegittimamente, in quanto relativi a ricette redatte da medico non convenzionato, laddove i costi dei farmaci prescritti al di fuori della convenzione sarebbero dovuti restare a carico integrale dei privati”* (Sez. III Centr., sent. n. 4/2017).

In quest'ottica, nemmeno dovrebbe essere consentito al convenuto di provare che la prestazione, pur irregolarmente prescritta, non abbia determinato in concreto alcun danno, che seguirebbe alle irregolarità procedurali e sarebbe *in re ipsa*.

Sotto questo profilo, la tesi non è condivisibile, in quanto si ritiene che il medico debba essere ammesso a fornire la prova contraria, *id est* a dimostrare che i farmaci erano davvero necessari e che qualunque altro medico, operando nella sua veste pubblica, li avrebbe verosimilmente prescritti.

L'onere della prova, però, è chiaramente a carico del convenuto.

Contrariamente a quanto argomentato dai difensori, non si tratta di un meccanismo di inversione dell'onere della prova, ma dell'applicazione della regola generale di cui all'art. 2697 cod. civ.; infatti, poiché il danno (non è che si presume, ma) deriva già di per sé dalla violazione delle regole procedurali, come statuito *expressis verbis* dalla legge, l'onere di provare che in un caso specifico il pregiudizio non si sia invece verificato non può che essere posto a carico di chi formula l'eccezione.

Nel caso in esame, il dott. Cesaretti non ha provato che i farmaci sarebbero stati in ogni caso prescritti, avendo incentrato le proprie difese sulle conseguenze derivanti dall'onere della prova, che a suo avviso sarebbe stato a carico della Procura erariale.

In ordine al *quantum*, correttamente contestato al lordo (v. *supra*, § 5), l'importo contestato dalla Procura erariale dev'essere rideterminato nella minor somma di € 1.350.195,23.

Sulla quantificazione dei costi dei farmaci oggetto di indebita prescrizione, infatti, i difensori hanno richiamato la relazione tecnica di parte (doc. 11), dove sono stati capillarmente rilevati errori di calcolo, duplicazioni di voci, prezzo improprio dei farmaci, piani terapeutici prescritti da altri medici, errori di copiatura tra vecchi e nuovi allegati, *et similia*, che dimostrano la necessità di detrarre dall'importo in contestazione la somma di € 697.279,14.

Le osservazioni, estremamente dettagliate, trovano supporto nella documentazione allegata alla relazione; poiché le deduzioni difensive non sono state contestate in maniera specifica dal PM, si deve ritenere che siano fondate, non solo in virtù delle produzioni documentali, ma

anche alla luce del principio di non contestazione.

Ne consegue che questa voce di danno deve essere rideterminata nella minor somma di € 1.350.195,23 (€ 2.047.474,37 – 697.279,14), di cui € 1.129.251,32 in favore dell'Azienda USL Toscana Nord Ovest, € 183.601,28 dell'Azienda USL Toscana Sud Est ed € 37.342,63 dell'Azienda USL Toscana Centro per € 37.342,63.

Inoltre, si rileva che una quota di responsabilità deve essere attribuita alle Amministrazioni, che non hanno predisposto nessuna forma di controllo sull'operato dei medici, onde verificare se effettuassero correttamente le prescrizioni dei farmaci nella propria veste pubblica, invece che nell'ambito della loro attività libero – professionale.

Come chiarito in precedenza, infatti, sotto questo profilo non è configurabile alcun occultamento colposo (v. *supra*, § 2), sicché gli Uffici sarebbero stati perfettamente in grado di avviare delle verifiche, se solo fosse stato organizzato un sistema di controlli a campione.

Avuto riguardo alla gravità dell'omissione, si ritiene che la quota ascrivibile alle Amministrazioni sia pari al 30%, sicché l'importo a carico del convenuto dovrà essere ridotto ad € 945.136,66, di cui € 790.475,92 in favore dell'Azienda USL Toscana Nord Ovest, € 128.520,89 dell'Azienda USL Toscana Sud Est ed € 26.139,84 dell'Azienda USL Toscana Centro.

8. L'esame del merito della domanda. F) L'elemento soggettivo.

La condotta, come correttamente dedotto dal Pubblico Ministero, è con tutta evidenza di matrice dolosa, in quanto il convenuto, pur avendo prescelto il regime in *intramoenia* ed a fronte di una normativa dal

chiaro tenore testuale e risalente nel tempo, aveva effettuato numerosissime visite non autorizzate, si era servito delle apparecchiature pubbliche per fini personali ed aveva effettuato diverse prescrizioni di farmaci a carico del SSN.

