



**REPUBBLICA ITALIANA**  
**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**LA CORTE DEI CONTI**

**SEZIONE GIURISDIZIONALE DELLA BASILICATA**

composta dai seguenti Magistrati:

Dott. Maurizio TOCCA	Presidente
Dott. Vincenzo PERGOLA	Consigliere relatore
Dott. Giuseppe TAGLIAMONTE	Consigliere

ha pronunciato la seguente

**SENTENZA**

nel giudizio di responsabilità iscritto al n. 8219 del Registro di Segreteria, ad istanza della Procura regionale presso questa Sezione nei confronti di **Amendola Francesco Pasquale**, nato a Rapone (PZ) il 19.7.1946, C.F.: MNDFNC46L19H187I rappresentato e difeso dall'avv. Vito Iorio ed elettivamente domiciliato presso lo studio dell'avv. Cinzia Crocco sito in Potenza in Via Baracca, 16; **Marra Mario** nato a Napoli il 10/04/1950 C.F.: MRRMRA50D10F839D, rappresentato e difeso dall'avv. Gerardo Pedota ed elettivamente domiciliato presso il suo studio sito in Potenza in corso Garibaldi n. 32; **Montanarella Antonietta**, nata a Melfi il 13.6.1952, C.F.: MNTNNT52H53F104Z rappresenta e difesa dall'avv. Elmina Latella ed elettivamente domiciliata presso il suo studio sito in

Potenza in Via dell'Edilizia n. 13; **Iannielli Luciana**, nata a Potenza il 28.9.1973 C.F.: NNLLCN73P68G942U rappresentata e difesa dall'avv. Luciano Petruzzo ed e elettivamente domiciliata presso il suo studio sito in Potenza in Piazza Vittorio Emanuele n. 14; **De Franchi Gabriella Maria**, nata a Corleto Perticara il 27.5.1957 C.F.: DFRGRL57E67D010Z rappresentata e difesa dall'avv. Filomena Orlando ed e elettivamente domiciliata presso il suo studio sito in Potenza in Via Mazzini n. 69; **Buscicchio Domenico Antonio**, nato a Vaglio di Basilicata il 3.7.1951 C.F.: BSCDNC51L03L532B rappresentato e difesa dall'avv. Giuseppe Buscicchio ed elettivamente domiciliato presso lo studio dell'avv. Gerardo Pedota sito in Potenza in Corso Garibaldi, n. 32;

Visto l'atto introduttivo del giudizio ed esaminati tutti gli altri atti e documenti della causa;

Uditi, nella pubblica udienza del 22 settembre 2015, con l'assistenza del Segretario dott. Angela Micele, il relatore dott. Vincenzo Pergola, il Pubblico Ministero nella persona del Procuratore Regionale dott. Michele Oricchio e gli avv.ti Buscicchio, Iorio, Petruzzo, Latella e Pedota, quest'ultimo anche su delega dell'avv. Orlando, per i convenuti;

Ritenuto in

### **FATTO**

Riferisce la Procura contabile di aver ricevuto, nel corso del 2010, alcuni esposti - sia anonimi, sia di organizzazioni sindacali - con i quali si segnalavano ipotesi di danno derivante dall'illegittimo

riconoscimento di funzioni dirigenziali a Lavieri Maria Pia da parte dell'ASL di Potenza a seguito di una procedura conciliativa pregiudiziale innanzi al locale Ufficio provinciale del lavoro.

L'istruttoria svolta induceva la Procura ad assumere provvedimento di archiviazione ritenendo che non ricorressero gli estremi del danno erariale nel caso segnalato in quanto vi era stata la rinuncia da parte dell'interessata ad alcune pregresse pretese giuridico-economiche derivanti dall'accordo intercorso con il datore di lavoro.

Una successiva segnalazione di danno pervenuta in Procura il 25.6.2014 - relativa ai medesimi fatti e con cui si evidenziava che l'illegittimo inquadramento nel ruolo dirigenziale della Lavieri aveva comportato nel tempo ulteriori indebiti esborsi di danaro pubblico e che era stata addirittura emanata una norma di legge da parte della Regione per garantire alla predetta il transito nei ruoli di detto ente, sempre con funzioni dirigenziali, in conseguenza della soppressione dell'AEBEA, Ente regionale ove le predetta era transitata nell'ottobre 2011.

Puntualizza il Requirente: *“Veniva conseguentemente riaperta l'istruttoria relativa ai fatti come originariamente denunciati e rivisitata l'intera vicenda che veniva diversamente rivalutata alla luce della seguente ricostruzione degli stessi”*.

La vicenda per cui è causa può essere ricostruita nei seguenti termini.

