

Il dolo di protervia dei sanitari a tempo pieno che svolgono attività privata

Data di pubblicazione: 28 febbraio 2017

CORTE DEI CONTI, SEZ. GIUR. LOMBARDIA – sentenza 31 gennaio 2017*, con commento di MASSIMO PERIN, Brevi note sul regime di esclusività del personale medico-universitario.

CORTE DEI CONTI, SEZ. GIUR. REGIONE LOMBARDIA – sentenza 31 gennaio 2017 n. 14 – Pres. De Salvo, Est. Tenore - Procura regionale c. B.M.G.A. (Avv. M. Boifava) – P.M. A. Grasso.

1. Giudizio contabile e amministrativo – Dipendente Medico Universitario – Professori e Ricercatori universitari in regime di tempo pieno – Regime di esclusività – Obbligatorietà – Sussiste – Conoscenza delle normative sull'esclusività del rapporto di lavoro – Obbligatorietà - Sussiste.

2. Giudizio contabile e amministrativo – Dipendente Medico Universitario – Normativa sul tempo pieno Professori Universitari – Esclusività del rapporto – Sussiste – Violazione del quadro normativo chiaro sul tempo pieno – Elemento psicologico – Dolo di protervia – Sussiste.

3. Giudizio contabile e amministrativo – Dipendente Medico Universitario – Rapporto di lavoro con il datore pubblico – Regime delle incompatibilità – Obbligo costituzionale e tutela del buon andamento – Sussiste.

4. Giudizio contabile e amministrativo – Dipendente Medico Universitario – Indebito percepimento dell'indennità di esclusività – Assenza di autorizzazione da parte del datore di lavoro pubblico dello svolgimento di attività lavorative extra murarie al dipendente medico in regime di tempo pieno – Obbligo di restituzione delle retribuzioni percepite in assenza di autorizzazione – Sussiste.

1. Il quadro legislativo in materia di regime delle incompatibilità per professori (e ricercatori) universitari “a tempo pieno” e per medici in regime di esclusiva, è chiaro, ben formulato, inequivoco e, dunque, come tale, doverosamente nota a qualsiasi accademico e medico pubblico sull'intero territorio nazionale, nonché ai relativi vertici gestionali (Presidi, Rettori, Direttori Generali). Non conoscere questi dati normativi, che rappresentano in maniera chiara lo *status* di professore universitario a tempo pieno e di medico in rapporto di lavoro esclusivo, significa versare in situazione di “patologica” ed inescusabile ignoranza, sia in capo al diretto interessato, sia (ove ne fosse stata data prova) in capo ai vertici gestionali, che dispongono di adeguata preparazione culturale per comprendere il significato delle norme e che, in caso di dubbi, dispongono di uffici legali interni.

2. Disattendere e aggirare il limpido ed univoco quadro normativo in materia, non trova giustificazioni, scusanti o esimenti sotto alcun profilo, configurando un vero e proprio “dolo di protervia” ascrivibile a chi, pur avendo effettuato una volontaria e testuale scelta per il regime intramoenia non vi si conformi doverosamente (cumulando illegittimamente benefici economici retributivi di *status* “a tempo pieno” e di esclusiva intramoenia, con attività esterne espletabili, legittimamente, semplicemente optando per altro regime “a tempo definito” ed extramoenia.

3. Il rapporto di lavoro con il datore pubblico è storicamente caratterizzato, a differenza di quello privato, dal c.d. regime delle incompatibilità, in base al quale al dipendente pubblico è preclusa la possibilità di svolgere attività extralavorative. La *ratio* di tale divieto, va rinvenuta nel principio costituzionale di esclusività della prestazione lavorativa a favore del datore pubblico (“*I pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della Nazione*” art. 98 Cost.), 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.

4. L'indebita percezione dell'indennità di esclusività in assenza dei presupposti di legge comporta, come per qualsiasi indebito, la restituzione integrale di quanto introitato dal dipendente pubblico che ha svolto attività extra lavorative retribuite in assenza di qualsivoglia autorizzazione del datore di lavoro pubblico, con la conseguenza che tutte le componenti retributive (indennità di esclusiva, indennità di risultato e parte della retribuzione di posizione, oltre le c.d. risorse aggiuntive regionali) che contribuiscono a costituire il trattamento stipendiale per un rapporto di lavoro dai connotati diversi da quelli reali, integrano prestazioni oggettivamente indebite e, perciò, configurano danno per l'erario dell'Ente erogante.

MASSIMO PERIN

(Consigliere della Corte dei conti)

**Brevi note sul regime di esclusività
del personale medico-universitario**

La sentenza in rassegna riguarda il pregiudizio finanziario conseguente allo svolgimento di attività private retribuite, nonostante il medico (nel caso specifico un Primario Professore Universitario) avesse optato per il regime giuridico a tempo pieno, con conseguente esclusività della prestazione lavorativa.

Nella fattispecie il convenuto è stato condannato a risarcire l'erario per lo svolgimento di attività extra muraria non autorizzata, con conseguente configurabilità di ben tre voci di danno erariale tra le quali emerge, oltre al pregiudizio patrimoniale pari alle indennità indebitamente incassate dal professore e spettanti in virtù del rapporto di impiego esclusivo, nonché l'ulteriore pregiudizio ex art. 53 T.U.P.I. (riversamento dei compensi extraistituzionali all'erario), una cospicua posta risarcitoria pari alle differenze retributive tra la remunerazione a tempo pieno e quella a tempo definito, spettante quest'ultima *ex lege* per l'ipotesi di svolgimento di un'attività extramoenia autorizzata.

La sentenza afferma che svolgere attività extra muraria, impone ex art.11, d.P.R. 382 del 1980, l'opzione doverosa e obbligatoria per il tempo definito, da formalizzare con apposita domanda al Rettore dell'Università 6 mesi prima dell'inizio di ogni anno accademico.

Tra l'altro, lo svolgimento dell'attività libero-professionale all'interno della struttura sanitaria è stato previsto e disciplinato espressamente solo per il personale medico e i dirigenti del ruolo sanitario e ciò assume il preciso significato di circoscrivere solo a tali categorie il riconoscimento del diritto in questione (cfr. **Corte Costituzionale, sentenza 31 marzo 2015 n. 54, sotto indicata**).

In questo quadro è chiaro che il medico e/o docente universitario una volta che ha scelto di svolgere l'attività intramuraria e il tempo pieno, non può poi comportarsi in senso contrario; a questo proposito i giudici lombardi affermano che il docente era tenuto anche eticamente a rispettare la regola del tempo pieno, da lui appositamente e coscientemente scelta.

Inoltre, la scelta del tempo pieno per un professore universitario impedisce *ex lege* (oggi art. 6, l. n. 240 del 2010 e prima art. 11, co. 5, lett. a, d.P.R. n.382 cit.) lo svolgimento di attività professionale, la quale, quando fosse svolta, comporta la percezione indebita delle indennità previste per il tempo pieno.

Pertanto, il medico professore universitario a tempo pieno (che scelga il rapporto esclusivo con il S.S.N. con le regole dell'intramoenia), non può poi svolgere attività extramoenia, espletabile solo da professori a tempo definito, così violando il divieto di cui all'art. 11, co. 5, lett. a), d.P.R. n. 382/1980; con conseguente venir meno del diritto a percepire la differenza stipendiale prevista dal successivo art. 36, co. 6, compatibile nel sistema legislativo con lo svolgimento dell'attività libero-professionale in regime di intramoenia, ma non con un'illegittima e rilevante attività extramoenia.

Nella fattispecie non ha assunto (non poteva essere diversamente vista la chiarezza del testo di legge) rilevanza alcuna, la rivendicata ed eccellente resa didattica nonché scientifica del professore convenuto in costanza e parallelo svolgimento di attività professionali (*contra legem*): perché l'apprezzabile resa didattica e scientifica a favore di studenti e specializzandi è un normale e doveroso compito lavoristico per ciascun professore, ordinario o associato, a tempo pieno o a tempo definito, e non rappresenta una specificità del professore "a tempo pieno".

Del resto, aggiunge la sentenza, è un dato oggettivo ed empirico inconfutabile, che l'espletamento di attività professionale comporta fatalmente una minor presenza universitaria e ciò è sotteso alla meno elevata erogazione stipendiale delineata dal d.P.R. n. 382 per i docenti a tempo definito, al quale il medico convenuto si sarebbe dovuto eticamente conformare, sapendo di svolgere rilevante attività professionale, tra l'altro fiscalmente evidente.

In ragione di ciò seguiva il danno per l'Università per differenze retributive erogate al professore tra tempo pieno e tempo definito.

Altra giurisprudenza recente (Corte dei Conti – Sezione Giurisdizionale Abruzzo – sentenza del 31 gennaio 2017 n. 9) ha affermato che, per un inquadramento generale della materia, può farsi rinvio, *ex multis*, alla sentenza Sez. Campania n. 1111 del 17 settembre 2013, perché la giurisprudenza della Corte dei conti è da tempo pacificamente orientata nel senso che «*con il protratto espletamento dell'attività libero professionale in spregio a regole conformanti il regime intramurario*» viene meno «*l'esclusività del rapporto di lavoro e, con essa, il titolo per percepire gli emolumenti alla medesima legati: dovendosi qualificare l'attività, per le modalità con le quali in concreto è stata esercitata, come extra muraria e sussistendo un impedimento legale per colui che a tale ultimo regime risulti assoggettato ad intrattenere con l'Azienda sanitaria un rapporto di lavoro con il carattere della esclusività, a quel medesimo soggetto risulta automaticamente preclusa la possibilità di beneficiare dei vantaggi che il rapporto di lavoro con quella caratteristica assicura*».

Di conseguenza «*le componenti retributive (indennità di esclusiva, indennità di risultato e parte della retribuzione di posizione) che contribuivano a costituire il trattamento stipendiale per un rapporto di lavoro dai connotati diversi da quelli reali integrano prestazioni oggettivamente indebite e, perciò, costituiscono danno per l'erario dell'Ente erogante*» (principio confermato anche dalla Sez. Terza Appello, con sentenza n. 415 del 24 agosto 2015). Da ultimo, si è altresì precisato che, «*non essendo il danno commisurato alle singole fatture*» relative alle prestazioni rese in violazione del regime intramurario «*ma derivando dall'indebita percezione dell'indennità di esclusività è sufficiente, per ogni singolo esercizio, che si sia verificata almeno un'infrazione significativa*» (così Corte dei conti Sez. Prima Appello, sent. 261 del 18 luglio 2016).

Documenti correlati:

Tar Lombardia – Milano, sentenza 20 settembre 2013, n. 2189, pag. <http://www.lexitalia.it/a/2013/7749>, la quale afferma che ai dipendenti della Facoltà di Medicina e Chirurgia di una Università statale che prestano attività assistenziale nelle strutture sanitarie convenzionate con la stessa Università, in regime di *intra moenia*, spetta la indennità di "esclusività" di cui all'art. 5 del [d.lgs. 517 del 1999](http://www.lexitalia.it/a/2013/7749).

Corte dei Conti, Sez. Giur. Regione Liguria, sentenza 29 ottobre 2015, n. 88, pag. <http://www.lexitalia.it/a/2015/66310>, la quale afferma che un docente universitario con un rapporto a tempo pieno che ha svolto un incarico extraistituzionale non preventivamente autorizzato dall'Amministrazione di appartenenza, determina un danno all'erario determinato dall'omissione dell'attività di insegnamento, a fronte della percezione degli emolumenti quale professore; e dallo svolgimento di attività incompatibili con la condizione di docente a tempo pieno. Cfr. pag. Web: . La sentenza è annotata con il commento di NICOLA NIGLIO, «*Il danno all'erario per attività libero-professionali svolte da un professore universitario a tempo pieno non preventivamente autorizzate*».

Corte Costituzionale, sentenza 31 marzo 2015 n. 54, pag. <http://www.lexitalia.it/a/2015/50537>, la quale afferma che le disposizioni concernenti l'attività sanitaria intramuraria debbono essere ricondotte alla materia della «tutela della salute». Infatti, il nuovo quadro costituzionale, delineato dalla legge di riforma del titolo V della parte II della Costituzione, recepisce una nozione della materia 'tutela della salute' assai più ampia rispetto alla precedente

materia 'assistenza sanitaria e ospedaliera', con la conseguenza che le norme attinenti allo svolgimento dell'attività professionale intramuraria, sebbene si prestino ad incidere contestualmente su una pluralità di materie (e segnatamente, tra le altre, su quella della organizzazione di enti 'non statali e non nazionali'), vanno comunque ascritte, con prevalenza, a quella della 'tutela della salute.

Corte dei Conti, Sez. Giur. Regione Lombardia, sentenza 25 novembre 2014 n. 216, pag. <http://www.lexitalia.it/a/2014/38675>, la quale ha affermato che configura danno erariale il mancato versamento alla propria Amministrazione di compensi extraistituzionali percepiti da un pubblico dipendente che non abbia richiesto la previa autorizzazione incarichi esterni delineato dall'art. 53, co. 7, [d.lgs. n. 165 del 2001](#).

SENTENZA

nel giudizio di responsabilità, ad istanza della Procura Regionale, iscritto al numero 28580 del registro di segreteria, nei confronti di:

M. G. A., nato *omissis*, rappresentato e difeso dall'avv. Maurizio Boifava del foro di Monza ed elettivamente domiciliato in Milano, Piazza Eleonora Duse 4, presso l'avv. Enzo Robaldo, giusta delega agli atti;

letta la citazione in giudizio ed esaminati gli altri atti e documenti fascicolati;

richiamata la determinazione presidenziale con la quale è stata fissata l'udienza per la trattazione del giudizio;

ascoltata, nell'odierna udienza pubblica del 25 gennaio 2017, la relazione del Magistrato designato prof. Vito Tenore e uditi gli interventi del Pubblico Ministero nella persona del Sost. Procuratore Generale dr. Antonino Grasso e dell'avv. Maurizio Boifava per il convenuto;

viste le leggi 14 gennaio 1994, n. 19 e 20 dicembre 1996, n. 639.

FATTO

1. Con atto di citazione depositato il 22 luglio 2016, la Procura regionale citava in giudizio il prof. M. G. A. B., professore ordinario di clinica odontoiatrica dell'Università di Milano Bicocca con impiego a tempo pieno dall'1.11.2000 e direttore di struttura complessa di odontoiatria dell'Azienda Ospedaliera San Gerardo di Monza dall'1.9.2001 (giusta convenzione 18.7.2001 tra la suddetta Università e l'azienda ospedaliera successiva a delibera aziendale 16.7.2001 n.458), esponendo quanto segue:

a) che a seguito di informativa 11.3.2015 dei NAS dei Carabinieri di Milano e di successivi riscontri istruttori, era emerso che il convenuto era stato sottoposto a procedimento penale per truffa (art.640 co.2, c.p.) per aver, nella sua suddetta qualità di direttore di struttura complessa sanitaria pubblica in rapporto di lavoro esclusivo, omesso di comunicare il contemporaneo esercizio, dal 2001 al 2014, di attività medica libero-professionale svolta presso omonimo studio dentistico privato di Monza, via Romagna 17, non convenzionato con l'Azienda ospedaliera, inducendo quest'ultima e l'Università di Milano in errore circa l'esclusività del rapporto di lavoro con la Azienda, percependo così per anni maggiori somme di seguito precisate;

b) che per tali condotte il GIP aveva disposto l'archiviazione in data 1.4.2015 per assenza di dolo e che l'Azienda gli aveva revocato l'incarico di direttore UOC di odontostomatologia e l'Università l'incarico di direttore del Dipartimento di chirurgia e medicina traslazionale e di direttore della Scuola di Specializzazione, chiudendo poi il procedimento disciplinare con la sospensione dal servizio e dalla retribuzione per sei mesi, come chiarito con successiva nota esplicativa di UNIBICOCCA;

c) che tale condotta aveva arrecato diverse voci di danno erariale sia alla Azienda San Gerardo, sia all'Università Bicocca;