Nello specifico, egli fissava direttamente gli appuntamenti, aggirando la procedura di prenotazione tramite CUP – ALPI; svolgeva l'attività non presso gli ambulatori individuati per l'ALPI ma nel reparto dell'Ospedale Santa Chiara di Pisa; concentrava spesso le visite illecite in tarda serata; incassava *brevi manu* i compensi, senza rilasciare ricevuta.

In senso contrario, non è possibile escludere la natura dolosa della condotta, perché (asseritamente) conforme ad una prassi amministrativa, poiché la circostanza che anche altri medici operassero abitualmente in palese violazione della normativa in materia dimostrerebbe (qualora fosse provata) l'esistenza di un'illegalità diffusa e consapevole, non la ravvisabilità di una prassi alla quale il convenuto si era adeguato in buona fede. Sono le stesse modalità della condotta complessiva del dott. Cesaretti (fissazione diretta degli appuntamenti, individuazione dei luoghi dove eseguire le visite, incasso dei compensi senza il rilascio di regolare ricevuta), a dimostrare che non si è trattato di una scorretta interpretazione della normativa, ma dell'implementazione sistematica di un'attività libero professionale lucrosa e redditizia, svolta senza il rispetto delle regole, che ha portato ad esborsi notevoli per l'Amministrazione.

9. Conclusioni. Le statuizioni accessorie.

In totale, il danno erariale da porre a carico del convenuto è pari ad € 1.163.271,96 (€ 115.248,00 a titolo di compensi da riversare all'Amministrazione di appartenenza, € 102.207,31 per indebita percezione dell'indennità di esclusività, € 680,00 per uso indebito dell'ecografo aziendale ed € 945.136,66 per illegittima prescrizione dei farmaci soggetti a ricetta limitativa).

L'importo deve essere maggiorato della rivalutazione monetaria, da calcolare su base annua e secondo gli indici ISTAT per le famiglie di operai e impiegati, a far data dall'evento lesivo, fino alla pubblicazione della presente sentenza; sulla somma così rivalutata, sono dovuti gli interessi legali, dalla pubblicazione della sentenza e fino al soddisfo.

Non è invece possibile esercitare il potere riduttivo dell'addebito, auspicato in via subordinata dal difensore, non trattandosi di un'ipotesi di responsabilità per colpa grave.

Il sequestro conservativo, autorizzato sui beni del convenuto con il decreto residenziale n. 1/2021 e sostanzialmente confermato con ordinanza del giudice designato n. 10/2021, si converte automaticamente in pignoramento fino a concorrenza della somma di € 1.163.271,96, oltre accessori e spese di giudizio, per la quale viene pronunciata condanna, ai sensi dell'art. 686 c.p.c.

Le spese di giudizio, liquidate come in dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

la Corte dei conti, Sezione giurisdizionale per la Regione Toscana, definitivamente pronunciando in ordine alla domanda proposta dal

Procuratore regionale nei confronti di Cesaretti Graziano;

ACCOGLIE PARZIALMENTE

la domanda e, per l'effetto, lo condanna al pagamento della somma complessiva di € 1.163.271,96 (un milione e cento sessantatremila e duecento settantuno/96) in favore dell'Azienda Ospedaliera Universitaria Pisana, dell'Azienda USL Toscana Nord Ovest, dell'Azienda USL Toscana Sud Est e dell'Azienda USL Toscana Centro, di cui € 218.135,31 in favore dell'Azienda Ospedaliera Universitaria Pisana, € 790.475,92 in favore dell'Azienda USL Toscana Nord Ovest, € 128.520,89 dell'Azienda USL Toscana Sud Est ed € 26.139,84 dell'Azienda USL Toscana Centro, oltre alla rivalutazione monetaria dalla data dell'evento lesivo fino alla data di pubblicazione della presente sentenza, oltre agli interessi legali sulla somma così rivalutata, da quest'ultima data e fino al soddisfo.

Pone a carico del convenuto le spese di giudizio, che liquida, fino al deposito della presente sentenza, in complessivi €. 823,92.= (diconsi Euro Ottocentoventitre/92.=).

Converte in pignoramento il sequestro conservativo disposto sui beni del convenuto, fino a concorrenza dell'importo di € 1.163.271,96, oltre rivalutazione, interessi e spese di giudizio.

Manda alla Segreteria per le comunicazioni di rito.

Così deciso in Firenze, nella camera di consiglio da remoto del 10 marzo 2022.

IL RELATORE

cons. Giuseppe di Pietro

IL PRESIDENTE

Angelo Bax

*Depositata in segreteria il 4 Ottobre 2022**Il Funzionario*

Simonetta Agostini

F.to digitalmente