L'Azienda Sanitaria Locale di Potenza con deliberazione del

Direttore Generale n. 788 del 4.11.2005:

- richiamava, in premessa, le deliberazioni n. 843/2004 e n. 506/2005 con le quali, valutate le proprie esigenze organizzativo-funzionali, *“ha provveduto, anche in considerazione della significativa riduzione degli oneri di spesa, alla trasformazione dei due posti di Avvocato Dirigente..... in due posti di Collaboratori Tecnico professionale Esperto – Avvocato categoria Ds”*;

- valutava positivamente la necessità e l'urgenza di acquisire nell'organico dell'Azienda le due figure professionali di Collaboratori Tecnico professionale Esperto – Avvocato categoria Ds;

- procedeva quindi alla conseguenziale revoca del pubblico concorso di n. 1 posto di Avvocato Dirigente, di cui al precedente provvedimento n. 369/2003, e contestualmente indiceva un pubblico concorso per n. 2 posti di Avvocato - Collaboratori Tecnico professionale Esperto – categoria Ds.

A seguito di superamento del concorso pubblico indetto con la succitata delibera n.788/2005, l'Avv. Lavieri Maria Pia veniva assunta nel 2006 presso il suddetto ente con inquadramento nel profilo di “collaboratore tecnico-professionale esperto – Avvocato D.S.”.

In data 11.11.2008 la predetta inoltrava richiesta di conciliazione ex art.65 del D.lgs.165/2001, a seguito della quale si costituiva presso la Direzione Provinciale del Lavoro di Potenza apposito collegio composto dalla Dott.ssa Montanarella Antonietta (Presidente), dall'Avv. Iannielli Luciana (rappresentante del lavoratore) e dall'Avv. De Franchi Gabriella (rappresentante del

datore di lavoro).

Detto collegio veniva chiamato a pronunciarsi sull'istanza di riconoscimento della qualifica dirigenziale avanzata dalla Lavieri, sul presupposto che il concorso cui aveva partecipato contenesse i requisiti per l'accesso alla qualifica di dirigente-avvocato.

Il collegio nella seduta del 18.12.2008, con verbale di conciliazione n. 704/2008, ritenendo fondate le doglianze della Lavieri proponeva *“il riconoscimento del diritto della stessa, al fine di evitare l'alea del giudizio, all'inquadramento nella qualifica di avvocato-dirigente, ruolo professionale, previo annullamento e/o revoca e/o modifica in sede di autotutela di tutti gli atti presupposti che dovessero risultare a ciò ostativi, nonché previa trasformazione in pianta organica del posto di collaboratore tecnico professionale esperto Avvocato DS in quello di Avvocato-Dirigente – ruolo professionale”*.

Il datore di lavoro, rappresentato da Buscicchio Domenico Antonio, accettava la proposta del collegio a condizione che detto inquadramento avesse effetti giuridico-economici a far data dall'1.1.2009.

In conseguenza di tale conclusione del procedimento conciliativo l'ASL di Potenza, con delibera del Direttore Generale n.294 del 6.4.2009 provvedeva ad adottare tutti gli atti necessari a dare concreta esecuzione alla richiamata conciliazione.

La suddetta delibera, avente ad oggetto: *“Presenza d'atto del processo verbale di conciliazione rep. n.704/08 del 18.12.2008”*

veniva inviata al prescritto controllo della Regione che, con deliberazione di Giunta n.879 del 12.5.2009 pervenuta all'ASL in data 26.5.2009, denegava l'approvazione, formulando le seguenti considerazioni:

*“VERIFICATO che il provvedimento aziendale (deliberazione n.294/09) in esame;*

*1)non reca indicazioni in ordine all'espletamento delle obbligatorie procedure preventive di consultazione delle OO.SS. in violazione delle specifiche previsioni contrattuali del settore nonché del comma 1 dell'art.6 del d. lgs. 165/01;*

*2)non reca quantificazione degli oneri di spesa relativi al posto soppresso con comparazione con gli oneri derivanti dal posto di nuova istituzione, né certifica la sostenibilità di questi ultimi nel rispetto delle disposizioni finanziarie vigenti che impongono, nel caso delle amministrazioni del settore sanità, una riduzione delle spese per il personale;*

*3)risulta adottato in una fase transitoria nella quale le dotazioni organiche delle aziende istituite con legge regionale n.12/08 sono definite "provvisorie" in attesa della necessaria emanazione delle linee di programmazione sanitaria regionale finalizzate all'individuazione e differenziazione funzionate degli enti sanitari regionali (art.2 comma 1 della L. R. n.12/2008);*

*4)risulta adottato in assenza di valido "Atto Aziendale" in quanto allo stato esiste esclusivamente un atto aziendale relativo all'organizzazione strutturale e funzionale della soppressa azienda AUSL n.2 di Potenza*