d) che un primo danno era stato patito dalla Azienda Ospedaliera San Gerardo di Monza per violazione del regime di c.d. esclusiva, in quanto l'art.15-*quinquies*,5, d.lgs. n.502 del 1992 impone tale regime a chi, come il prof. B., abbia incarico di direzione di struttura complessa (o anche semplice), incompatibile con lo svolgimento di attività libero professionale (art.1, co.5, l. n.662/1996). Lo svolgimento di quest'ultima precludeva la percezione per il personale ospedaliero della "indennità di esclusiva" (art.43 CCNL 8.6.2000), della retribuzione di risultato (art.47, co.4 CCNL 8.6.2000), di retribuzione di posizione in misura piena (art.47, co.1 e 2, CCNL cit.) e di retribuzione da risorse aggiuntive regionali, riservate a medici in regime di esclusiva e con esercizio di sola attività *intra moenia*. Tale trattamento economico dei medici ospedalieri era stato esteso ai professori universitari dall'art.13, d.P.R. 20 dicembre 1979 n. 761 richiamato dall'art.102 d.P.R. 382/1980 (c.d. indennità De Maria), poi dall'art.6, d.lgs. n.517/1999, recepiti nell'art.13 della convenzione 18.7.2001 tra l'Azienda S. Gerardo e l'Università Bicocca, che prevedeva un versamento mensile dall'Azienda all'Università delle somme necessarie per gli emolumenti del prof. B. per lo svolgimento di funzioni assistenziali, comportanti l'erogazione perequativa della suddetta ex indennità De Maria dell'art.31, d.P.R. n.761/79 (composta da indennità di esclusiva e di posizione in misura piena), oltre alla retribuzione di risultato. Tali somme indebitamente erogate dal 2001 al 2014 ammontavano ad euro 340.097,18 (per indennità di esclusiva e per più elevata retribuzione di posizione, tra loro sommate) e ad euro 47.453,76 per retribuzione di risultato, oltre oneri accessori (previdenziali Inpdap ed assistenziali Opera, come chiarito con nota 10.1.2017) per euro 146.046,68, come da prospetto riassuntivo 4.3.2016 prot.2045 redatto dall'Università Bicocca (doc.5 depositato da Procura e ridepositato, con chiarimenti, il 10.1.2017);

e) che un secondo danno era stato cagionato all'Università di Milano-Bicocca per violazione delle regole sul tempo pieno, in quanto l'espletamento di attività extra muraria, come avvenuto per il prof. B., imponeva, ex art.11, d.P.R. 382 del 1980, l'opzione doverosa per il tempo definito, da effettuare (oggi ex art.6, co.6, l. n.240 del 2010) con domanda al Rettore dell'Università 6 mesi prima dell'inizio di ogni anno accademico, preclusiva, tra l'altro, delle funzioni di Direttore di Dipartimento rivestite dal convenuto. La scelta del tempo pieno per un professore universitario impediva *ex lege* (art.6, co.9 l. n.240 del 2010 e art.11, d.P.R. n.382 cit.) lo svolgimento di attività professionale, quale quella svolta per anni dal prof. B. presso omonimo studio dentistico privato di Monza, via Romagna 17; se il medico professore universitario opti per il rapporto esclusivo con il S.S.N. con le regole dell'*intramoenia*, non può dunque svolgere attività *extramoenia*. Ne conseguiva, secondo la Procura, un danno all'Università di euro 325.494,83 per differenze retributive tra tempo pieno e tempo definito (oltre IRAP per euro 27.667,06 e oneri sociali per euro 74.823,44) e di euro 36.450,59 quale corrispettivo per l'incarico di Direttore di Dipartimento, come da analitico prospetto 10.6.2016 prot.6460 dell'Università Bicocca, in all.6 depositato dalla Procura;

f) che un terzo danno era stato arrecato alla Azienda Ospedaliera San Gerardo di Monza per violazione delle prescrizioni sulla attività *intramoenia*, avendo il prof. B. prevalentemente utilizzato per tale attività, normata dall'art.4, l. n.412 del 1991 e dall'art.1, co.5, l. n.662 del 1996 e dalla delibera 1.7.2004 n.384 della Azienda San Gerardo, degli igienisti dentali e degli specializzandi (v. loro dichiarazioni in all.8 depositato dalla Procura), in luogo della propria esclusiva personale opera, in spregio anche della normativa che vieta, se non previ accordi con la direzione sanitaria, la partecipazione ad attività assistenziali degli specializzandi. Tale danno, desumibile dalle prestazioni *intramoenia* fatturate nel registro IVA dell'Azienda San Gerardo, era pari all'85% del fatturato complessivo, ovvero ad euro 319.945,92, somma riversata al prof. B. detratto l'importo spettante all'Azienda;

g) che, infine, un quarto e conclusivo danno era stato cagionato alla Università di Milano-Bicocca per svolgimento di attività *extramoenia* non autorizzate, in violazione dell'art.53, co.7 del d.lgs. n.165 del 2001, che impone ai pubblici dipendenti, ivi compresi i docenti universitari a tempo pieno, la previa autorizzazione datoriale per svolgere attività extra lavorative. Tale danno, come acclarato dalla P.G., ammontava ad euro 6.971.324,77, corrispondente ai ricavi percepiti dal prof. B. nell'arco temporale 2002-2013 per attività professionale in studio privato non autorizzata;

h) che tali importi relativi alle quattro voci di danno contestate andavano calcolati al lordo della tassazione e con oneri previdenziali, che rappresentano un vantaggio per il lavoratore;

i) che il B., destinatario di rituale invito a dedurre, non aveva prodotto memorie, né chiesto di essere sentito.

Tutto ciò premesso, l'attrice Procura chiedeva, per le suddette quattro voci di danno, la condanna del convenuto al

pagamento di euro 853.543,54 a favore della Azienda Ospedaliera San Gerardo di Monza (da violazione del regime di c.d. esclusiva pari a euro 533.597,62 e delle prescrizioni sulla attività intramoenia pari a euro 319.945,92), di euro 464.435,92 a favore dell'Università di Milano-Bicocca per violazione delle regole sul tempo pieno e di euro 6.971.324,77, sempre a favore dell'Università Bicocca, per violazione dell'art.53, co.7, d.lgs. n.165, oltre accessori e spese di lite.

Con memoria 5.1.2017 si costituiva il prof. B., rappresentato dall'avv. Boifava, eccependo quanto segue:

a) la preesistenza dell'attività libero professionale svolta nel proprio studio di Monza sin dal 1988 rispetto al successivamente acquisito *status* di pubblico dipendente (professore universitario) e la conoscenza di tale pregressa attività professionale da parte dei vari:

b) direttori generali della Azienda Ospedaliera San Gerardo (dr. Carini e successivi: v. dichiarazioni rese al PM in sede penale in doc.2 difesa);

c) che la conoscenza di tale pregressa attività libero-professionale era desumibile sia da dichiarazioni scritte di vari medici e funzionari del San Gerardo e di professori dell'Università Bicocca, tra cui il Preside Frattola, indicati alle pagg.5-6 della comparsa di costituzione, sia da convenzione tra detto studio privato del prof. B. e l'associazione dei dipendenti della Azienda Ospedaliera San Gerardo;

d) che il notorio e pubblico espletamento di tale attività privata del B. in studio di Monza e il parimenti noto, e addirittura autorizzato (con delibera 1.7.2004 n.384), utilizzo di specializzandi e medici per affiancamento del B. nell'*intramoenia* svolta in Villa Serena nella piena conoscenza da parte del San Gerardo e dell'Università Bicocca, avevano portato alla archiviazione in sede penale della plurima ipotesi accusatoria nei confronti del convenuto, in assenza di artifici e raggiri o di abusi sostenibili in giudizio (v. richiesta archiviazione 21.3.2015 PM dr.ssa D. Costa e accoglimento 1.4.2015 GIP dr. A. De Lillo, in all.2 difesa) e che tale archiviazione rappresentava in sede giuscontabile, in via analogica, un vincolante giudicato ex652 c.p.p.;

e) che dolo era ravvisabile non nella condotta del B., ma nella pluriennale condotta tollerante dei vertici dell'Azienda San Gerardo e della Università Bicocca, mai intervenuti a fronte di piena conoscenza dell'attività svolta dal convenuto nel proprio studio privato e in *intramoenia* a Villa Serena;

f) che i proff. Frattola e Stella, Presidi della Facoltà di Medicina Bicocca avevano più volte assicurato al convenuto la assenza di incompatibilità con lo svolgimento di attività libero professionale pur nello *status* di docente a tempo pieno;

g) che le suddette circostanze *sub a) - e)* escludevano il dolo nella condotta del B. e che la complessità e mutevolezza del quadro normativo, rimarcata anche in sede di archiviazione penale 21.3.2015, escludeva anche la colpa grave per errore scusabile del convenuto;

h) che i cedolini stipendiali non evidenziavano alcuna comprensibile maggiorazione stipendiale legata ad un regime di "esclusiva";

i) che, comunque, il primo credito azionato dalla Procura con invito a dedurre notificato il 7.3.2016 per violazione del regime di esclusiva, era parzialmente prescritto per i danni asseritamente cagionati sino al 7.3.2011, alla luce dei principi enunciati da questa Sezione con sentenza 5.11.2014 n.216 su analoga fattispecie). Tale danno era inoltre mal conteggiato, in quanto: 1) non era stata valutata, in via principale, l'incidenza dell'art.72, co.7, l.442/1998, che ridurrebbe il danno alla sola percezione di una annualità di indennità di esclusiva non dovuta; h.2) in via gradata, non era stato valutato il solo netto percepito, dovendosi escludere il lordo; h.3) vi erano, sempre in via gradata, errori nei conteggi di Milano Bicocca rimarcati nella perizia di parte dr. Alaimo in doc.30 difesa;

j) che, comunque, il secondo credito azionato dalla Procura con invito a dedurre notificato il 7.3.2016 per violazione del regime del tempo pieno (differenze stipendiali tra tempo pieno e tempo definitivo e indennità da direttore di dipartimento) era prescritto nei limiti temporali sopra indicati. In ogni caso il prof. B., pur nello svolgimento di attività incompatibili, aveva comunque reso egregiamente le sue prestazioni di docente e di direttore di dipartimento e che

non poteva dunque “presumersi” un danno mai arrecato all’Università e non provato dalla Procura attrice; in ogni caso, da tale danno erano da scomputare, in compensazione, gli introiti di finanziamenti ottenuti dall’Università grazie al “tempo pieno” dedicato all’ateneo dal prof. B. per circa 204.851,94 euro (doc.24 difesa); inoltre la difesa evidenziava sul punto: *i.1*)alcuni errori nel conteggio “differenziale” stipendiale (tempo pieno/tempo definito) dovendosi scomputare i periodi trascorsi in sospensione cautelare e i periodi successivi alla cessazione, il 27.3.2014, dell’attività libero-professionale; 2) dovendosi rivedere, come da perizia di parte, gli introiti quale direttore di dipartimento, ben inferiori a quelli indicati dall’Università e recepiti dalla attrice Procura; *i.3*) dovendosi calcolare al netto le somme *de quibus*;

k) che, comunque, il **terzo credito** azionato dalla Procura con invito a dedurre notificato il 7.3.2016 per violazione del regime *intramoenia* (valendosi di collaboratori) era prescritto nei limiti temporali sopra indicati. In ogni caso, il prof. B. dal 2008 aveva percepito non l’85%, ma il 70% del fatturato “solventi” in Villa Serena, ed aveva utilizzato, ma mai in attività libero-professionali, sotto la sua costante presenza studenti specializzandi, la cui partecipazione era autorizzata da Azienda e Università, come statuito nella richiesta di archiviazione penale suddetta;

l) che, infine, anche il **quarto credito** azionato dalla Procura con invito a dedurre notificato il 7.3.2016 per attività *extramoenia* non autorizzata era prescritto nei limiti temporali sopra indicati, non potendosi applicare la prescrizione decennale invocata in altri giudizi dalla Procura. In ogni caso, il danno contestato al prof. B. pari ad € 6.971.324,77, andava rettificato in 1/15 di € 353.131,53 (utile netto), tenendo conto: *1*)del criterio di cassa, comportante entrate per € 6.540.978,00; *k.2*)della necessità di sottrarre i costi professionali sostenuti per lo svolgimento dell’attività libero professionale, complessivamente pari ad € 4.270.300,00; *k.3*) delle imposte già versate, in misura pari ad € 984.150,00 e i contributi INPS; *k.4*) delle spese per i collaboratori di studio (idonee a ridurre ad 1/15 l’utile percepito);

m) in via gradata, la difesa del prof. B. invocava una forte riduzione dell’addebito, tenendo conto dell’ottimo *curriculum* professionale e dell’atteggiamento omissivo serbato sia da UNIMIB sia dall’A.O. San Gerardo di Monza, che, pur edotti della titolarità in capo al convenuto di uno studio professionale, nulla avevano fatto per far cessare la situazione di incompatibilità/illegittimità in capo allo stesso, violando sia l’art.97 cost, sia l’art.72, co.8, d.lgs. n.448 del 1998, che sancisce la responsabilità del DG dell’Azienda sanitaria inerte in verifiche su espletamento *contra legem* di attività *extramoenia*;

n) da ultimo, *ad colorandum*, la difesa del convenuto evidenziava possibili incidenze sulla denuncia fatta dall’Amministratore straordinario dell’Azienda San Gerardo, alla base dell’indagine confluita in questo giudizio, di interessi in qualche modo tesi ad estromettere il convenuto dalla conduzione dell’attività *intra moenia* presso il San Gerardo e ad affidare il medesimo *opus* a società riconducibile alla dr.ssa Canegrati, ovvero a colei che è stata l’artefice dello scandalo della sanità lombarda del 2016 (operazione c.d. Smile);

o) in via istruttoria, la difesa formulava richiesta di prova testimoniale, ex 98 D.lgs. n. 174/2016 (applicabile anche ai giudizi in corso alla data di entrata in vigore alla luce della disposizione transitoria di cui all’art. 2 dell’All. n. 3 al Codice) circa l’espletamento di cure dentistiche presso lo studio privato del prof. B. di vari soggetti tra cui dirigenti del San Gerardo e Presidi della Università Bicocca.

La difesa del convenuto chiedeva in conclusione che venisse respinto il ricorso preliminarmente per prescrizione del credito, e, nel merito, per assenza dell’elemento soggettivo e del danno. In via gradata, previa corretta rideterminazione degli importi del danno reclamato, chiedeva un forte esercizio del potere riduttivo dell’addebito.

3. Con note 13.1.2017, 18.1.2017, 23/24.1.2017 la Procura attrice depositava documentazione ulteriore atta a comprovare, rispettivamente, l’avvenuta adozione di sanzione disciplinare nei confronti del convenuto (decreto rettore Università Bicocca 25.9.2015 di sospensione dal servizio e dalla retribuzione per sei mesi) e i conteggi eseguiti per la determinazione, al lordo e al netto, delle varie voci di danno reclamate.

4. All’udienza del 25 gennaio 2017, sentita la relazione del Magistrato designato, la Procura attrice e la difesa del convenuto sviluppavano i rispettivi argomenti. Quindi la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. La questione al vaglio della Corte attiene a quattro voci di danno erariale, indicate in fatto, rivendicate dalla attrice Procura nei confronti del convenuto, professore universitario ordinario a tempo pieno dell'Università Bicocca di Milano (e Direttore di Dipartimento universitario), nonché medico con funzioni assistenziali (e direttore di struttura complessa) presso la sanitaria pubblica AO San Gerardo di Monza in rapporto di lavoro esclusivo in regime *intramoenia* (prescelto formalmente, e mai mutato, con nota olografa 31.8.2001 protocollata dal San Gerardo il 31.8.2001 n.0010302 in all.4 alla lettera 7.4.2014 prot.0006797 San Gerardo, in doc.4 Procura), espletante però, in parallelo, attività libero-professionale *extramoenia*.

Tale singole voci di danno vanno analiticamente vagliate alla luce del vigente quadro normativo, dei riscontri probatori forniti dalla istante Procura e delle coordinate ermeneutiche già dati da questa Sezione su analoghe questioni, tra le altre, con le sentenze 6.10.2015 n.165 e 9.2.2016 n.12.

2. Prima di tale disamina, va tuttavia premesso che tale giudizio non intende mettere in discussione l'autorevolezza scientifica del prof. B. e le sue innegabili capacità organizzative, didattiche, professionali (come rettamente rimarca la sua difesa, il convenuto è stato, tra l'altro, tra i primi in Italia ad utilizzare cellule staminali per la rigenerazione ossea delle malattie parodontali) e persino filantropiche verso i suoi pazienti per alcuni profili evidenziati dalla sua accurata difesa, né vagliare gli autonomi risvolti disciplinari (v. decreto rettore Università Bicocca 25.9.2015 di sospensione dal servizio e dalla retribuzione per sei mesi, agli atti) e penali della vicenda (questi ultimi esclusi dal PM e dal GIP con motivazione esclusivamente ancorata alla non sostenibilità in giudizio di un elemento psicologico troppo flebile per i reati ivi ipotizzati, pur a fronte di fatti storici certi ed inconfutabili: v. richiesta archiviazione 21.3.2015 PM dr.ssa D. Costa e accoglimento 1.4.2015 GIP dr. A. De Lillo, in all.2 difesa).