*(si rammenta che la determinazione delle dotazioni organiche aziendali è definita in funzione delle peculiari funzioni, attribuzioni ed obiettivi definiti dalla programmazione sanitaria regionale così come attuati mediante la definizione dell'atto aziendale di organizzazione e funzionamento dell'azienda, fermo restando il rispetto dei vincoli di spesa imposti dalle norme finanziarie vigenti);*

*5)risulta non sciolta la riserva che il nuovo vertice strategico dell'A.S.P. ha posto in merito all'esecutività del processo verbale di conciliazione rep. N.704/2008 del 18/12/2008 e non adottati provvedimenti a difesa dell'interesse aziendale”.*

In pari data perveniva all'ASL parere legale dell'Avv. Vito Iorio relativo alla predetta delibera n.294/2009, richiesto prima delle predette valutazioni regionali ma a seguito delle osservazioni formulate dall'Ufficio del personale della Azienda Sanitaria interessata.

In detto parere l'Avvocato escludeva che il processo verbale di conciliazione fosse suscettibile di esecuzione forzata (se non per i diritti patrimoniali) ma riteneva utile *“per evitare profili di responsabilità erariale”* dare seguito agli obblighi assunti con la deliberazione n.294/2009, richiamando alcuni parziali enunciati contenuti nella sentenza della Corte costituzionale n.336/2002.

In data 17.7.2009 il direttore generale dell'ASP, Amendola Pasquale Francesco, ritenendo superati i rilievi mossi dall'ente tutore alla luce del parere reso dall'Avv. Iorio procedeva - con delibera n.723, contenente anche il parere favorevole del Direttore

Amministrativo Marra - all'inquadramento della Dott.ssa Lavieri nella qualifica di Avvocato-Dirigente "*in via provvisoria ed in soprannumero*", rendendo il provvedimento immediatamente esecutivo e non inviandolo a controllo regionale.

Successivamente l'Avv. Lavieri, partecipava utilmente ad un avviso pubblico indetto dall'Agenzia Regionale della Basilicata per le Erogazioni in Agricoltura (ARBEA), per il conferimento di incarico dirigenziale dell'Ufficio contenzioso e risorse umane, ed in data 16.10.2011 stipulava il relativo contratto di lavoro presso l'ARBEA, assumendo contestualmente lo status di collocata in aspettativa senza retribuzione presso l'Azienda Sanitaria.

Ritenendo che dalla innanzi esposta vicenda emergessero profili di danno erariale, la Procura contabile emetteva il c.d. "invito a dedurre" nei confronti degli odierni convenuti e del Direttore sanitario dell'ASL, sostenendo che "che la procedura seguita dall'ASL fosse connotata da una serie di macroscopiche e deliberate violazioni di legge che avevano avuto come conseguenza un'illegittima attribuzione di funzioni dirigenziali con conseguente aggravio di oneri per le amministrazioni interessate....".

Svoltasi la fase del c.d. "contraddittorio preliminare", il P.M. riteneva di dover archiviare la posizione del Direttore sanitario, confermando invece l'impianto accusatorio nei confronti degli odierni convenuti, nell'atto introduttivo del presente giudizio.

La citazione censura le "*condotte poste in essere dagli odierni convenuti con inescusabile negligenza dei doveri connessi all'ufficio*

*pubblico dagli stessi rispettivamente ricoperto”, puntualizzando che “l’assunto accusatorio è che non vi era alcuna giuridica possibilità di poter riconoscere la qualifica dirigenziale all’Avv. Lavieri in virtù del concorso superato e che tutto il procedimento innescato dal tentativo di conciliazione fosse artatamente finalizzato ad aggirare specifici dettami normativi attraverso la compiacente condotta di tutti i soggetti in questa sede convenuti”.*

Sottolinea il Requirente che la giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione era all’epoca già consolidata nel ritenere che era *“consentito all’amministrazione selezionare con distinti concorsi avvocati di maggiore o minore esperienza professionale, inquadrandoli rispettivamente come dirigenti e funzionari ...”* (Cass. Sez. lav. N.5869 del 2005).

Secondo la prospettazione attorea, il ricorso alla procedura conciliativa *“vero e proprio escamotage, è stato concepito ed attuato quanto meno con colpa grave per pervenire ad una soluzione che, eludendo sostanzialmente il quadro normativo vigente e l’orientamento giurisprudenziale dominante, consentisse di realizzare l’obiettivo che si era proposta la dipendente interessata senza astrattamente incorrere in alcuna responsabilità”*; quanto innanzi emergerebbe anche dall’assenza, nel procedimento conciliativo, delle *“osservazioni scritte”* con le quali l’Amministrazione, ai sensi dell’art 66, c. 4, del D. lgs n. 165/2001, deve esplicitare il non accoglimento della pretesa del lavoratore .

Ma anche la fase successiva alla conciliazione, secondo la

prospettazione attorea, è caratterizzata da numerose violazioni di legge; in particolare la delibera n. 294/2009, che recepiva l'accordo verbalizzato dal Collegio di conciliazione, risulta affetta da numerosi vizi rilevati dall'ente Regione in sede di controllo, in particolare, l'omessa quantificazione dei relativi oneri e la copertura degli stessi, l'assenza di atto aziendale e l'esistenza di un regime transitorio delle ASL ex lege n.12/2008 che impediva l'adozione di atti di straordinaria amministrazione quale la sostanziale modifica della pianta organica; la successiva delibera n. 723/2009 attribuisce poi la funzione dirigenziale alla lavoratrice richiedente, senza tener in alcun sostanziale conto le censure mosse dall'ente Regione alla precedente analoga delibera n.294/2009 e ritiene di superarle sulla scorta del generico parere reso dall'Avv. Iorio, che non si era espresso in materia.

Circa le singole responsabilità, puntualizza la citazione:

- i componenti del collegio di conciliazione (Montanarella Antonietta, quale Presidente, Iannielli Luciana quale componente indicato dal lavoratore e De Franchi Gabriella, quale componente indicato dal datore di lavoro nonché dipendente dell'ASL) investiti di un munus publicum in relazione ad un contenzioso estraneo alla competenza conciliativa, si sono resi promotori di una proposta abnorme priva in radice di alcun fondamento giuridico così ponendo in essere il presupposto per il danno in questa sede contestato: i predetti, infatti, avrebbero dovuto declinare ogni competenza in quanto le richieste avanzate della Lavieri esulavano in maniera solare

dall'ambito di operatività dell'art.410 c.p.c. (nel testo all'epoca vigente) involvendo atti di macrorrganizzazione amministrativa rimessi al giudice amministrativo e, dunque, non conciliabili;

- il rappresentante dell'ASL nel procedimento conciliativo Buscicchio Domenico Antonio, che all'epoca dei fatti svolgeva il ruolo di commissario p.t. ASL n.2 di Potenza, invece di curare gli interessi dell'Amministrazione, ha aderito alla proposta del Collegio di conciliazione palesemente illegittima e dannosa per le pubbliche finanze; né è ipotizzabile nei suoi confronti la sussistenza dell'esimente prevista dal comma 8 dell'art. 66 del D. lgs n. 165/2001, atteso che essa sussiste solo nei riguardi del rappresentante dell'amministrazione che aderisca alla proposta del Collegio che costituisca punto d'incontro tra le iniziali differenti posizioni delle parti, come precisato dalla sentenza di questa Sezione n. 96/2007;

- i convenuti Amendola Francesco Pasquale, quale Direttore generale p.t. dell'Azienda sanitaria locale di Potenza, e Marra Mario, quale Direttore amministrativo p.t., nell'adottare la delibera finale n. 723/2009, hanno omesso di tenere in considerazione l'interesse pubblico ad essi commesso e di valutare adeguatamente i rilievi mossi dalla Regione al loro operato formalizzato in un'analogo precedente delibera censurata dall'ente tutorio: essi hanno poi adottato una soluzione "transitoria ed in soprannumero" che è incompatibile con ogni canone di buona amministrazione ed è servita solo a mettere di fronte al fatto compiuto la successiva necessaria valutazione dei fabbisogni dotazionali da parte della nuova istituenda

ASL provinciale, da effettuarsi all'esito dell'esperimento di tutte le complesse procedure di legge.

Il danno che è conseguito a detti comportamenti è stato quantificato dal P.M. *“nelle differenze retributive corrisposte alla Lavieri tra la funzione apicale di funzionario e quella dirigenziale illegittimamente riconosciuta, , secondo il seguente riepilogo desunto dall'anagrafe tributaria, con riferimento al “reddito da lavoro dipendente dichiarato:*

*anno 2009: € 38.416,00; anno 2010: € 47.540,00; anno 2011: €60.588,00; anno 2012: € 78.426,00; anno 2013: € 81.267,00 (complessivamente nel quinquennio € 306.237,00).*

*Avendo presente che il reddito dichiarato nell'ultimo anno (2008) in cui è stata corrisposta la retribuzione per la qualifica di funzionario apicale, è stato di € 24.552,00, emerge che nel successivo quinquennio si sarebbe corrisposta una complessiva retribuzione pari ad € 122.760,00 con una differenza a favore della Lavieri di € 183.477,00”.*