Scopo unico di questo contenzioso è infatti quello di acclarare se la condotta del convenuto abbia arrecato danno alle casse pubbliche, e in che misura, alla stregua del vigente quadro normativo, indefettibile e basilare dato di partenza, senza alcuna valenza delle "occasioni segnalatorie" alla base del giudizio, dettate dall'asserito ruolo "non comodo" del B. nella azienda sanitaria, cui fa riferimento la difesa del convenuto.

In punto di referenti normativi, contrariamente a quanto suggestivamente prospettato dalla difesa del convenuto, il quadro legislativo in materia di regime delle incompatibilità per professori (e ricercatori) universitari "a tempo pieno" e per medici in regime di esclusiva, come si evidenzierà nel prosieguo, è chiara, ben formulata, inequivoca e, dunque, di solare evidenza e, come tale, doverosamente nota a qualsiasi accademico e medico pubblico sull'intero territorio nazionale, nonché ai relativi vertici gestionali (Presidi, Rettori, Direttori Generali). Sconoscere tali cristallini dati normativi, che rappresentano, per usare una pertinente terminologia medica, la "fisiologia" e la "genetica" dello *status* di professore universitario a tempo pieno e di medico in rapporto di lavoro esclusivo, significa versare in situazione di "patologica" ed inescusabile ignoranza, sia in capo al diretto interessato, sia (ove ne fosse stata data prova) in capo ai vertici gestionali, che dispongono di adeguata preparazione culturale per comprendere il significato delle solari norme e che, in caso di dubbi, dispongono di uffici legali interni (sia le Università che le Aziende Ospedaliere) e, soprattutto (le Università), di professionalità specifiche interne ben adeguate a dirimere celermente qualsiasi eventuale aspetto problematico in sede applicativa che pur fosse sollevato sulla già lineare normativa in materia.

Né alcuna "*non facile individuazione*" di norme contrattuali, come afferma (forse per un *lapsus calami*) il PM penale in sede di richiesta di archiviazione in atti, è dato cogliere in materia, non essendo il regime del tempo pieno/definito e *intramoenia/extramoenia* normato da fonti contrattuali, ma solo da chiarissime norme primarie di legge, come tali doverosamente note a tutti, in sede amministrativa e giurisdizionale.

Disattendere e aggirare, quindi, l'infraprecisato limpido ed univoco quadro normativo in materia, ad avviso del collegio, non può trovare giustificazioni, scusanti o esimenti sotto alcun profilo, configurando un vero e proprio "*dolo di protervia*" ascrivibile a chi, pur avendo effettuato una volontaria e testuale scelta per il regime *intramoenia* (v. nota olografa 31.8.2001 del prof. B. al San Gerardo cit.) non vi si conformi doverosamente (cumulando illegittimamente benefici economici retributivi di *status* "a tempo pieno" e di esclusiva *intramoenia*, con attività esterne espletabili, legittimamente, semplicemente optando per altro regime "a tempo definito" ed *extramoenia*).

A ciò va aggiunto che un'eventuale ignoranza delle chiare, razionali e lineari norme che disciplinano la *subiecta materia* che dovessero addurre a giustificazione, a loro volta, le strutture datoriali, configurerebbe altresì, ove

provata, anche una gravissima condotta omissiva (*rectius* di concorso omissivo doloso in caso di conoscenza dolosamente occultata) degli inerti vertici, Aziendali ed Universitari, i quali, in violazione dei più elementari obblighi e doveri di servizio, risulterebbero, in tal caso, aver illecitamente abdicato, con intollerabile incuria, ai propri compiti istituzionali di vigilanza e di fattivo intervento finalizzato ad imporre doverosamente il rispetto di basilari regole Aziendali ed Universitarie, così ponendo in essere ingiustificabili condotte omissive di valenza amministrativo-contabile, disciplinare, di responsabilità dirigenziale (per i DG di Aziende Ospedaliere) e, verosimilmente (nonostante le avverse statuizioni in questa vicenda già assunte, v. sopra), anche di valenza penale.

Queste ultime statuizioni penali, giova ribadirlo a mo' di premessa per disattendere un reiterato argomento difensivo sviluppato dall'avv. Boifava, essendosi tradotte in una mera archiviazione e non in un giudicato assolutorio "con formula piena", non hanno alcuna portata vincolante in questa sede giuscontabile, non potendosi affatto applicare l'art. 652 c.p.p. invocato dal convenuto, neppure in via analogica, secondo notori principi generali sul divieto di interpretazioni estensive o analogiche di precetti (tra l'altro processuali) di stretta e testuale applicazione, che contrasterebbero, tra l'altro, con il principio, questo sì generale, di autonomia tra l'illecito penale e quello contabile. Quest'ultimo trae vincolo dalla parallela e pregressa sede penale solo e soltanto a fronte di "sentenze" e nei limiti degli art.651 e 652 c.p.p., palesemente inapplicabili in caso di mera archiviazione.

Ne consegue che la vicenda in esame va vagliata alla stregua delle sole risultanze istruttorie in atti e sulla base dei pertinenti parametri normativi.

2.1. Sempre in via preliminare, va disattesa la singolare eccezione difensiva incentrata sulla preesistenza dell'attività libero professionale svolta dal prof. B. nel proprio studio di Monza sin dal 1988 rispetto al successivamente acquisito *status* di pubblico dipendente (professore universitario): è agevole replicare che tale evenienza temporale è assolutamente irrilevante in quanto, una volta acquisito (successivamente) lo *status* di pubblico dipendente-docente universitario e poi di primario ospedaliero in regime di esclusiva *intramoenia* (v. nota olografa 31.8.2001 B. al San Gerardo cit. con cui si opta per tale regime), il convenuto avrebbe dovuto sottostare alle relative regole lavoristiche, tra cui quelle che consentono l'espletamento (o la "prosecuzione" nella specie) di attività professionale *extramoenia* solo e soltanto rinunciando all'insegnamento universitario a tempo pieno ed al primariato ospedaliero in rapporto di lavoro esclusivo *intramoenia*, prescelti volontariamente e formalmente dallo stesso B. e non certo imposti da Università e/o Azienda SA Gerardo. Va poi rammentato che l'art.15-*quater*, co.3 del d.lgs. n.229 del 1999 statuisce chiaramente che "*Entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto, che modifica il decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502, e successive modificazioni, 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*".

2.2. Ancora in via preliminare, giova chiarire che appare assolutamente irrilevante in questa sede la asserita conoscenza o meno da parte di colleghi, dirigenti e funzionari del San Gerardo e della direzione della Azienda - più volte rimarcata dalla difesa del prof. B. per escludere l'elemento psicologico dell'illecito in esame - dello svolgimento di attività privata *extramoenia* da parte del convenuto (v. oltre alla difesa del convenuto, le dichiarazioni del B. ai NAS dei Carabinieri circa una tollerata conoscenza da parte dei Direttori Generali della Azienda San Gerardo, rese in occasione della verifica 18.2.2014 nel suo studio privato: cfr. comunicazione notizia di reato NAS a Procura di Monza 19.2.2014 n.30/16, in doc.1 Procura).

A prescindere dalla mancata prova di una conoscenza dell'espletamento di una specifica attività *extramoenia* "*contra legem*", la stessa è comunque in ogni caso ininfluenza ai fini del decidere: ciò che in questa sede rileva non è infatti la circostanza che taluni colleghi o dirigenti dell'Azienda San Gerardo conoscessero o meno tale parallela attività privata, su cui si chiede una ininfluenza escussione testimoniale, non essendo questi ultimi il "datore di lavoro", unico soggetto competente in materia di incarichi extralavorativi (come già rimarcato da C. conti, sez. Lombardia n.214 del 2016). Ciò che va in questa sede valutato è infatti solo e soltanto il fatto storico, certo e incontestato, che il prof. B., pur percependo mensilmente per anni le indennità aggiuntive cc.dd. "ex De Maria" e altre correlate ad un regime di esclusiva a fronte della formalizzata opzione per tale (facoltativo) regime, svolgeva attività privata, circostanza normativamente ostativa alla percezione dell'indennità perequativa suddetta (nella sua triplice articolazione: v. sopra).

Identiche conclusioni valgono per la asserita conoscenza non già del Rettore o del Direttore Generale della Università Bicocca (unici competenti in materia autorizzatoria), ma da parte dei Presidi dell'Università Bicocca di tale attività privata (essendo addirittura taluni di essi pazienti dello stimato prof. B.) svolta da docente "a tempo pieno" e Direttore di dipartimento della struttura: tale conoscenza dei proff. Frattola e Stella, Presidi della Facoltà di Medicina Bicocca (v. memoria difesa, secondo cui i vertici suddetti avevano più volte assicurato al convenuto la assenza di incompatibilità con lo svolgimento di attività libero professionale pur nello *status* di docente a tempo pieno), quand'anche vi fosse stata, doveva tradursi non certo in una passiva osservazione della altrui illegittima condotta, ma in una formale autorizzazione scritta ed espressa (tra l'altro di esclusiva competenza dei vertici gestionali: Rettore e/o Direttore Generale e non dell'incompetente Preside, che, notoriamente quanto normativamente, non ha intestato alcun potere in materia di autorizzazione all'espletamento di incarichi esterni). Il loro presunto assenso verbale non ha dunque alcuna giuridica rilevanza e non equivale ad un silenzio-assenso o ad una autorizzazione tacita a svolgere tale attività non autorizzata, in quanto, ripetesi, la vigente normativa non attribuisce alcun potere autorizzatorio ai Presidi di facoltà (o capi dipartimento).

Difatti, come già chiarito da questa Sezione con sentenza 6.10.2015 n.165, è noto che i rapporti contrattuali e provvedimentali con la p.a. si fondano di regola, per i cittadini e per gli stessi lavoratori pubblici, sulla forma scritta e su manifestazioni espresse di volontà dell'amministrazione e che gli eccezionali istituti del silenzio-assenso (ma qui non vi è alcuna istanza del convenuto) e della manifestazione tacita (es. d.i.a., qui non pertinente), settorialmente previsti dalla vigente normativa, non hanno una generale portata applicativa e, dunque, non si attagliano ad una materia, quale quella delle modalità di svolgimento dell'attività lavorativa di un direttore sanitario in esclusiva o di un professore "a tempo pieno" (e connessi profili retributivi), fondate su formali comunicazioni scritte del lavoratore, imposte dalla vigente normativa legislativa e contrattuale. Tale attività il convenuto ha svolto dunque in modo mendace e non conforme a legge, espletando la sua attività di direttore di struttura complessa in regime di esclusiva e di professore "a tempo pieno", senza mai, formalmente e ritualmente, comunicare alcun iniziale o successivo mutamento e senza ricevere alcun assenso nelle forme rituali di legge dalla p.a.

Parimenti inconferente è, nel caso di specie, richiamare l'istituto del "contratto di fatto" per ipotizzare una tacita accettazione datoriale delle prestazioni private svolte dal convenuto in deroga alla pattuita esclusiva. A prescindere dalla dubbia applicabilità di tale categoria nei rapporti negoziali con la p.a., ancorati alla basilare forma scritta (quale è quella del contratto tra un dirigente medico e la sua Azienda o il provvedimento di nomina di un professore "a tempo pieno" capo dipartimento), è notorio che i contratti di fatto siano stati dalla dottrina teorizzati in tre ipotesi: per il contratto sociale, per i riflessi giuridici di taluni rapporti nulli, o per i rapporti di massa ove l'accettazione di un accordo (nella specie di una sua modifica) si desuma dal significato di un certo comportamento nella valutazione sociale: orbene, le prime due evenienze non si attagliano palesemente al caso di specie, mentre per la terza ipotesi una valutazione sociale in termini di accettazione datoriale di un mutamento del contratto scritto con clausola di esclusiva in un contratto senza clausola di esclusiva non è provata agli atti, ed è anzi smentita dalla pluriennale erogazione di indennità di esclusiva da parte dell'Azienda al suo Primario-dirigente medico, segno "socialmente" e giuridicamente inequivoco della convinzione da parte dell'erogante p.a. della sua debenza, in ossequio al contratto statuyente una esclusività lavoristica.

La possibilità che rapporti contrattuali scaturiscano da fattispecie diverse dal contratto si prospetta in relazione a quelle ipotesi in cui il rapporto non ha titolo negoziale, ma il suo contenuto si modella interamente secondo il contenuto di un determinato contratto tipico: nel caso in esame, il rapporto tra l'Azienda ed il prof. B. si è sempre e costantemente modellato sul regime legale di "esclusiva" dallo stesso testualmente prescelto, sancente, tra l'altro, l'erogazione della indennità fondata sulla pattuita esclusività. E analogo approdo vale per i rapporti del convenuto, docente a tempo pieno, e l'Università Bicocca.

Del resto, in base al principio dell'*actus contrarius*, la modifica di un regime di esclusiva prescelto con dichiarazione scritta del convenuto (che non ha mai optato per la pur possibile e legittima scelta del regime *extramoenia*), richiede che la stessa intervenga in forma parimenti scritta, come testualmente previsto dall'art.15-*quater*, co.4 del d.lgs. n.502 del 1992 (ribadito dall'art.15-*quater*, co.3 del d.lgs. n.229 del 1999 cit), che facoltizza ogni interessato ad "...optare, su richiesta da presentarsi entro il 30 novembre di ciascun anno, per il rapporto di lavoro non esclusivo, con effetto dal 1° gennaio dell'anno successivo", evenienza non avvenuta nella specie, non rinvenendosi agli atti alcuna "richiesta" scritta del prof. B. all'AO e/o all'Università Bicocca.

Per i medesimi rilievi è assolutamente irrilevante la asserita implicita conoscenza Aziendale dell'attività extramoenia del convenuto attraverso la convenzione tra detto studio privato del prof. B. e l'associazione dei dipendenti della Azienda Ospedaliera San Gerardo, mero dato fattuale (e non certo atto autorizzatorio) che conferma, di contro, la clamorosa ed ostentata illegalità in cui versava il docente e la stessa struttura sanitaria San Gerardo.

Ne consegue l'irrilevanza delle dichiarazioni prodotte dalla difesa alle pagg. 5-6 e le richieste di prove testimoniali capitolate a pag.40 della comparsa, essendo mezzi tesi a comprovare circostanze fattuali non rilevanti ai fini del decidere, a fronte della assenza di autorizzazione datoriale, che mai avrebbe potuto essere rilasciata per attività *extramoenia* ad un medico in esclusiva e professore "a tempo pieno".

In conclusione, tale eventuale conoscenza (aziendale e Universitaria), ulteriormente espressiva – qualora effettivamente sussistente - di un censurabile malcostume di tollerante inerzia gestionale dei vertici (direttore generale aziendale e Rettore), non può nel modo più assoluto assumere, ad avviso del Collegio, rilevanza ai fini della esclusione del dolo del convenuto, che operava in clamorosa situazione di illegalità, mentre può assumere, sotto ben altro profilo, valenza ai soli fini del *quantum* di danno imputabile al convenuto, quale concausa del danno, come si chiarirà nel successivo punto 10.

3. Passando dunque alle singole voci di danno contestate dalla Procura attrice e ai rispettivi referenti normativi, in ordine alla indebita percezione da parte del prof. B. dell'indennità aggiuntiva di esclusiva, della indennità di risultato e, in misura intera (in luogo di quella ridotta) della retribuzione di posizione, a danno della Azienda Ospedaliera San Gerardo di Monza, nonostante il contemporaneo esercizio, dal 2001 al 2014, di attività medica libero professionale, svolta presso omonimo studio dentistico privato di Monza, via Romagna 17, si osserva quanto segue.

Giova premettere che l'introduzione nell'ordinamento della possibilità per il personale medico operante presso le strutture pubbliche (e, quindi, anche per i docenti di medicina e chirurgia chiamati a svolgervi compiti assistenziali in virtù di apposite convenzioni stipulate con le Università) di effettuare la libera professione all'interno delle medesime strutture (c.d. libera professione intramuraria o *intramoenia*) ha reso necessario un intervento del legislatore in materia, che è stato effettuato con il d.lgs. n. 517/1999, in attuazione della delega conferita con l'art. 6 della l. n. 419/1998. Con l'art. 5 del suddetto decreto legislativo, dopo essersi previsto al comma 3, che al personale medico universitario "convenzionato" o "strutturato" con il SSN si applica lo stesso regime delle incompatibilità del personale medico ospedaliero, è stato, altresì, stabilito, al successivo comma 12, con estrema e comprensibile chiarezza, che "(...) lo svolgimento dell'attività professionale intramuraria comporta l'opzione per il tempo pieno e lo svolgimento dell'attività extramuraria comporta l'opzione del tempo definito ai sensi dell'art. 11 del D.P.R. 11 luglio 1980, n. 382(...)".