Puntualizza ancora il Requirente in tema di danno, che *“l'evidenziata illegittimità della nomina ha inficiato anche gli atti successivi (presso l'ARBEA) in quanto l'incarico ricevuto “contra legem” non può affatto fungere da condizione di legittimazione degli incarichi successivi di analogo contenuto (cfr. Corte dei conti, Sez. Campania, sent. n.1238/2014), con la conseguenza che l'iniziale responsabilità non cessa per il passaggio della Lavieri presso altro ente.*

*Né vi può essere, in tali condizioni, alcuna “compensatio lucri cum damno”, attesa anche l’assenza di qualsiasi prova di utilità aggiunta per gli interessati dall’attribuzione di un’ennesima qualifica dirigenziale”.*

Dopo aver proposto, salvo diverso avviso del Collegio, la seguente ripartizione del danno: Amendola Francesco Pasquale: € 40.773,00, Marra Mario: € 20.386,00, Montanarella Antonietta: € 20.386,00, Iannielli Luciana: € 20.386,00, De Franchi Gabriella: € 20.386,00, Buscicchio Domenico: € 61.159,00, la citazione ha concluso affinché gli odierni convenuti siano condannati al pagamento in favore della Regione Basilicata della somma complessiva di € 183.477,00 oltre accessori di legge e spese di giustizia.

In difesa dei convenuti Buscicchio Domenico Antonio, De Franchi Maria Gabriella e Marra Mario, si è costituiti in giudizio l’avv. Giuseppe Buscicchio, l’avv. Filomena Orlando e l’avv. Gerardo Pedota, depositando in Segreteria distinte memorie, in cui sviluppano argomenti sostanzialmente sovrapponibili.

Sostengono innanzitutto i predetti difensori che il decreto di archiviazione emesso dal P.M. per gli stessi fatti, all’esito del precedente invito a dedurre, rende inammissibile il nuovo invito a dedurre e conseguente citazione, in assenza di elementi nuovi, come nella fattispecie all’esame, richiamando a sostegno di quanto innanzi la sentenza della Sez. Lazio n. 1686/2008.

Ulteriore elemento di inammissibilità della citazione, viene

Individuato dai difensori nella circostanza che la citazione si limita a riproporre gli argomenti già esposti nell'invito a dedurre, senza considerare gli argomenti difensivi svolti in sede di "contraddittorio preliminare".

Le difese si sono poi lungamente soffermate a contestare quello che identificano come il nucleo essenziale la tesi accusatoria, secondo cui *"nessuna norma di legge impone che gli avvocati degli enti pubblici debbano essere dirigenti tant'è che è pacificamente utilizzabile nella P.A. l'attribuzione della qualifica di funzionario di area D) a tali figure professionali"*.

Sul punto, riassuntivamente, evidenziano che le attività e le mansioni proprie degli avvocati degli EE PP. consistono in via esclusiva nella rappresentanza e difesa delle amministrazioni in sede giudiziale ed extragiudiziale e nella prestazione di consulenze interne, da svolgersi in piena autonomia, rispondendo del proprio operato solo al legale rappresentante dell'Ente, senza alcun vincolo di subordinazione con la struttura burocratica dello stesso Ente.

Da quanto innanzi deriva l'impossibilità di ricondurre tali mansioni - come invece fatto dall'azienda sanitaria con il contestato bando di concorso - tra quelle previste dal CCNL del Comparto del Personale del S.S.N. del 7.4.1999, relativamente al profilo di "Collaboratore tecnico professionale esperto", le cui mansioni consistono in attività preliminari ed istruttorie dei provvedimenti di competenza del Dirigente dell'unità operativa in cui è inserito il Collaboratore.

Dalla non “comprimibilità” dell’esercizio del patrocinio legale nella figura del “Collaboratore tecnico professionale esperto” regolata dal succitato CCNL, consegue, secondo la prospettazione difensiva, la necessità di inquadrare gli avvocati del SSN nel Ruolo dirigenziale, in corretta esecuzione di quanto previsto dall’art. 1, c.2, del CCNL dell’Area Dirigenza del Comparto Sanità del 5.12.1996 e dagli artt. 1 e 3 del D.P.R. n. 761/1979.

Né a diversa conclusione può portare la sentenza della Corte di cassazione n. 5869/2005, nella parte in cui afferma l’inquadrabilità degli avvocati degli EE PP sia come dirigenti, sia come funzionari, richiamata dall’attore pubblico a sostegno della propria tesi, considerato che la summenzionata pronuncia si riferisce agli avvocati del settore degli Enti locali, che ha una disciplina recata dal contratto di comparto differente sul punto da quella del comparto del Personale del S.S.N..