Quanto alla indebita percezione della indennità c.d. di esclusività (e le altre parallelamente percepite ed infraprecisate) relativa alla attività assistenziale svolta in regime di *intramoenia*, deve premettersi che per attività libero-professionale intramuraria (c.d. ALPI) si intende l'attività che la dirigenza del ruolo sanitario medico e non medico esercita fuori dell'orario di lavoro, in favore e su libera scelta dell'assistito pagante, ad integrazione e supporto dell'attività svolta presso le strutture sanitarie pubbliche accreditate presso il Servizio Sanitario Nazionale. L'ALPI viene erogata nel rispetto dell'equilibrio tra attività istituzionale e attività libero-professionale, secondo quanto previsto dall'art. 15-*quinquies*, comma 3, d.lgs. n. 502/1992. Successivamente, l'art. 22-*bis* del d.l. n. 223/2006 ha affidato alle Regioni il compito di controllare le modalità di svolgimento dell'attività intramoenia dei dirigenti sanitari, stabilendo un limite in termini quantitativi all'ALPI. Il decreto legge citato, infatti, impone che l'ALPI non superi sul piano quantitativo, nell'arco dell'anno, l'attività istituzionale dell'anno precedente. Sul punto, l'art. 1, comma 5, della l. n. 120/2007 ha precisato che ogni azienda sanitaria locale, azienda ospedaliera universitaria, policlinico universitario a gestione diretta ed IRCCS di diritto pubblico predispone un piano aziendale sul funzionamento delle singole unità operative e sui volumi da assegnare rispettivamente all'attività istituzionale e all'ALPI.

Per completezza sistemica, si evidenzia poi che, per quanto riguarda la c.d. *intramoenia allargata* (l'attività libero-professionale svolta in spazi sostitutivi fuori dell'azienda, fattispecie pacificamente non configurata però nel caso in esame per lo studio privato del prof. B., per il quale la stessa sua difesa, a pag.10 della comparsa, nega il

convenzionamento più volte vanamente richiesto, evidentemente nella piena consapevolezza della pluriennale illegittimità in cui versava il convenuto), tutte le disposizioni che la consentono, sottolineano l'eccezionalità e la transitorietà dell'utilizzo di spazi sostitutivi fuori dell'azienda e, in alternativa, degli studi professionali.

L'art. 72, comma 11, della l. n. 448/1998 ha stabilito che il direttore generale, fino alla realizzazione di strutture idonee e spazi distinti per l'esercizio dell'attività libero-professionale intramuraria in regime di ricovero ed ambulatoriale, è tenuto ad assumere le specifiche iniziative per reperire fuori dell'azienda spazi sostitutivi in strutture non accreditate presso il SSN nonché ad autorizzare l'utilizzazione di studi professionali privati e ad attivare altresì misure atte a garantire la progressiva riduzione delle liste d'attesa per le attività istituzionali, sulla base di quanto previsto da un atto di indirizzo e coordinamento da adottare con d.p.c.m. E, ai sensi del d.p.c.m. 27 marzo 2000, fermo restando per l'azienda sanitaria la possibilità di vietare l'uso dello studio nel caso di possibile conflitto di interessi, l'uso di detto studio professionale è consentito solo in caso di carenza di strutture e spazi aziendali idonei (caso non configurabile nella vicenda *sub iudice*), limitatamente all'ALPI in regime ambulatoriale e fino alla data del completamento da parte dell'azienda sanitaria di appartenenza degli interventi strutturali necessari ad assicurare l'esercizio dell'attività libero-professionale. La l. n. 120/2007, all'art. 1, comma 2, ha ribadito l'autorizzazione all'utilizzo, in via straordinaria, e previa autorizzazione aziendale, del proprio studio professionale per l'esercizio dell'ALPI, fissando, per la cessazione del regime straordinario, termini temporali (da ultimo, d.l. n. 158/2012): ma tale evenienza non ha riguardato il convenuto.

Ciò chiarito sul piano sistematico e venendo ai risvolti di danno erariale qui azionati, le leggi n. 213/71 e 200/74 hanno previsto che a tutto il personale, docente e tecnico amministrativo, che presta servizio presso le cliniche ed istituti universitari di ricovero e cura convenzionati con gli enti ospedalieri e gestiti dalle università, è corrisposta un'indennità nella misura occorrente per equiparare il trattamento economico complessivo a quello del personale ospedaliero di pari funzioni mansioni ed anzianità.

Il d.P.R. 20 dicembre 1979 n. 761 (al pari del d.m. c.d. Salute 31.7.1997, art.6, co.6 "*linee guida per la stipulazione dei Protocolli di intesa Università-Regioni*"), richiamato dall'art.102 del d.P.R. n.382/1980, ha stabilito poi, all'art.31, che "*al personale universitario che presta servizio presso i policlinici, le cliniche e gli istituti di ricovero e cura convenzionati è corrisposta una indennità nella misura occorrente per equiparare il relativo trattamento economico complessivo a quello del personale delle UU.SS.LL. di pari funzioni, mansioni ed anzianità; analoga integrazione è corrisposta sui compensi per lavoro straordinario e per le altre indennità previste dall'accordo nazionale unico escluse le quote di aggiunte di famiglia... (omissis). Al personale universitario si applicano, per la parte compatibile, gli istituti normativi di carattere economico disciplinati dal richiamato accordo nazionale unico*".

Quest'ultima norma introdusse la c.d. "indennità De Maria", poi abrogata e sostanzialmente riproposta, nelle sue finalità perequative, nell'art.6 del d.P.R. n. 517 del 1999 (*Treatment economico del personale universitario*), secondo cui al personale universitario in servizio presso Aziende ospedaliere "*si riconosce, oltre ai compensi legati alle particolari condizioni di lavoro, ove spettanti, oltre al trattamento economico erogato dall'università: a) un trattamento aggiuntivo graduato in relazione alle responsabilità connesse ai diversi tipi di incarico; b) un trattamento aggiuntivo graduato in relazione ai risultati ottenuti nell'attività assistenziale e gestionale, valutati secondo parametri di efficacia, appropriatezza ed efficienza, nonché all'efficacia nella realizzazione della integrazione tra attività assistenziale, didattica e di ricerca. 2. I trattamenti di cui al comma 1 sono erogati nei limiti delle risorse da attribuire ai sensi dell'articolo 102, comma 2, del decreto del Presidente della Repubblica n. 382 del 1980, globalmente considerate e sono definiti secondo criteri di congruità e proporzione rispetto a quelle previste al medesimo scopo dai contratti collettivi nazionali di lavoro di cui all'articolo 15 del decreto legislativo n. 502 del 1992 e successive modificazioni. Tali trattamenti sono adeguati in base agli incrementi previsti dai contratti collettivi nazionali per il personale sanitario del servizio sanitario nazionale. Il trattamento economico di equiparazione in godimento all'atto dell'entrata in vigore del presente decreto è conservato fino all'applicazione delle disposizioni di cui al comma 1*".

Sulla base di tale quadro normativo, al prof. B., autorevole accademico della Università Milano-Bicocca in servizio presso l'AO San Gerardo quale Primario e Dirigente di struttura complessa, le maggiorazioni retributive perequative sono state corrisposte direttamente dall'Università (e poi refuse alla stessa dall'AO San Gerardo in base all'art.13 della convenzione 18.7.2001 sottoscritta con l'Ateneo), così equiparando il relativo trattamento economico complessivo a quello del personale delle UU.SS.LL. di pari funzioni, mansioni ed anzianità (v. doc.5

depositato dalla Procura).

Il Prof. B., quale professore ordinario, è stato dunque legittimamente equiparato retributivamente, sul presupposto del non espletamento di attività *extramoenia* come da sua scelta effettuata con nota olografa 31.8.2001 al San Gerardo (in coerenza con il suo duplice *status* di professore universitario ordinario a tempo pieno-Direttore di Dipartimento, nonché di medico con funzioni assistenziali-direttore di struttura complessa in rapporto di lavoro esclusivo), al Primario ospedaliero “a tempo pieno” in *intramoenia*, in base al D.I. 9 novembre 1982, relativo all'approvazione degli schemi tipo di convenzione tra regione e università e tra università e unità sanitaria locale, che ha previsto, nell'allegato D, le tabelle di corrispondenza del personale universitario, che presta servizio presso le cliniche e gli istituti universitari di ricovero e cura convenzionati, al personale delle U.S.L. di pari funzioni e mansioni.

Pertanto, come ben si evince dal chiaro prospetto dell'Università Bicocca inviato alla Procura contabile (doc.4 e 5 Procura agli atti e nota 10.1.2017 depositata dalla Procura), al prof. B. sono state erogate le medesime tre maggiorazioni retributive spettanti al medico Primario, direttore di struttura complessa in regime *intramoenia* (ovvero l'“indennità di esclusiva” ex art.43 CCNL 8.6.2000, la retribuzione di risultato ex art.47, co.4 CCNL 8.6.2000 e la retribuzione di posizione in misura piena ex art.47, co.1 e 2, CCNL cit.), pur svolgendo invece attività *extramoenia* non autorizzata e notoriamente incompatibile con l'opzione, come Primario, per il prescelto regime *intramoenia* e con lo *status* di professore ordinario a tempo pieno (anche l'attuale art.6, co.9 della l. n.240 del 2010, c.d. legge Gelmini, ribadisce che “L'esercizio di attività libero-professionale è incompatibile con il regime di tempo pieno”).

Ed invero, come è noto, e come la Sezione ha già ben chiarito con le sentenze 6.10.2015 n.165 e 9.2.2016 n.12, l'art.15-*quinquies*, co.5, d.lgs. n.502 del 1992 impone un più restrittivo regime a chi, come il B., abbia incarico di direzione di struttura complessa (o anche semplice), incompatibile con lo svolgimento di attività libero professionale (art.1, co.5, l. n.662/1996). E tale divieto è oggi ribadito per i docenti universitari a tempo pieno dall'art.6, co.9 della l. n.240 del 2010.

Lo svolgimento di quest'ultima preclude dunque la percezione per il personale ospedaliero, e quindi agli “equiparati” (retributivamente) universitari che svolgano funzioni assistenziali, della “indennità di esclusiva” (art.43 CCNL 8.6.2000), della retribuzione di risultato (art.47, co.4 CCNL 8.6.2000), della retribuzione di posizione in misura piena (art.47, co.1 e 2, CCNL cit.) e della retribuzione da risorse aggiuntive regionali, riservate a medici in regime di esclusiva e con esercizio di sola attività *intra moenia*.

Tali somme indebitamente erogate dal 2001 al 2014 ammontano ad euro 340.097,18 (per indennità di esclusiva e, come chiarito dalla Procura nella discussione del 25.1.2017, per retribuzione di posizione nella sola misura eccedente rispetto a quella che sarebbe comunque spettata al B. ove fosse stato formalmente in regime *extramoenia*, che dà luogo ad una indennità di posizione ridotta) e ad euro 47.453,76 per retribuzione di risultato, oltre oneri accessori (Inpdap ed Opera come chiarito dalla Procura in nota 10.1.2017) per euro 146.046,68, come da oggettivo prospetto riassuntivo 4.3.2016 prot.2045 redatto dall'Università Bicocca (doc.5 e nota 10.1.2017 depositati da Procura).

Sul punto, giova ribadire che appare assolutamente irrilevante in questa sede la asserita conoscenza o meno da parte della direzione della Azienda dello svolgimento di attività privata *extramoenia* da parte del convenuto (v. difesa del convenuto e dichiarazioni B. ai NAS dei Carabinieri circa una tollerata conoscenza da parte dei Direttori Generali della Azienda San Gerardo, rese in occasione della verifica 18.2.2014 nel suo studio privato: v. comunicazione notizia di reato NAS a Procura di Monza 19.2.2014 n.30/16 in doc.1 Procura): a prescindere dalla mancata prova di tale circostanza (in ogni caso ininfluyente), ciò che in questa sede rileva non è infatti la circostanza che l'azienda conoscesse o meno tale parallela attività privata, ma solo e soltanto che il prof. B., pur percependo mensilmente per anni le indennità aggiuntive c.d. “ex De Maria” e altre (correlate ad un regime di esclusiva) a fronte della formalizzata opzione per tale (facoltativo) regime, svolgesse attività privata, circostanza normativamente ostativa alla percezione dell'indennità perequativa suddetta (nella sua triplice articolazione: v.sopra).

Questa fattuale percezione mensile di somma (correlata alla esclusività) non spettantegli perché svolgente attività

privata, rappresenta la voce di indebita erogazione reclamata dalla Procura e tale dato oggettivo (ben percepito, per anni, in busta paga nella sua non debenza dal convenuto, mentre espletava parallela attività professionale *extramoenia*) rende irrilevante, se non nei limiti delineati al successivo punto 10 di questa sentenza (in merito ai criteri di imputazione del *quantum* al convenuto) la conoscenza o meno da parte dell'AO della parallela attività privata che, ove fosse in altra sede vagliata, coinvolgerebbe sul piano delle responsabilità (amministrativo-contabile, disciplinare, dirigenziale e penale) anche i vertici aziendali tolleranti.

3.1. In ordine alla illiceità della condotta, il chiarissimo referente normativo violato dal convenuto, con conseguente danno erariale, è sia il disposto dell'art.15-*quater*, co.5, d.lgs. n.502 del 1992, sia il solare art.1, co.5, l. n.662 del 1996, in base al quale *"...l'opzione per l'esercizio della libera professione intramuraria da parte del personale dipendente del Servizio sanitario nazionale ... è incompatibile con l'esercizio di attività libero professionale"* extra muraria, sia ancora il primo periodo del comma 7 dell'art. 72 della legge n. 448 del 1998, secondo cui *"i dirigenti del ruolo sanitario che hanno optato per l'esercizio della libera professione intramuraria non possono esercitare alcuna altra attività sanitaria resa a titolo non gratuito ... ad eccezione delle attività rese in nome e per conto dell'azienda sanitaria di appartenenza"*, evenienza, quest'ultima, a cui non è certo riconducibile l'attività professionale *extramoenia* svolta dal prof. B..

A fronte di tale chiarissimo, ben formulato e vincolante quadro normativo di rango primario (e come tale doverosamente noto al convenuto, tra l'altro di elevato livello culturale, quale professore ordinario e Primario ospedaliero), doverosamente vagliabile in sede lavoristica per il concorrente profilo disciplinare-sanzionatorio (cfr. la previsione della risoluzione del rapporto di lavoro ex art.72, co.7, l. n.448 cit. per violazione del suddetto obbligo di esclusività delle prestazioni, mentre, incidentalmente, va qui osservato che al convenuto risulta essere stata inflitta, con decreto del Rettore dell'Università Bicocca del 25.9.2015 agli atti, la più blanda sospensione dal servizio e dalla retribuzione per sei mesi), è dunque evidente la indebita percezione dell'indennità perequativa da parte del convenuto.

Tale indennità è frutto della sommatoria, come detto, della indennità di esclusiva, della indennità di risultato e, in misura intera (in luogo di quella ridotta spettante a chi opera in *extramoenia*) della retribuzione di posizione.

La c.d. indennità di esclusività è prescritta dall'art.72, co.6, e 7, l. n.448 del 1998, secondo i quali *"Al fine di promuovere il miglioramento qualitativo delle prestazioni sanitarie, nell'ambito e in coerenza con le finalità di cui all'articolo 1, comma 12, della legge 23 dicembre 1996, n. 662, e in relazione al conseguimento degli obiettivi previsti dal Piano sanitario nazionale, è istituito un fondo per l'esclusività del rapporto dei dirigenti del ruolo sanitario che hanno optato per l'esercizio della libera professione intramuraria. Sono ammessi ai benefici del fondo i medesimi dirigenti a condizione che abbiano rinunciato alla facoltà di svolgere la libera professione extra muraria e qualsiasi altra attività sanitaria resa a titolo non gratuito, secondo i criteri e le modalità previsti dal regolamento di cui al comma 9 e comunque ad eccezione delle attività rese in nome e per conto dell'azienda sanitaria di appartenenza.*

7. I dirigenti del ruolo sanitario che hanno optato per l'esercizio della libera professione intramuraria non possono esercitare alcuna altra attività sanitaria resa a titolo non gratuito, secondo i criteri e le modalità previsti dal regolamento di cui al comma 9, ad eccezione delle attività rese in nome e per conto dell'azienda sanitaria di appartenenza; la violazione degli obblighi connessi alla esclusività delle prestazioni, l'insorgenza di un conflitto di interessi o di situazioni che comunque implicino forme di concorrenza sleale, salvo che il fatto costituisca reato, comportano la risoluzione del rapporto di lavoro e la restituzione dei proventi ricevuti a valere sulle disponibilità del fondo di cui al comma 6 in misura non inferiore a una annualità e non superiore a cinque annualità".