Alla luce di quanto innanzi, sottolineano i difensori, risulta incontestabile il diritto dell’avv. Lavieri a conseguire un inquadramento effettivamente corrispondente al profilo per il quale era stato bandito il concorso (“Avvocato”), nonché coerente con la disciplina del CCNL per la Dirigenza del SSN, considerato il principio della tipicità del contratto individuale di lavoro, che impone la riconducibilità della qualifica di inquadramento nella categoria contrattuale rinvenibile nella contrattazione collettiva del Comparto di riferimento.

I difensori si sono poi soffermati a contestare l’asserita

incompetenza del Collegio di Conciliazione, dedotta dall'attore pubblico asserendo che il tentativo obbligatorio di conciliazione ex art. 65 del D.lgs n. 165/2001 è esperibile solo per le controversie individuali di lavoro, mentre nel caso all'esame erano necessari atti di macrororganizzazione amministrativa non rimessi – in sede contenziosa – al giudice ordinario e, quindi, non conciliabili ex art. 410 c.p.c.; sul punto evidenziano che, nella fattispecie all'esame, il bene da conseguire era in via diretta il corretto inquadramento giuridico-economico, e non l'interesse legittimo alla rimozione del concorso, ovvero la rimodulazione dell'organico, per cui il Collegio di Conciliazione era pienamente legittimato ad essere investito della questione ed a pronunciarsi su di essa.

Anche le deduzioni del Requirente in ordine alla natura simulata dell'accordo raggiunto in sede conciliativa sono contestate dai difensori sottolineando che l'attore ha evidenziato mere irregolarità procedurali, che non comportano la nullità dell'accordo raggiunto, al quale va riconosciuta indubbia natura transattiva, considerata anche la rinuncia dell'avv. Lavieri ad una consistente parte del compenso spettante.

I difensori poi si sono anche soffermati ad argomentare circa l'inconsistenza e l'infondatezza dei motivi di illegittimità posti a fondamento della delibera di Giunta regionale n. 879/2009, che ha annullato la delibera n. 294/2009 dell'Azienda Sanitaria di Potenza.

Circa il danno reclamato in restituzione dall'attore pubblico, i difensori, dopo aver ricordato che l'avv. Lavieri nell'ottobre 2011 ha

cessato il servizio presso l'azienda sanitaria, avendo assunto l'incarico di Dirigente dell'Ufficio contenzioso e risorse umane dell'ARBEA, sottolineano che il servizio presso la predetta Agenzia, che ha avuto ad oggetto mansioni di indubbia natura dirigenziale, comporta il diritto alla relativa retribuzione, per cui non possono considerarsi dannose le retribuzioni percepite in relazione al servizio indubbiamente dirigenziale prestato presso l'ARBEA, la cui utilitas emerge anche dalle positive valutazioni annualmente conseguite in detta funzione.

L'avv. Bochicchio, al fine di escluderne la colpevolezza, ha anche sottolineato che il suo assistito è cessato dalla carica il 31.12.2008, e quindi non ha partecipato all'adozione degli atti di inquadramento quale dirigente della Lavieri, assunti nel 2009, invocando nei suoi confronti anche l'esimente prevista dall'art. 66, c. 8, del D lgs 165/2001 per il rappresentante dell'Amministrazione che aderisce alla proposta del Collegio di Conciliazione.

Su tali presupposti i difensori hanno concluso per il rigetto dell'avversa domanda, invocando in subordine l'applicazione del c.d. "potere riduttivo".

In difesa del dott. Amendola, si è costituito in giudizio l'avv. Iorio, depositando in Segreteria memoria nella quale sostiene che il suo assistito ha adottato la delibera n. 723/2009 sulla scorta del parere legale reso dall'odierno difensore, e degli atti istruttori adottati dai dirigenti, nella piena convinzione di dover porre in essere un atto dovuto, stante la vincolatività del Verbale di conciliazioni

precedentemente intervenuto, così che non è configurabile nei suoi confronti l'elemento soggettivo dell'invocata responsabilità.

Il difensore ha altresì sostenuto che il riconoscimento della qualifica dirigenziale nella fattispecie all'esame derivava anche dall'entrata in vigore della l.n. 27/1997, che, abolendo la distinzione tra procuratore legale ed avvocato, ha comportato un automatico inquadramento nei ruoli dirigenziali dei procuratori legali precedentemente inquadrati come funzionari di VIII livello.

Ha poi dedotto la non attribuibilità al dott. Amendola del danno relativo al periodo successivo alla cessazione dalla carica di Direttore Generale, e per il periodo successivo al trasferimento dell'avv. Lavieri presso altra amministrazione. Dopo aver anche eccepito la prescrizione quinquennale del diritto al risarcimento, il difensore ha concluso in via principale per il rigetto dell'avversa domanda chiedendo in via del tutto subordinata l'applicazione del c.d. "potere riduttivo".