Inoltre il contratto CCNL dell'Area relativa alla dirigenza medica e veterinaria 1998 – 2001 dell' 8.6.2000, all'art. 42, ha introdotto l'indennità di esclusività del rapporto di lavoro prevedendo, al comma 1, fra l'altro, che *«al fine di promuovere il miglioramento qualitativo delle prestazioni sanitarie ed in relazione al conseguimento degli obiettivi del piano sanitario nazionale anche per la razionalizzazione della spesa sanitaria, le parti (...) prevedono l'istituzione di una indennità per l' esclusività del rapporto dei dirigenti medici (...).»*

Alla luce di tali lineari e ben comprensibili parametri normativi, è, pertanto, univoca la giurisprudenza di questa Corte (C. conti, sez. Lombardia 6.10.2015 n.165 e 9.2.2016 n.12; id., sez. Veneto, 3.7.2013 n.221; id., sez.

Sardegna, 21.5.2013 n.145; id., sez. Sardegna, 25.2.2013 n.46; id., sez. Emilia Romagna, 4.1.2012 n.22; id., sez. Campania, 24.9.2012 n.1400; id., sez. Calabria, 14.12.2011 n.632; id., sez. Lombardia, 4.12.2010 n.615; id., sez. Sicilia, 13.4.2006 n.1450) nell'affermare che sussiste la responsabilità amministrativa nei confronti del medico dipendente dal S.s.n. (cui è retributivamente equiparato il docente universitario che svolga attività assistenziale: da ultimo su identica fattispecie sez. Puglia, 2.11.2016 n.410), nella ipotesi in cui percepisca la retribuzione prevista per i dirigenti in rapporto di esclusività, nonostante il contestuale svolgimento di attività professionale extra muraria presso il proprio studio privato, in palese ed immediata infrazione della disciplina vigente (nelle specie: art. 72, co.6, l. 23 dicembre 1998 n. 448).

Trattasi di attività connotata da dolo, come ben rimarcato dalla giurisprudenza (v. C. conti, sez. Lombardia, 6.10.2015 n.165; id., sez. III, 24.8.2015 n.415; Sez. Liguria, 2 luglio 2014 n. 85 e id., n. 50/2013 e n. 146/2013 proprio con riferimento a docenti universitari; per similare fattispecie v. anche id., sez. Calabria, 24.11.2014 n.266; id., sez. Calabria 20.8.2012, n.239), a fronte del chiaro dettato normativo, che non si presta ad equivoci o a divergenti letture, e della plastica evidenza nei cedolini stipendiali di percezione di indennità perequativa dovuta solo in caso di espletamento di attività *intramoenia* in regime di esclusività. Ben sussiste dunque, a fronte di condotta mendace, quel *quid pluris* consistente, secondo la giurisprudenza, in una attività fraudolenta soggettivamente e diretta oggettivamente ad occultare il danno (C. conti, sez. Calabria n.533/2011 e id., n.239/2012; Cass. ordinanza n. 2030/2010), inspiegabilmente non valutata in sede penale, ove si è giunti ad archiviazione sui medesimi fatti, sulla scorta di una lettura "panpenalistica" dell'elemento soggettivo ai fini del peculiare reato ascritto, che non vincola però questa Corte. E tali considerazioni in punto di dolo valgono per tutte le ulteriori condotte dannose analizzate di seguito ai punti 3, 4 e 5 di questa sentenza.

Detta indennità di esclusiva, come ben rimarcato dalla giurisprudenza (v. C. conti, sez. Lombardia, 6.10.2015 n.165 e 9.2.2016 n.12; id., sez. III, 24.8.2015 n.415), peraltro, non costituisce l'unica indennità computabile, per i docenti universitari con funzioni assistenziali ospedaliere, nell'assegno perequativo mensilmente percepito, né, dunque, l'unica differenza retributiva rispetto ai dirigenti sanitari che abbiano optato per un rapporto di lavoro non esclusivo: difatti, con il C.C.N.L. dell'Area relativa alla dirigenza medica e veterinaria dell'8 giugno 2000 (periodo contrattuale 1998-2001), oltre ad essere stata introdotta l'indennità di esclusività (art.44) del rapporto di lavoro, è stata sancita anche la riduzione della retribuzione di posizione e l'esclusione della retribuzione di risultato e delle c.d. risorse aggiuntive regionali (previste dall'art. 57 del CCNL 3.11.2005 con decorrenza dall'1.1.2013 e non reclamate in questa sede dalla attrice Procura) nei confronti dei dirigenti medici che non avessero optato per l'esclusività del rapporto. Pertanto, per coloro che non optino per l'esclusività, in disparte le preclusioni per talune opportunità di carriera, è prevista una significativa riduzione della retribuzione di posizione ed esclusa la spettanza della retribuzione di risultato (art. 47 CCNL). Tutte e tre tali indennità (nonché le c.d. risorse aggiuntive regionali, qui non reclamate) non sono attribuite in relazione a maggiori prestazioni richieste, ma sono dirette unicamente a compensare i minori guadagni derivanti dalla rinuncia da parte del medico (e dunque dal professore universitario espletante funzioni assistenziali in Azienda Ospedaliera) alla facoltà di svolgere la libera professione extra muraria e qualsiasi altra attività sanitaria a titolo non gratuito (cfr. C. conti, sez. Lombardia, 6.10.2015 n.165 e 9.2.2016 n.12; id., sez. Liguria, 1.7.2015 n. 45; id., sez. Sardegna n. 145/2013 e n. 19/2012, Sez. App. Sicilia n. 22/2012; id., sez. Campania, 17.9.2013 n.1111).

Dunque, tutte le componenti retributive (indennità di esclusiva, indennità di risultato e parte della retribuzione di posizione, oltre le c.d. risorse aggiuntive regionali) che contribuiscono a costituire il trattamento stipendiale per un rapporto di lavoro dai connotati diversi da quelli reali, integrano prestazioni oggettivamente indebite e, perciò, configurano danno per l'erario dell'Ente erogante (giurisprudenza pacifica: tra le altre C. conti, sez. Calabria, 24.11.2014 n.266).

Circa il *quantum* del danno, questa Sezione (sent. 6.10.2015 n.165), confutando quanto qui eccepito dalla difesa del B. a pagg.15, ha già ritenuto inapplicabile l'art. 72, co.7, l. n.448 del 1998, secondo cui "*la violazione degli obblighi connessi alla esclusività delle prestazioni, l'insorgenza di un conflitto di interessi o di situazioni che comunque implicino forme di concorrenza sleale, salvo che il fatto costituisca reato, comportano la risoluzione del rapporto di lavoro e la restituzione dei proventi ricevuti a valere sulle disponibilità del fondo di cui al comma 6 in misura non inferiore a una annualità e non superiore a cinque annualità*". Difatti, tale referente normativo non è l'unico a regolare la complessa materia retributiva in esame, in quanto entrano in gioco anche l'art.44, co.2, lett. d) del CCNL 8.6.2000 dirigenza medica, che riconosce, a monte, la spettanza dell'indennità di esclusiva solo a

favore di chi opti per il rapporto di lavoro esclusivo, come ribadito dall'art.12, co.2 del CCNL 2002/2005 sottoscritto il 3.11.2005. Lo stesso art.72, co.5, l. n.448 del 1998 riconosce i benefici del fondo per l'esclusività solo ai dirigenti "che abbiano rinunciato alla facoltà di svolgere la libera professione extra muraria o qualsiasi altra attività sanitaria resa a titolo non gratuito".

Orbene, tali norme chiariscono in modo inequivoco che l'erogazione dell'indennità spetta solo ai medici che optino per l'esclusività e che dunque, a contrario, non va erogata a chi tale esclusività consapevolmente non scelga (optando lecitamente per la libera professione, ma comunicandolo alla Direzione aziendale) o chi la violi dolosamente (esercitando "di fatto" libera professione senza comunicarlo alla Direzione aziendale). Se l'indennità, dunque, in tali ipotesi non spetta, e vertendosi in materia di obbligo (integralmente) restitutorio e non solo risarcitorio né punitivo-sanzionatorio, logica impone che la sua indebita erogazione comporti l'obbligo di integrale refusione degli importi al datore erogante e non già di una sola minimale parte (da 1 a 5 annualità), come statuito con l'ordinanza 4.5.2015 n.65 di questa Sezione (pronunciata nella sommaria deliberazione cautelare e, comunque, smentita dalla conclusiva sentenza di merito n.165 del 2015), fondata su una lettura che può definirsi - in questa sede così come nella menzionata sentenza pronunciata a cognizione piena - incompleta del quadro normativo complessivo, ovvero sul solo art.72, co.7, l. n.448 del 1998.

Ma, ad avviso del Collegio, tale norma, nello statuire che "la violazione degli obblighi connessi alla esclusività delle prestazioni.....comportano la risoluzione del rapporto di lavoro e la restituzione dei proventi ricevuti a valere sulle disponibilità del fondo di cui al comma 6 in misura non inferiore a una annualità e non superiore a cinque annualità", sancisce una restituzione al "fondo per l'esclusività" di una parte di quanto indebitamente versato al medico espletante attività non in esclusiva, ma la restante parte va egualmente introitata dal datore, non potendosi logicamente ammettere altra soluzione a fronte di una somma corrisposta integralmente *contra legem* e *contra contractum*.

Abnorme parrebbe una diversa lettura, ovvero ritenere che un dirigente medico in regime di esclusività, che svolga dolosamente parallela attività libero-professionale introitando integralmente la relativa indennità per anni o lustri (nel caso del prof .B. per circa 13 anni, dal 2001 al 2014), ove venga scoperto in tale parallela attività *contra legem* e *contra contractum*, si esponga solo e soltanto, sul piano patrimoniale/contrattuale (e fermo restando il ben distinto e cumulativo licenziamento disciplinare), al solo e mero minimale rischio di dover rifondere una sola quota-parte del danno erariale arrecato al datore, quello a cui fa riferimento il predetto art. 72, co.7, l. n.448.

In base, dunque, ad una più condivisibile interpretazione logico-sistematica, ritiene invece il Collegio, come già statuito con sentenza 6.10.2015 n.165 cit., che l'indebita percezione dell'indennità di esclusività in assenza dei presupposti di legge comporti, come per qualsiasi indebito, la restituzione integrale di quanto introitato. Di tale somma, una parte refluirà nel "fondo per l'esclusività" ex art.72, co.7, l. n.448, mentre la restante spetterà comunque all'Azienda Ospedaliera erogante (in refusione all'Università Bicocca che liquida lo stipendio) una componente retributiva interamente non dovuta.

A tale complessivo importo vanno poi aggiunti i suddetti ulteriori indebiti per indennità di risultato (non dovuta al B. ex art.47, co.4, CCNL 8.6.2000) e per piena retribuzione di posizione (al B., in regime non di esclusiva, ne spettava circa la metà ex art.47, co.1, lett. a e b, CCNL cit.).

Alla luce di tali inequivoci dati normativi, i conteggi operati dalla Procura e chiariti in udienza di discussione 25.1.2017, sulla scorta di dati forniti dall'Università Bicocca, appaiono condivisibili e corretti, in quanto nell'importo della indennità di posizione (che è una delle tre componenti che determinano l'indennità perequativa per i docenti universitari in funzioni assistenziali ospedaliere) va riconosciuta la metà della stessa, che sarebbe comunque spettata ex art.47, co.1, lett. A e b, CCNL 8.6.2000 cit. al prof. B., anche optando (come avrebbe dovuto fare) per il regime *extramoenia*. E tale conteggio differenziale, come chiarito dalla Procura in udienza, risulta essere già stato effettuato nel prospetto depositato dalla Procura stessa (doc.5 e nota 10.1.2017), che evidenzia, nella tabella "retr. posizione", la sola differenza tra indennità piena e indennità minima che il prof. B. deve rifondere. Ciò porta alla corretta determinazione di tale voce nei 113.741,02 euro, indicati nella tabella dell'Università Bicocca in doc.5 Procura.

Conseguentemente, il danno erariale patito dalla Azienda Ospedaliera San Gerardo per refusione all'Università di

voci retributive non spettanti al prof. B. a titolo di assegno perequativo, dal 2001 al 2014 (quantificate dalla Procura in euro 340.097,18 per indennità di esclusiva e per differenze della retribuzione di posizione tra loro sommate e in euro 47.453,76 per retribuzione di risultato), porta ad una somma complessiva lorda di euro 387.550,94.

Non vanno invece computati, quale danno erariale, gli oneri accessori (IRPEF e Opera) per euro 146.046,68, non essendo detta somma stata incassata dal convenuto, ma versata dal datore di lavoro pubblico ad altro soggetto pubblico, come meglio si vedrà al successivo punto 8.

Tale importo lordo di euro 387.550,94 è stato poi, a seguito della nota 10.1.2017 depositata dalla Procura, quantificato in via alternativa nel suo importo defiscalizzato, ovvero detraendo le aliquote marginali Irpef del convenuto, ancorate mediamente al 39% nel corso degli anni oggetto di causa, che portano ad una somma netta di euro 236.406,08 per eccedenze retributive percepite.

4. Passando alla seconda voce di danno azionata, ovvero quella arrecata dal convenuto all'Università di Milano-Bicocca per violazione delle regole sul tempo pieno, è evidente che l'espletamento di attività extra muraria, come avvenuto per il prof. B., impone ex art.11, d.P.R. 382 del 1980, l'opzione doverosa per il tempo definito, da formalizzare con domanda al Rettore dell'Università 6 mesi prima dell'inizio di ogni anno accademico, e preclusiva, tra l'altro, delle funzioni di Direttore di Dipartimento rivestite invece dal convenuto. La scelta del tempo pieno per un professore universitario impedisce infatti ex lege (oggi art.6, l. n.240 del 2010 e prima art. 11, co. 5, lett. a, d.P.R. n. 382 cit.) lo svolgimento di attività professionale, quale quella svolta per anni dal convenuto presso omonimo studio dentistico privato di Monza, via Romagna 17.

Come ben rimarcato dalla Procura attrice, se il medico (con funzioni assistenziali) professore universitario a tempo pieno (che opti per il rapporto esclusivo con il S.S.N. con le regole dell'*intramoenia*: v. nota olografa del 31.8.2001 da prof. B. al San Gerardo cit.), non può poi svolgere attività *extramoenia*, espletabile solo da professori a tempo definito, così violando il divieto di cui all'art. 11, co. 5, lett. a), d.P.R. n. 382/1980; con conseguente venir meno del diritto a percepire la differenza stipendiale prevista dal successivo art. 36, co. 6, compatibile nel sistema legislativo con lo svolgimento dell'attività libero-professionale in regime di *intramoenia*, ma non con l'illegittima pluriennale e rilevante attività *extramoenia*.

Né assume rilevanza alcuna, come eccepito dalla difesa del B., la rivendicata eccellente resa didattica e scientifica del convenuto nonostante il parallelo svolgimento di attività professionali (*contra legem*): può replicarsi che la apprezzabile resa didattica e scientifica a favore di studenti e specializzandi è un normale e doveroso compito lavoristico per ciascun professore, ordinario o associato, a tempo pieno o a tempo definito, e non rappresenta una specificità del professore "a tempo pieno". Del resto, è un dato oggettivo ed empirico inconfutabile, che l'espletamento di attività professionale (soprattutto se sistematica e rilevante per il prof. B.) comporta fatalmente una minor presenza universitaria e ciò è sotteso alla meno elevata erogazione stipendiale delineata dal d.P.R. n.382 per i docenti a tempo definito, al quale il convenuto si sarebbe dovuto eticamente conformare, sapendo di svolgere rilevante attività professionale, tra l'altro fiscalmente evidente.