In difesa della dott.ssa Montanarella si è costituita in giudizio l'avv. Latella, depositando in Segreteria memoria nella quale innanzitutto contesta l'accusa di aver trattato, quale Presidente del Collegio di conciliazione, "un contenzioso estraneo alla competenza conciliativa", sostenendo che di contro esso rientrava pienamente tra *"le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni"* che l'art. 63 del D lgs n. 165/2001 demanda alla cognizione del Giudice ordinario" ed era conseguentemente conciliabile.

Né il mancato deposito di osservazioni scritte da parte dell'Amministrazione, previsto dall'art. 66 del succitato D lgs, pure contestato dall'attore pubblico, avrebbe potuto determinare l'improcedibilità del tentativo di conciliazione.

Dopo aver sottolineato che l'accordo effettuato in sede di conciliazione non può integrare un negozio simulato, ma al contrario l'effettivo svolgimento della funzione di avvocato da parte della Lavieri determinavano la necessità di una giusta retribuzione, cosicché non è configurabile il danno erariale invocato dall'avversa parte, il difensore ha concluso per il rigetto della domanda attorea.

Nell'interesse dell'avv. Iannielli Luciana, si è costituito in giudizio l'avv. Petrucco, depositando in Segreteria memoria nella quale preliminarmente eccepisce l'inammissibilità dell'atto di citazione per aver introdotto argomenti nuovi rispetto all'invito a dedurre (la prospettazione come negozio simulato del tentativo di conciliazione) e per non aver il P.M. esplicitato i motivi per i quali il ha ritenuto di poter superare le deduzioni offerte dagli "invitati" in sede di contraddittorio preliminare.

Il difensore ha poi sostenuto che non è configurabile nei confronti della sua assistita un rapporto di servizio con l'Ente danneggiato, necessario ad integrare gli elementi dell'invocata responsabilità demandata alla cognizione del Giudice contabile; tale rapporto infatti sussiste solo per il rappresentante della P.A. in sede di conciliazione, ma non anche nei confronti del *"rappresentante della lavoratrice in seno ad un organismo con venature arbitrali"*.

Dopo aver eccepito la prescrizione quinquennale del diritto al risarcimento esercitato dalla procura, il difensore si è dilungato a sostenere la legittimità della soluzione proposta dal Collegio di conciliazione, atteso che il riconoscimento della qualifica di Avvocato Dirigente ai sensi dell'art. 1, c. 2, del CCNL dell'Area Dirigenza, era perfettamente corrispondente al profilo sostanziale indicato nel bando di concorso, considerata l'evidente impossibilità di ricomprendere l'esercizio della professione legale di Avvocato dell'Ente pubblico nella figura di "Collaboratore tecnico professionale esperto".

Per contestare le diverse considerazioni del P.M. sul punto, il difensore ha sostenuto che il contenzioso promosso dall'avv. Lavieri rientrava pienamente nelle competenze del Giudice ordinario, in funzione di Giudice del lavoro, e come tale soggetto anche al tentativo obbligatorio di conciliazione previsto dall'art. 65 del D lgs n. 165/2001.

Anche l'avv. Petruzzo ha poi contestato la possibilità per la Procura di emettere un nuovo invito a dedurre, dopo l'archiviazione della precedente istruttoria, in assenza di nuovi elementi.

Dopo aver argomentato circa l'insussistenza di un danno erariale, considerato il diritto dell'avv. Lavieri ad ottenere comunque un corrispettivo corrispondente alla funzione Dirigenziale di Avvocato comunque svolta, il Difensore ha confermato le eccezioni di inammissibilità della citazione e di prescrizione, chiedendo nel merito il rigetto dell'avversa domanda.

Nel corso degli interventi all'odierna pubblica udienza, sia il P.M.,

sia i difensori intervenuti per i convenuti, hanno ulteriormente illustrato gli argomenti svolti negli atti scritti precedentemente depositati, confermando le conclusioni ivi rassegnate.

Considerato in

## **DIRITTO**

Vanno preliminarmente scrutinate le eccezioni di inammissibilità dell'atto di citazione, sollevate dai difensori: sotto diversi profili hanno innanzitutto dedotto le difese che il decreto di archiviazione emesso dal P.M. per gli stessi fatti, all'esito del precedente invito a dedurre, rende inammissibile il nuovo invito a dedurre e conseguente citazione, in assenza di elementi nuovi.