Ne consegue, come correttamente reclamato dalla Procura, un danno all'Università Bicocca di euro 325.494,83 per differenze retributive erogate al prof. B. tra tempo pieno e tempo definito (con versamento poi di IRAP per euro 27.667,06 e oneri sociali per euro 74.823,44) e di euro 36.450,59 quale corrispettivo per l'incarico (non espletabile a fronte di svolgimento di attività professionale non occasionale) di Direttore di Dipartimento nei periodi 1.10.2006-30.9.2009 e 1.10.2012-24.2.2014, come da analitico prospetto 10.6.2016 prot.6460 dell'Università Bicocca in all.6 depositato dalla Procura (*in terminis*, su identica fattispecie, da ultimo sez. Puglia, 2.11.2016 n.410).

L'importo di tale duplice voce di danno è dunque complessivamente di euro 361.945,42 lordi, non potendosi computare, come detto, i versamenti IRAP e oneri sociali, in quanto non percepiti dal convenuto, ma introitati da altre amministrazioni pubbliche.

Tale somma, nel suo importo netto, viene dalla Procura (nota 10.1.017) indicato in euro 167.214,27 (rispetto al lordo di euro 325.494,83) per differenze retributive erogate al prof. B. tra tempo pieno e tempo definito e può, per parallelismo di conteggio (con una semplice proporzione aritmetica), essere determinato dal Collegio in euro

18.725,51 netti (rispetto al lordo di 36.450,59) per l'incarico di Direttore di Dipartimento. Sommando tali due importi, si giunge alla complessiva somma netta di euro 185.939,78 per differenze retributive percepite da professore universitario.

Tale somma non può essere posta in compensazione, come vorrebbe la difesa del convenuto, con asseriti "crediti" vantati dal prof. B. per i fondi ottenuti dall'Università per proprio impegno didattico/scientifico: è agevole replicare, a prescindere dalla non compensabilità di voci tra loro aventi diversa causa, che tale meritoria attività a favore di studenti e specializzandi è un normale e doveroso compito lavoristico per ciascun professore, ordinario o associato, a tempo pieno o a tempo definito, e non rappresenta, né civilisticamente, né in questa sede, una "utilitas" compensabile, ma una fisiologica entrata conseguente all'ordinario impegno di un bravo e fattivo docente.

5. Va poi ritenuto quanto segue circa la terza voce di danno arrecato alla Azienda Ospedaliera San Gerardo di Monza per violazione delle prescrizioni sulla attività *intramoenia*, avendo il prof. B. prevalentemente utilizzato per tale attività, normata dall'art. 4, l. n.412 del 1991 e dall'art.1, co.5, l. n. 662 del 1996 e dalla delibera 1.7.2004 n.384 della Azienda San Gerardo, degli igienisti dentali e degli specializzandi in luogo della propria esclusiva personale opera, in spregio anche della normativa che vieta, se non previ accordi con la direzione sanitaria, la partecipazione ad attività assistenziali degli specializzandi.

Osserva il Collegio sul punto che la Procura ha adeguatamente comprovato, sia con riscontri penali (v. pag.6 richiesta di archiviazione 21.3.2015 agli atti, che fa riferimento alle cartelle cliniche che evidenziano presenze di diversi medici), sia con dichiarazioni rese alla Autorità giudiziaria - NAS Carabinieri da parte di specializzandi (v. dichiarazioni dr. Devecchi Michele, Turella Luca Paolo, Scarpella Rita, Vian Alberto Romeo, che fanno chiaramente riferimento al loro fattivo contributo lavorativo ogni sabato e riferiscono e menzionano altri medici utilizzati in analogo ausilio, in all. 8 depositato dalla Procura) che il B. si è valso di soggetti terzi (medici specializzandi ed igienisti dentali) per autonome e parallele prestazioni *intramoenia* a favore di pazienti solventi, fatturate dal convenuto, svolte di sabato per conto dell'A.O. (e, soprattutto, osserva il Collegio, per conto e a vantaggio del prof. B., che introitava l'85% del fatturato, mentre il residuo andava all'Azienda San Gerardo).

Tale asserito danno, desumibile dalle prestazioni *intramoenia* fatturate nel registro IVA dell'Azienda San Gerardo, e pari al cennato 85% del fatturato complessivo, è indicato dalla Procura in euro 319.945,92 (v. doc.1-1bis).

Sul punto la difesa del convenuto ha mosso vari rilievi, sia in ordine alla piena utilizzabilità degli specializzandi, sia circa la costante presenza del prof. B. durante l'opera svolta da questi ultimi, sia, ancora, sulle esatte percentuali introitate dal convenuto.

Osserva tuttavia il Collegio che può prescindere dall'esame analitico delle rispettive argomentazioni sulla scorta di un assorbente rilievo: il frequente utilizzo di terzi (specializzandi ed igienisti dentali) non esclude che l'Azienda San Gerardo abbia introitato la percentuale del 15% (o maggiore, secondo la difesa) sul fatturato, non patendo dunque alcun danno, ma anzi incassando fondi a proprio vantaggio.

La condotta del prof. B. censurata dalla Procura non configura dunque un danno erariale ma, al più, un illecito disciplinare grave e/o un reato da vagliare in altra sede. La somma reclamata sul punto non può dunque essere imputata a convenuto in quanto non configurante danno erariale.

6. Infine, passando alla residua **quarta voce** di rilevante danno (euro 6.971.324,77, corrispondente ai ricavi fatturati dal prof. B. nell'arco temporale 2002-2013 per attività professionale in proprio studio privato) alla Università di Milano-Bicocca per svolgimento, in posizione di "tempo pieno" di attività *extramoenia* non autorizzate, in violazione dell'art.53, co.7 del d.lgs. n.165, osserva il Collegio quanto segue.

Questa Corte ha più volte chiarito sul piano sistematico, come già rimarcato nelle sentenze 25 novembre 2014 n.216, 30 dicembre 2014 n. 233 e 16 aprile 2015 n. 54 e, da ultimo con la ampia sentenza 14.12.2016 n. 214, con riferimento ad analoga (ma non identica) problematica concernente il distinto personale infermieristico (ma con argomenti che hanno avuto positivo avallo anche per i medici pubblici in altre sentenze: da ultimo v. C. Conti, sez. Abruzzo, 16.6.2015 n.64), che il rapporto di lavoro con il datore pubblico è storicamente caratterizzato, a differenza di quello privato, dal c.d. regime delle incompatibilità, in base al quale al dipendente pubblico, nei limiti

infraprecisati, è preclusa la possibilità di svolgere attività extralavorative. La *ratio* di tale divieto, che permane anche in un sistema “depubblicizzato” (ma anche in quello del prof. B., che è ancora totalmente pubblicistico), a rimarcare la peculiarità dell’impiego presso la p.a., va rinvenuta nel principio costituzionale di esclusività della prestazione lavorativa a favore del datore pubblico (“*I pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della Nazione*” art. 98 Cost.), 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, anche in via non continuativa, da intensità e professionalità, potrebbero turbare la regolarità del servizio o attenuare l’indipendenza del lavoratore pubblico e il prestigio della p.a.

Un simile obbligo di esclusività non è rinvenibile nell’impiego privato, nel quale il codice civile si limita a vietare esclusivamente attività extralavorative del dipendente che si pongano in concorrenza con l’attività del datore (art.2105 c.c.).

Tuttavia, nell’impiego pubblico il divieto di espletare incarichi extraistituzionali non è sistematicamente assoluto. Difatti, il regime vigente, codificato dall’art.53 del d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165, pur individuando, al primo comma, situazioni di incompatibilità assoluta (sancite dagli artt.60 e seguenti del d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3, e ribadite per i docenti universitari, dall’art.6, co.9, co.1, l. n.240 del 2010, per lo svolgimento di attività imprenditoriali, agricole, commerciali, libero-professionali, ed altri lavori pubblici o privati: su tale ipotesi, diversa da quella *sub iudice*, da ultimo C. conti, sez. Sicilia, 24.7.2014 n.927; id., sez. Emilia Romagna, 29 settembre 2014 n.137), il cui espletamento porta alla decadenza dall’impiego previa diffida, prevede anche, al comma 7 del cennato art. 53, attività occasionali espletabili dal dipendente pubblico previa autorizzazione datoriale ed anche attività “liberalizzate”, ovvero liberamente esercitabili senza previa autorizzazione, in quanto espressive di basilari libertà costituzionali (art.53, co.6, d.lgs. n.165 cit., settorialmente oggi ribadito, in chiave ampliativa, dall’art.6, co.10, l. n.240 del 2010 anche per professori universitari a tempo pieno).

Tuttavia, come si è già in precedenza rimarcato, i medici pubblici dipendenti, al pari dei docenti universitari (ieri l’art.11 del d.P.R. n.382/1980, secondo cui “*Il regime a tempo pieno: a) è incompatibile con lo svolgimento di qualsiasi attività professionale e di consulenza esterna e con l’assunzione di qualsiasi incarico retribuito e con l’esercizio del commercio e dell’industria*”; oggi l’art.6, co.11 della l. n.240 del 2010, c.d. legge Gelmini, che afferma “*I professori e i ricercatori a tempo definito possono svolgere attività libero-professionali e di lavoro autonomo anche continuative, purché non determinino situazioni di conflitto di interesse rispetto all’ateneo di appartenenza. La condizione di professore a tempo definito è incompatibile con l’esercizio di cariche accademiche*”), in deroga al suddetto dovere di esclusività ed al connesso divieto di svolgere attività libero-professionale prescritto per tutti i lavoratori pubblici (salvo quelli in *part-time* c.d. ridotto: v. l. 23 dicembre 1996, n. 662, art.1, co.56), possono espletare tale attività libero-professionale, purché abbiano optato, per iscritto, per il regime di non esclusività con il datore Azienda ospedaliera.

Se invece, come nella specie, il regime consapevolmente e volontariamente scelto dal prof. B., professore “a tempo pieno”, è testualmente quello di medico in esclusiva *intramoenia*, sorge il problema delle conseguenze nascenti dalla violazione della esclusività e, dunque, della applicazione della previsione restitutiva, devoluta alla giurisdizione contabile, sancita dall’art. 53, co.7, d.lgs. n.165, secondo cui “*I dipendenti pubblici non possono svolgere incarichi retribuiti che non siano stati conferiti o previamente autorizzati dall’amministrazione di appartenenza.In caso di inosservanza del divieto, salve le più gravi sanzioni e ferma restando la responsabilità disciplinare, il compenso dovuto per le prestazioni eventualmente svolte deve essere versato, a cura dell’erogante o, in difetto, del percettore, nel conto dell’entrata del bilancio dell’amministrazione di appartenenza del dipendente per essere destinato ad incremento del fondo di produttività o di fondi equivalenti*”. Soggiunge il successivo comma 7 - bis, introdotto dalla l. n. 190 del 2012, che “*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*”: trattasi di norma, quest’ultima, reputata non innovativa, ma meramente ricognitiva di un pregresso prevalente indirizzo (Cass., sez. un., 2.11.2011 n. 22688) tendente a radicare in capo alla Corte dei Conti la giurisdizione in materia (ovvero sulla specifica violazione dell’obbligo di rifondere al datore della somma stabilita dal comma 7 dell’art. 53, d.lgs. n.165) nel termine prescrizione quinquennale, escludendo quella del giudice ordinario già in precedenza affermata da questa Sezione (cfr. C. conti, Sez. Lombardia, 27.1.2012 n.31, peraltro riformata in appello da C. conti, Sez. I, 13.3.2014 n.406) sulla base di una qualificazione in chiave civilistica-

lavoristica della pretesa azionata in giudizio.

Tuttavia, la medesima Suprema Corte ha successivamente chiarito, con l'ordinanza n.19072 del 28 settembre 2016, che, nel dirimere la prospettata questione di giurisdizione, occorre distinguere tra il concetto di mera reversione del profitto conseguito (che "*rappresenta una particolare sanzione ex lege al fine di rafforzare la fedeltà del dipendente pubblico e quindi prescinde dai presupposti della responsabilità per danno*"), e quello di eventuale danno asseritamente conseguente alla condotta del pubblico dipendente, da valutare proprio in base a detti presupposti.

In realtà, tale profilo di danno è stato configurato, sia in sede di appello (cfr. Corte dei conti, Sezione I, sent. n. 406 del 2014), sia in sede di decisione del conseguente ricorso per cassazione (cfr. Corte di cassazione, SS.UU. civili, sent. n. 25769 del 2015), sia, comunque, nel precedente nomofilattico di cui alla sent. Cass. SS.UU. civili n. 22688 del 2011, ove l'incardinamento della giurisdizione presso la Corte dei conti è stato affermato proprio in quanto collegato alla prospettazione di un "danno" conseguente alla violazione dell'obbligo di riversamento di cui all'art. 53, comma 7, del d.lgs. n. 65 del 2001.

Escluso, dunque, che, nella fattispecie, si versi in una fattispecie di sanzioni pecuniarie irrogate dalla Corte dei conti, quale disciplinata ex artt. 133 e seguenti del d.lgs. 26 agosto 2016 n. 174, deve essere osservato che la responsabilità erariale perseguita dalla novella di cui al comma 7-bis dell'art. 53 cit., proprio in quanto "*la nuova norma si limita...a confermare un orientamento della giurisprudenza, sicuramente consolidato, in quanto affermato dalle Sezioni unite*" (così Cass. SS.UU. sent. n. 25769 del 2015 cit.), costituisce una comune ipotesi di responsabilità tipica, in cui la somma da rifondere al datore (integrale riversamento di quanto percepito *contra legem*) è predeterminata per legge, ma la valutazione dell'ineseguito obbligo restitutorio e della connessa responsabilità soggiace, comunque, all'accertamento della sussistenza degli altri presupposti del giudizio di responsabilità erariale (*in primis* elemento soggettivo e nesso di causalità) nonché alla limitazione derivante dalla prescrizione quinquennale, e contempla la possibilità di modulare e di proporzionare l'entità della eventuale condanna esercitando il potere di porre a carico dei responsabili anche solo una parte del danno accertato o del valore perduto, previa valutazione delle singole responsabilità (c.d. potere riduttivo di cui all'art. 83 del r.d. 2440 del 1923, all'art. 52 del r.d. n. 1214 del 1934 e all'art. 19 del d.P.R. n. 3 del 1957). Tale ultima affermazione è da ritenersi, comunque, in linea con precedenti di questa Corte (Sez. Lombardia, 14.12.2016 n.214; Sez. Marche, 31.3.2015 n. 60; Sez. Toscana, 8.9.2014 n.159; Sez. Calabria 10.5.2013 n.161; Sez. I, 13.3.2014 n.406), e porta a superare l'eccezione di difetto di giurisdizione formulata dalla difesa del convenuto nell'udienza del 26 gennaio 2017. Tale giurisdizione ad oggi sussiste comunque ex art.5, c.p.c., operando la nuova formulazione dell'art. 53, co.7 alla data della notifica della citazione per il presente giudizio e, dunque, della proposizione della domanda.

6.1. Tali conclusioni, come già statuito dalla Sezione con le ricordate sentenze n.216 e n.233 del 2014, portano ad escludere sia l'incostituzionalità (anche sotto il profilo dell'eccepito *vulnus* dei principi di proporzionalità e di graduazione delle sanzioni) dell'art.53, co.7 e 7-bis, d.lgs. n.165 del 2001, sia, come meglio chiarito nella più recente sentenza Sez. Lombardia, 14.12.2016 n.214, un possibile difetto di giurisdizione di questa Corte: difatti, sotto quest'ultimo profilo, quale che sia la sua portata temporale, il novello comma 7-bis del d.lgs. n.165 introdotto dalla l. n.190 del 2012, per tutto quanto sopra affermato, deve ritenersi meramente ricognitivo ed esplicativo della pregressa giurisdizione contabile in materia, già desumibile dai principi generali e statuita dalla giurisprudenza, per cui la fattispecie *sub iudice* è ben giudicabile da questa Corte.

6.2. La lineare applicazione di tale norma, avvenuta in numerosi altri giudizi innanzi a questa Sezione (v. le citate sentenze 25 novembre 2014 n. 216, 30 dicembre 2014 n. 233 e 16 aprile 2015 n.54 e 14.12.2016 n.214 relative ad infermieri; Sez. Lombardia 9.2.2016 n.12 relativamente a medici e la sentenza Sez. Liguria 8.4.2015 n.20 relativa a professori universitari) porterebbe alla agevole condanna del convenuto al pagamento di quanto percepito come compenso professionale nell'espletamento di attività *extramoenia*.

Tuttavia, nella specie, trattandosi di professore-dirigente medico, la predetta pacifica applicazione dell'art. 53, co.7, d.lgs. n.165 cit. deve raccordarsi con il ricordato art.72, co.7, l. n. 448 del 1998, statuyente che "*la violazione degli obblighi connessi alla esclusività delle prestazioni, l'insorgenza di un conflitto di interessi o di situazioni che comunque implicino forme di concorrenza sleale, salvo che il fatto costituisca reato, comportano la risoluzione del rapporto di lavoro e la restituzione dei proventi ricevuti a valere sulle disponibilità del fondo di cui al comma 6 in*

misura non inferiore a una annualità e non superiore a cinque annualità”.

Ad avviso del Collegio, come già affermato con sentenza n. 12/2016 della Sezione, le due norme sono ben conciliabili in base ad una lettura sia testuale che sistematica: difatti, tale art. 72, co.7, l. n.448, nel prevedere che *“la violazione degli obblighi connessi alla esclusività delle prestazioni.....comportanola restituzione dei proventi ricevuti a valere sulle disponibilità del fondo di cui al comma 6 in misura non inferiore a una annualità e non superiore a cinque annualità”*, sancisce testualmente una restituzione al “fondo per l'esclusività” di una parte di quanto indebitamente versato da tale fondo al medico espletante attività non in esclusiva, ovvero l'indennità di esclusiva nei limiti quantitativi ivi previsti.

Avendo però già sopra evidenziato (punto 2.1 di questa sentenza), sul piano sistematico, che tale norma, nel prevedere la restituzione *“in misura non inferiore a una annualità e non superiore a cinque annualità”* di una parte soltanto di quanto indebitamente versato a titolo di indennità di esclusiva al medico espletante attività non in esclusiva, non esclude affatto il doveroso recupero integrale della restante parte che ricomprende anche le altre voci retributive che presuppongono, per la loro fruizione o per la fruizione in misura massima, l'esclusiva (ovvero la retribuzione di posizione, la retribuzione di risultato e le c.d. risorse aggiuntive regionali), tale logico approdo interpretativo vale a maggior ragione ove si faccia riferimento all'ulteriore e distinto introito del medico che violi l'esclusività contrattualmente concordata, ovvero quello derivante dai compensi extra lavorativi da attività libero-professionale, che non è presa affatto in considerazione dal suddetto art.72, l. n.448, che fa esclusivo riferimento agli importi indebitamente erogati (e che dunque al medesimo ritornano) dal fondo per l'esclusività di cui al comma 6 dell'art.72 cit.

Per tali distinti importi da attività libero-professionale torna dunque ad operare, quale *lex generalis* vigente per ogni pubblico dipendente (medici e professori universitari compresi, qualora non abbiano optato per la “non esclusività”: sui professori e sul loro peculiare contenzioso restitutorio v. la citata C. conti, sez. Liguria, 8.4.2015 n.20), l'art.53, co.7 e 7-bis, d.lgs. n.165, che rende illegittima la percezione di compensi extra lavorativi, ove non preceduti da autorizzazione datoriale.

In quest'ultima evenienza, il lavoratore, ancorché professore universitario a tempo pieno e Capo dipartimento, deve restituire all'amministrazione, oltre alle somme incassate in più stipendialmente, anche, cumulativamente, quanto indebitamente introitato, sulla scorta della responsabilità tipica dell'art.53, co.7 cit., la cui l'entità (integrale riversamento di quanto percepito *contra legem*) è predeterminata per legge. Tale ultima affermazione è in linea con precedenti di questa Corte (Sez. Lombardia, 14.12.2016 n.124; id., 25 novembre 2014 n.216; id., 30 dicembre 2014 n. 233; id., 16 aprile 2015 n.54; id., Sez. Toscana, 8.9.2014 n.159; id., Sez. Calabria 10.5.2013 n.161; id., Sez. I, 13.3.2014 n.406).

Parimenti sussistente è, infine, come sopra già rimarcato, il dolo del prof. B. a fronte del chiaro precetto normativo, un tempo contenuto nell'art.58 del d.lgs. n.29 del 1993 e poi nell'art.53, co.1, d.lgs. n.165 del 2001. La limpida formulazione, unita al noto principio *ignorantia legis non excusat* (nella specie l'ignoranza è ingiustificabile per la chiarezza testuale e per la elevata estrazione culturale del convenuto), appare iniputabile una buona fede del dipendente.

6.3. In via meramente incidentale, come già statuito con sentenze 14.12.2016 n.124 e 25.11.2014 n. 216 della Sezione, alcuna disapplicazione questa Corte può operare sull'art. 53, co.7 d.lgs. n.165 cit., in quanto introdurrebbe un precetto ontologicamente penale (una sorta, forse, di “confisca” o “sanzione espropriativa”) non già a fronte di un fatto di reato, ma di una violazione di normativa meramente lavoristica. Ciò violerebbe, secondo taluni, l'art.1 c.p. e l'art.25 cost. ed urterebbe con indirizzi CEDU sull'illecito ontologicamente penale (secondo canoni comunitari e giurisprudenziali), seppur formalmente amministrativo secondo la legge nazionale, così configurando un precetto da disapplicare da parte del giudice.

Premesso che, nella specie, la questione è mal posta, in quanto, come rimarcato nel precedente punto 6, l'azione di questa Corte ex art.53, co.7, d.lgs. n.165 non ha natura sanzionatoria, ma meramente recuperatoria di un danno erariale (*ergo* non sorge alcuna duplicazione punitiva), in ogni caso anche in un'ottica “afflittiva” sulla suddetta norma, qui non condivisa, la soluzione non diverge per le ragioni di seguito esplicate.

Sul complesso distinguo e cumulo tra illecito penale ed illecito amministrativo e sull'approccio ontologico a tale tema la Sezione osserva quanto segue, anche sulla base dei noti indirizzi CEDU (che traggono base dai c.d. "*Engel criteria*") secondo cui le sanzioni irrogate dagli Stati, anche se definite amministrative, sono da considerarsi, agli effetti della Convenzione, "accusa in materia penale" in virtù di tre criteri alternativi, e non cumulativi: a. la qualificazione giuridica della misura in causa nel diritto nazionale; b. la natura stessa della misura; c. la natura e il grado di severità della "sanzione").

Il tema del *ne bis in idem* (divieto di cumulo di sanzioni afflittive di natura sostanzialmente penale) è stato oggetto di pronunciamenti e rimessioni alla Corte Costituzionale (per la declaratoria di illegittimità costituzionale della norma interna, sovente tributaria, in contrasto con la norma convenzionale della CEDU, e dei relativi protocolli, quale norma interposta ex art. 117, primo comma della Costituzione) e, in modo più pertinente, alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea quale questione interpretativa pregiudiziale ex art. 267 TFUE - ancor più recenti ed accurati rispetto a quelli citati dalla difesa dello Scarano (che ricorda Corte Europea dei Diritti dell'Uomo 4 marzo 2014 - Ricorso n. 18640/10 - *Grande Stevens* e altri c. Italia). Tuttavia, nel caso in esame, l'art. 53, co.7 regola un illecito restitutorio chiaramente amministrativo, non solo formalmente, ma anche ontologicamente. Difatti, anche a voler leggere (ma la Sezione dissente da tale lettura optando per una tesi meramente recuperatoria) l'art.53, co.7 in chiave sanzionatoria, il diritto punitivo amministrativo in generale si differenzia dal diritto penale innanzitutto sul piano del diritto positivo: non sanziona un fatto-reato, non consegue all'accertamento giudiziale di un reato, non produce "effetti penali" non creando uno *status* di condannato fortemente afflittivo della personalità. Inoltre, mentre l'illecito penale (e le relative sanzioni, anche pecuniarie) abbraccia fatti di elevata offensività, l'illecito amministrativo riguarda offese minori di beni (anche costituzionali): orbene, è palese ed evidente a chiunque che l'espletamento di una attività extra lavorativa non ha certo elevata offensività, per cui ben si presta ad una mera sanzione amministrativa (tra l'altro pecuniaria e non particolarmente afflittiva) e non penale.

Nel rispetto del principio *ne bis in idem*, uno Stato ben può dunque imporre una doppia sanzione (fiscale e penale, amministrativa e penale, o, come nella specie, amministrativa e disciplinare) per gli stessi fatti purché le misure punitive abbiano diversa natura e diversi fini. Nello stesso pubblico impiego sono assai frequenti, ed anzi crescenti (v. d.lgs. n.165 del 2001; d.lgs. n. 150 del 2009; l. n. 190 del 2012) le previsioni normative che valorizzano la pluri-illeceità di talune condotte di pubblici dipendenti, che ben possono tradursi, per il medesimo fatto, in illecito penale, disciplinare, civile, amministrativo contabile e, persino, in responsabilità dirigenziale ex art. 21, d.lgs. n.165. Tali reazioni ordinamentali sono ben cumulabili tra loro e non sono certo alternative.

Né vengono lesi con tale norma (art.53, co.7 cit.) altri principi stabiliti dalla Convenzione Europea: non vi è alcuna "*ingiustificata ingerenza dell'autorità pubblica nel godimento del diritto alla vita privata e familiare*" (art. 8 CEDU), ma una mera regolamentazione dell'esercizio di alcuni profili della prestazione lavoristica con la PA per preservarne l'integrità ed indipendenza nello svolgere attività in possibile contrasto; non vi è lesione alcuna del "*rispetto del principio di legalità*" (art. 7 CEDU), essendo la sanzione amministrativa *de qua* rispettosa del principio nella sua formulazione *ex lege*; non vi è infine alcuna "*arbitrarietà dell'ingerenza dello Stato e giusto equilibrio tra gli interessi generali e la salvaguardia dei diritti dell'individuo*" (artt. 6 – 8 e 14 CEDU), essendo ben ragionevole l'intervento legislativo statale nel bilanciare l'interesse pubblico al buon funzionamento e all'imparzialità della PA con le pretese del lavoratore ad agire in contesti extra lavorativi.

Mal si attagliano dunque al caso di specie i principi della pronuncia 20.5.2016 n.112 della Consulta, essendo i fatti in tale sede vagliati (al pari di altri decisi con pronuncia 12 maggio 2016 n.102 della Consulta o con sentenze Cass., sez. III, 22 giugno 2016 n.25815 e id., sez. III, 2016 n.27814) relativi all'eccezione divieto di cumulo di sanzioni sostanzialmente entrambe *penali* per la loro accentuata offensività, evenienza non prospettabile nel caso in esame, connotato da sanzione *disciplinare* a cui si aggiunge una sanzione *amministrativa pecuniaria (rectius)*, per questa Corte una misura recuperatoria di un danno erariale nascente dalla non spontanea restituzione di quanto introitato dal dipendente in violazione dell'art.53, co.7 cit.), entrambe decisamente di afflittività ben minore rispetto a due "sostanziali" e non cumulabili sanzioni penali.

Del resto anche la nota sentenza CEDU Rigolio c.Italia,13 maggio 2014, (ric.n.20148/09) ha ben chiarito, per quanto mutuabile nella specifica fattispecie qui in trattazione, la distinzione ontologica tra illeciti non della medesima natura penale, giustificando il parallelismo tra azione giuscontabile ed azione penale.

6.4. In conclusione, il convenuto, per questa quarta voce di danno ex art.53, co.7, d.lgs. n.165, ha fatturato, nella prospettazione della Procura, prestazioni per **euro 6.971.324,77**, corrispondente all'attività libero-professionale del prof. B. nell'arco temporale 2001-2014 in proprio studio privato pur in regime di tempo pieno universitario e di *intramoenia* aziendale, svolta senza autorizzazione dell'amministrazione di appartenenza. Ritiene il Collegio tuttavia che, anche per tale importo, debba farsi ragionevolmente riferimento non già al fatturato lordo, ma neppure, come prospetta la difesa del B., all'importo realmente percepito dal convenuto, detratte le spese sostenute, ivi comprese le trattenute fiscali che, come evidenziato dalla stessa Procura con nota 10.12.2017, porterebbe ad un utile di esercizio di **euro 2.849.176,57**. Difatti, non possono in questa sede considerarsi le spese inerenti a tale attività, frutto di ampie e soggettive scelte unilaterali del convenuto a vantaggio della propria struttura e che non hanno, altresì, portato ad uno speculare introito da parte di altro soggetto pubblico (ma di privati collaboratori o fornitori), mentre può ben essere preso in considerazione l'onere fiscale (IRPEG/IRES e IRAP) sopportato sul predetto importo del fatturato lordo che, secondo comuni conoscenze, ammonta a circa il 33% del fatturato, incassato dall'amministrazione fiscale. Ciò porta, in chiave equitativa e di più corretta determinazione del *quantum* del "*compenso dovuto per le prestazioni eventualmente svolte*", cui fa riferimento l'art.53, co.7, d.lgs. n.165, ad un importo di **euro 4.670.787,60**.

7. A fronte di tale acclarato danno e in presenza di eccezione della difesa del convenuto in punto di parziale prescrizione del credito azionato, osserva la Corte che, come già da questa Sezione statuito con sentenze 14 dicembre 2016 n.124, 16 aprile 2015 n.54 e 25.11.2014 n.216, nella specie è da ritenere inapplicabile la regola della decorrenza della prescrizione dalla scoperta del fatto in caso di doloso occultamento (art. 1, co. 2, l. n. 20 del 1994), in quanto, come affermato anche in appello, "*Il doloso occultamento non coincide con la commissione dolosa del fatto dannoso ma richiede un'ulteriore condotta indirizzata a impedire la conoscenza del fatto e che, comunque, perché di occultamento doloso si possa parlare, occorre un comportamento che, pur se può comprendere la causazione del fatto dannoso, deve tuttavia includere atti specificamente volti a prevenire il disvelamento di un danno ancora in fieri oppure a nascondere un danno ormai prodotto*" "*un comportamento volto al raggirio, callido, teso con atti commissivi al nascondimento, di cui deve lasciar baluginare l'intenzionalità*" (Sez. III, 20 dicembre 2012 n. 830). Come già ribadito con le già citate sentenze n.124 del 2016, n. 216 del 2014 e 16 aprile 2015 n. 54, pur in presenza di condotta dolosa del convenuto, perché di occultamento doloso si possa parlare, occorre un comportamento che, pur se può comprendere la causazione del fatto dannoso, deve tuttavia includere atti specificamente volti a prevenire il disvelamento di un danno ancora *in fieri* oppure a nascondere un danno ormai prodotto (id., Sez. Liguria, 2 luglio 2014 n. 85 e id., n. 50/2013 e n. 146/2013 proprio con riferimento a docenti universitari; Sez. Lombardia, 29 gennaio 2014 n. 23; Sez. III n. 830/2012; Sez. I n. 85/2012; Sez. Sicilia n. 1/2012; Sez. II n. 27/2009; Sez. III n. 32/2002; Sez. I, n. 40/2009; Sez. III n. 474 del 2006, Sez. Liguria 11.6.2009, n. 287; Sez. Veneto, 7.7.2005, n. 992; Sez. Lombardia, 12.12.2005, n. 728). In sintesi, l'occultamento doloso del danno non può considerarsi provato dal solo silenzio serbato dal dipendente sulle attività extralavorative prestate (salvo prova, non fornita, di una conoscenza dei vertici gestionali, ovvero Rettore e Direttore Generale San Gerardo, che avessero "coperto" il convenuto).

Tutto ciò premesso, va osservato che nel caso in esame è tuttavia applicabile la regola della decorrenza della prescrizione da quando il fatto dannoso diviene conoscibile secondo ordinari criteri di diligenza (c.d. *conoscibilità obiettiva*). In altre parole, pur non vertendosi in materia di doloso occultamento del danno da parte del convenuto, non riscontrandosi condotte maliziose tese a celare i proventi (fiscalmente documentati) *aliunde* percepiti, appare ben evidente, alla luce del basilare parametro dell'art.2935 c.c., alla cui stregua va letto l'art. 1, co. 2 della legge 14.1.1994 n. 20 ("*il diritto al risarcimento del danno si prescrive in ogni caso in 5 anni decorrenti dalla data in cui è stata realizzata la condotta produttiva del danno*"), che la percepibilità, intesa come "conoscibilità obiettiva" del vertice datoriale (e non certo soggettiva, ancorata cioè a possibili indolenti riscontri subiettivi tardivi) da parte dell'amministrazione danneggiata del danno erariale arrecato dal B., va individuata nella data dell'ispezione svolta dai NAS dei Carabinieri nel febbraio 2014 (doc.1 Procura) dopo segnalazione di pari data del Commissario Straordinario dell'Azienda Ospedaliera San Gerardo (a sua volta notiziata da esposto anonimo).

Nella specie, a fronte del pluriennale (dal 2001) non palesato (in quanto non autorizzato) espletamento di dette prestazioni extralavorative da parte del prof. B., non risulta provata una pregressa conoscenza da parte del datore di lavoro, inteso come organo apicale dell'Azienda San Gerardo (*ergo* da parte del direttore Generale) o come Direttore Generale o come Rettore dell'Università Milano Bicocca, anteriore alla suddetta verifica ispettiva dei NAS, momento della "conoscibilità" del fatto dannoso. La conoscenza poi di tale espletamento di

attività *extramoenia* da parte di altri soggetti non apicali (colleghi, funzionari e dirigenti del San Gerardo, Presidi di Facoltà), su cui la difesa del B. ha richiesto prova testimoniale (p.40 comparsa) o ha prodotto dichiarazioni (pp.5 e 6 comparsa), non assume rilevanza. Ed invero, ad avviso della Corte e precisando un pregresso indirizzo espresso con sentenza 5.11.2014 n.216, non essendo tali soggetti "il datore" tenuto a conoscere lo *status* del prof. B., quale medico in rapporto di esclusiva *intramoenia* o in libera *extramoenia* (e, a maggior ragione, quale professore a tempo pieno o definito), e, soprattutto, non essendo gli stessi normativamente preposti ad autorizzare o negare attività extralavorative, non sono considerabili soggetti a conoscenza giuridica di un danno erariale da condotta *contra ius*. Inoltre, tali soggetti-pazienti ben potevano ritenere che l'attività professionale del prof. B. fosse svolta legittimamente in *intramoenia allargata*.

Gli unici soggetti che sarebbero dovuti necessariamente essere a conoscenza dello *status* (di esclusiva o meno) del prof. B. erano dunque i Direttori Generali succedutisi nel tempo dell'Azienda San Gerardo e i Direttori Generali e i Rettori succedutisi nel tempo dell'Ateneo Milano Bicocca: solo loro, e non altri, ove avessero saputo dell'attività libero-professionale *extramoenia* del prof. B., sarebbero dovuti intervenire per interrompere la prescrizione per le condotte dannose in essere e per impedire il protrarsi della non autorizzata condotta dannosa per l'erario.

Ma la difesa non ha fornito prova alcuna di tale conoscenza degli organi apicali, limitandosi ad affermarla genericamente in comparsa (e in dichiarazioni del prof. B. ai NAS in occasione del loro accesso nello studio citato) senza produrre o capitolare prova e limitandosi a dare riscontri documentali (dichiarazioni) o a richiedere prova testimoniale in ordine alla conoscenza fattuale di attività *extramoenia* in capo a soggetti non apicali (dirigenti, funzionari, direttori amministrativi, colleghi e persino Presidi, che, notoriamente, non hanno alcun potere in materia autorizzativa) e, come tali, non riconducibili alla nozione di "*datore di lavoro*" unico soggetto preposto, come tale, alla vigilanza e a fattivi interventi sulle incompatibilità lavoristiche dei propri dipendenti.

Né tale pregressa conoscenza datoriale è desumibile da una visionabilità delle dichiarazioni dei redditi del B. (in cui comparivano tali entrate ulteriori extralavorative), non essendo a ciò tenuta né l'Università di Milano-Bicocca, né l'Azienda Sanitaria datore, che non hanno competenza alcuna (salvo prova contraria non fornita dal convenuto) sulle dichiarazioni dei redditi extra lavorativi dei propri dipendenti, che vengono visionati e computati a fini fiscali dalla sola Agenzia delle Entrate o, eventualmente, dall'Inps (per redditi extra oltre i 5.000 euro annui).

E' incontestato, dunque, che le prestazioni extralavorative del convenuto si siano svolte in un arco temporale dal 2001-2014 e che siano state rese conoscibili solo nel 2014 (v. verifica NAS 18.2.2014 nel suo studio privato dopo segnalazione di pari data del Commissario Straordinario dell'Azienda Ospedaliera San Gerardo e v. comunicazione notizia di reato NAS a Procura di Monza 19.2.2014 n.30/16 in doc.1 Procura): l'azione della Procura è dunque tempestiva per l'intero danno contestato.

Va incidentalmente sottolineato che se vi fosse stata conoscenza (ma nel caso in esame non ve ne è prova) da parte degli organi apicali datoriali (Rettore università e Direttore Generale del San Gerardo), con conseguente parziale prescrizione del credito azionato dalla Procura, quest'ultima ben avrebbe potuto comunque citare in giudizio i Direttori Generali e i Rettori universitari per omessa denuncia di danno a questa Corte ex art.52, d.lgs. 26.1.2016 n.174 (già art.1, co.3, l. n.20 del 1994), senza nessuna prescrizione frutto di tale omissione, configurando quest'ultima un manualistico esempio di occultamento doloso.

8.Traendo le somme delle voci di danno vagliate nei precedenti punti 2-5 ai fini della determinazione del danno erariale complessivamente ascrivibile al convenuto, osserva preliminarmente il Collegio, circa il computo di tali importi al netto o al lordo della tassazione, che va ribadito quanto statuito con recente sentenza 14.12.2016 n.214 della Sezione. In particolare, in consapevole contrasto con minoritari indirizzi di questa Corte (Sez. Campania n. 14 del 14 gennaio 2010; Sez. Liguria n. 50 del 29 marzo 2013; Sez. Puglia n. 1558 del 27 novembre 2013), ma in sintonia con un prevalente e più condivisibile indirizzo giurisprudenziale (v. Cons. Stato, Sez. III, 4 luglio 2011 n. 3984; Cons. Stato, Sez. VI, 2 marzo 2009 n. 1164; TAR Lombardia, Sez. IV, 7 marzo 2013 n. 614; C. conti, Sez. III, 27.3.2014 n. 167, e n. 273 del 6 maggio 2014; id, Sez. Toscana, 8.9.2014 n. 159; Sez. Lazio n. 897 del 16 dicembre 2013; Sez. Lombardia 25 novembre 2014 n. 216, 30 dicembre 2014 n. 233 e 16 aprile 2015 n.54), l'interpretazione dell'art. 53, co. 7 d.lgs. 165/2001 e, più in generale, di qualsiasi norma che imponga il recupero di somme retributive indebitamente versate ad un lavoratore pubblico, deve essere nel senso che la somma da recuperare è quella al netto delle imposte (pagate su fatture esterne o in dichiarazione dei redditi secondo propria

aliquota fiscale) già corrisposte al fisco dalla parte convenuta (o, con ritenuta alla fonte, dal datore erogante la retribuzione), ovvero l'importo effettivamente entrato nella sfera patrimoniale del dipendente.

Si consideri altresì che tali importi fiscali rappresentano innegabilmente una forma di vantaggio ottenuto da altra amministrazione (in un'ottica di "finanza allargata"), ai sensi dell'art. 1, comma 1-*bis*, della L. 20/1994. E se gli enti eroganti (Università Bicocca e Azienda San Gerardo) avessero rivendicazioni restitutorie, potranno eventualmente azionarle nei confronti del fisco, percettore di maggiori ed indebite entrate.

Analoghe considerazioni valgono per il dovuto scomputo delle trattenute previdenziali.

9. Ciò chiarito, il convenuto prof. B., salvo quanto si chiarirà nel successivo punto 10, andrebbe condannato al pagamento delle seguenti somme:

a) a favore della Azienda Ospedaliera San Gerardo della somma di euro 406,08 netti per refusione all'Università Bicocca di voci retributive non spettanti al convenuto a titolo di assegno perequativo (indennità di esclusiva, retribuzione di posizione piena e retribuzione di risultato);

b) a favore dell'Università di Milano Bicocca di euro 939,78 netti per differenze retributive tra tempo pieno e tempo definito e quale corrispettivo per l'incarico di Direttore di Dipartimento;

c) a nessun importo a favore della Azienda Ospedaliera San Gerardo di per parziale utilizzo di specializzandi ed igienisti dentali in attività *intramoenia*;

d) a favore dell'Università di Milano Bicocca della somma di euro 4.670.787,60 corrispondente al fatturato defiscalizzato di 6.971.324,77 corrispondente ai compensi professionali del prof. B. nell'arco temporale 2001-2014 in proprio studio privato, pur in regime di tempo pieno universitario e di *intramoenia*

Osserva in via generale la Sezione che, a fronte di tali tre voci di danno (a, b, d), fondate su autonomi referenti testuali e logici, non appare convincente l'indirizzo di qualche isolata pronuncia (C. conti, sez. I app., 10.6.2014 n.836) secondo cui "*mettere a carico della docente tanto l'onere del riversamento all'Università dei compensi extraistituzionali, quanto del cinquanta per cento della retribuzione darebbe luogo ad un'ingiustificata duplicazione della sanzione o del risarcimento*". E' infatti agevole replicare, in sintonia con attenta giurisprudenza amministrativa (Tar Lombardia, Milano, 17.3.2013 n.614), che i due (tre ne caso in esame) obblighi restitutori/risarcitori traggono origine da autonome e concorrenti ragioni giuridiche sopra esplicate e a fronte di un oggettivo duplice (qui triplice) danno erariale patito dalle casse pubbliche. Le due (qui tre) voci di danno possono dunque ben cumularsi.

10. Dinanzi a tali importi, tuttavia, sempre in ordine al *quantum* del danno ascrivibile al prof. B., in considerazione dell'evidente dolo del convenuto, non è esercitabile il potere riduttivo dell'addebito, ma ad avviso del Collegio, in officiosa determinazione sul piano etiologico del giusto danno imputabile, è valutabile per la sola terza voce di danno (per violazione dell'art. 53, co.7, d.lgs. n.165), come in casi analoghi (v. sez. Lombardia n.165 del 2015 cit.) e come sinteticamente richiesto dalla difesa del convenuto, l'incidenza di un eventuale contributo concausale della Azienda Ospedaliera San Gerardo e dell'Università Bicocca, che, non solo per la vicenda in esame e con riferimento alla conoscenza dello specifico "caso B.", avrebbero potuto e soprattutto dovuto svolgere *ex lege* una necessaria attività di vigilanza ed ispettiva con finalità preventiva, dissuasiva e sanzionatoria, senza attendere esposti anonimi o, in altri casi, esiti di indagini penali o di inchieste giornalistiche scandalistiche o di protesta.

Orbene, ritiene il Collegio sul punto, in sintonia con recenti approdi giurisprudenziali (C. conti, sez. III, 24.8.2015 n.415) su similari ma non identiche situazioni, che un evidente concorso datoriale può ravvisarsi non tanto nel prospettato asserito avallo, mai fornito, della Direzione Generale aziendale o dal Rettorato Universitario a tali attività professionali extralavorative *contra legem*, ma bensì in un omesso o superficiale monitoraggio, da parte della Azienda e dell'Università, sul corretto esercizio dell'attività di esclusiva da parte dei suoi dipendenti, anche attraverso attività ispettiva o semplice richiesta alla Guardia di Finanza di periodici e generalizzati controlli, assai agevoli anche in via telematica, a fronte di rilevanti entrate libero-professionali fiscalmente dichiarate dai medici in formale esclusività (tra i quali il convenuto).

Peraltro, la doverosità dei controlli nella materia *de qua* scaturisce direttamente sia dall'art.1, co. 62, l. n. 662 del 1996, sia dal chiaro art.72, co.8, l. n.448/1998, sia dal disposto dell'art. 15 del d.P.R. n. 382/1980, dove si stabilisce che in caso di violazione delle norme sulle incompatibilità, l'Università è tenuta a diffidare il docente a cessare dalla situazione d'incompatibilità, pena la decadenza dall'ufficio. Il legislatore ha quindi previsto tale sanzione nel presupposto, ovvio, che l'Amministrazione provveda con controlli o strumenti di verifica ad accertare eventuali situazioni d'incompatibilità (*in terminis* Sez. Liguria, 2 luglio 2014 n. 85), essendo evidente che non esistono in letteratura casi di autodenuncia, né è tollerabile una vigilanza demandata e occasionata esclusivamente da esposti (anche anonimi), che pur rappresentano una importante e basilare forma di conoscenza incoraggiata anche dalla l. n.190 del 2012 (che esalta il c.d. *whistleblower* nell'art.54 -bis,d.lgs. n.165), mai possono configurare una forma di conoscenza sostitutiva della vigilanza interna officiosa e legislativamente imposta.

Innanzitutto alla pur chiarissima opzione scritta (v. missiva 31.8.2001 cit. agli atti) da parte del prof. B. per il regime di esclusiva *intramoenia* (quale medico con funzioni assistenziali) e di professore a tempo pieno (quale accademico), nessun avallo tacito ad attività extra è come detto ravvisabile nella condotta dei vertici aziendali e universitari, ma un più accorto e penetrante controllo, doveroso, delle due amministrazioni, colpevolmente inerti a fronte di fatti di ormai sociale e diffusa notorietà di diffuse identiche vicende, come la realtà giudiziaria sta sistematicamente riscontrando, avrebbe potuto portare ad una solerte rilevazione dell'incongruo esercizio di attività professionali parallelamente ai compiti di professore "a tempo pieno" e di dirigente medico in esclusiva ed altresì, per l'Azienda San Gerardo, anche con riferimento a profili non rilevanti (almeno) in sede giuscontabile, un riscontro circa l'utilizzo in *intramoenia* di soggetti non legittimati a coadiuvare le prestazioni professionali esclusive del convenuto.

11. Quest'ultima considerazione induce il Collegio ad attenuare, sul piano concausale (sulla base di un ragionamento analogo a quello valorizzato nell'art.83, co.2 del d.lgs. n.174 del 2016, sebbene qui non si verta in ipotesi di litisconsorzio necessario), del 15% la consistenza dell'addebito per l'ultima voce di danno contestata (violazione dell'art.53, co.7, d.lgs. n.165), così giungendosi ad una finale quantificazione delle somme dovute dal prof. B., ad oggi già rivalutate, come segue:

a) a favore della Azienda Ospedaliera San Gerardo è dovuta la già indicata somma di euro 236.406,08 netti ad oggi rivalutati per refusione all'Università Bicocca di voci retributive non spettanti al convenuto a titolo di assegno perequativo (indennità di esclusiva, retribuzione di posizione piena e retribuzione di risultato);

b) a favore dell'Università di Milano Bicocca è dovuta la già indicata somma di euro 939,78 netti per differenze retributive tra tempo pieno e tempo definito e quale corrispettivo per l'incarico di Direttore di Dipartimento;

c) a favore dell'Università di Milano Bicocca è dovuta, per i motivi indicati al punto 10 della sentenza, la minor somma di euro 3.970.169,46, in luogo di euro 670.787,60 (a fronte di un fatturato di 6.971.324,77), corrispondente alla prevalente quota parte (scomputata quella imputabile ad inerzie ispettive dei vertici datoriali) ascrivibile al prof. B. nell'arco temporale 2001-2014 per attività professionale in proprio studio privato, pur in regime di tempo pieno universitario e di *intramoenia* aziendale.

12. Da ultimo, alcuna incidenza hanno i rilievi della difesa circa alcuni errori nei conteggi retributivi stilati dalla Bicocca e recepiti dalla Procura, in quanto: a) il periodo trascorso in sospensione cautelare è già stato valutato in chiave ricostruttiva stipendiale a seguito di successiva sanzione disciplinare della sospensione dal servizio e dalla retribuzione, misura afflittiva che, come tale, decurta il trattamento retributivo tabellare in eccedenza fruito illegittimamente dal prof. B.; b) gli errori di conteggio rimarcati in mera perizia di parte non appaiono rilevanti a fronte di attestazioni certificatorie dell'Università Bicocca e del San Gerardo, che fanno fede fino a querela di falso, relativamente alla quale non è stata fornita qui prova di già avvenuta proposizione, né è stato richiesto termine per la proposizione innanzi alla competenze autorità giudiziaria (vedasi art. 105 d.lgs. n. 174 del 2016).

La domanda va dunque accolta nei limiti sopra precisati, con condanna del prof. B. Marco Giovanni Antonio al pagamento delle somme sopra indicate, ad oggi già rivalutate, a favore delle rispettive amministrazioni, oltre interessi legali dal deposito della sentenza al saldo effettivo. Il convenuto va infine condannato al pagamento delle spese di lite, liquidate in dispositivo.

Omissis