Sul punto, giova innanzitutto sottolineare che la Corte Costituzionale ha evidenziato che *“questa Corte ha già affermato (sentenza n. 415 del 1995) che, nei giudizi di responsabilità innanzi alla Corte dei conti, l'attività anteriore alla citazione è preordinata all'eventuale instaurazione del giudizio ma non assume carattere decisorio, anche quando si concluda con un'archiviazione. Questo atto, rimesso alla determinazione propria della parte pubblica che ritenga di non dover promuovere l'azione, non ha natura di pronuncia giurisdizionale, ma chiude un'attività istruttoria diretta a verificare se sussistano le condizioni per iniziare utilmente un giudizio di responsabilità, senza che con l'archiviazione si formi giudicato o che ne derivi in alcun modo un vincolo per lo stesso ufficio del pubblico ministero”* (ordinanza n. 261/2006).

Osserva, poi, questo Collegio che, come precisato anche dalle

Sezioni Riunite di questa Corte (sentenza n. 7/2003/QM), alla norma che disciplina il procedimento nella fase del c.d. “contraddittorio preliminare” del giudizio di responsabilità (art. 5 comma 1 del d.l. n. 453 del 1993 convertito nella legge n. 19 del 1994 e modificato dall'art. 1 del d.l. n. 543 del 1996 convertito nella legge n. 639 del 1996), va attribuita natura processuale, e, conseguentemente, gli effetti ivi previsti, compresi quelli derivanti dall'avvenuta adozione da parte del P.M. del decreto di archiviazione, si devono mantenere nell'ambito del procedimento avviato con l'invito a dedurre scaturito in archiviazione, ma non possono incidere sul diritto sostanziale al risarcimento del danno,

Conferma, se pur indiretta, di quanto innanzi detto circa l'inidoneità del decreto di archiviazione ad incidere sul diritto al risarcimento del danno, si rinviene nella consolidata giurisprudenza della Corte dei conti che, sulla base dei principi esposti nella succitata pronuncia della corte Costituzionale, ha costantemente riconosciuto la possibilità per il Collegio giudicante di disporre l'integrazione del contraddittorio nei confronti degli stessi soggetti nei cui confronti il P.M. ha ritenuto di adottare il decreto di archiviazione dell'istruttoria, ed il correlato obbligo del P.M. di citare in giudizio i soggetti indicati dal Collegio, anche in presenza di un suo precedente atto di archiviazione (ex pluris cfr Sez. II appello n. 286/2003, Sez. Abruzzo n. 205/2005, Sez. Calabria n. 506/2008, Sez. Friuli Venezia Giulia n. 225/2009).

Pertanto, considerato che il decreto di archiviazione, che il

Requirente eventualmente emette a conclusione dell'istruttoria, non ha natura decisoria ed idoneità a formare giudicato, e pertanto non costituisce un limite né per il Giudice (che può comunque disporre l'integrazione del contraddittorio nei confronti del soggetto la cui posizione è stata archiviata in istruttoria) né per lo stesso P.M., non essendo espressione di un giudizio irrevocabile (in tal senso Sez. II appello n. 286/2003 e Sez. Sardegna n. 1364/2008), e considerata anche l'indisponibilità del diritto da parte dell'organo Requirente in conseguenza dell'obbligatorietà dell'azione pubblica demandata al P.M. contabile, ne consegue la possibilità per quest'ultimo - una volta "consumata" in quel procedimento la possibilità di citare in giudizio il soggetto nei cui confronti è stato disposto il decreto di archiviazione – di aprire nuovo procedimento, con un nuovo invito a dedurre, salvi eventualmente gli effetti sul diritto al risarcimento di norme "sostanziali", quali ad esempio quelle legate al decorso dei termini di prescrizione, che hanno comportato, medio termine, l'estinzione o modificazione del diritto sostanziale (come nell'ipotesi all'esame, nella quale, come si preciserà nel prosieguo della trattazione, si è verificato una parziale prescrizione al diritto al risarcimento).

Per i suddetti motivi, l'eccezione di inammissibilità della citazione all'esame, per il profilo innanzi considerato, va disattesa (in senso conforme cfr Sez. Toscana n. 1012/2000, Sez. II appello n. 286/2003, Sez. Lazio n. 1108/2002 e n. 270/2012).

Alcuni difensori (avv.ti Orlando, Buscicchio, Pedota e Petruzzo) hanno anche eccepito l'inammissibilità dell'atto introduttivo del

giudizio in quanto nulla deduce circa le argomentazioni difensive svolte in seguito alla notifica dell' invito a dedurre.

Sul punto assume rilievo il principio espresso dalle Sezioni Riunite di questa Corte dei conti che, occupandosi dei rapporti tra il c.d. "invito a dedurre" previsto dall'art. 5, comma 1, del d.l. n. 453/1993 e successive modificazioni ed il successivo atto di citazione, con sentenza n. 7/98/QM, tra l'altro, hanno precisato: *"il P.R. non è obbligato a motivare le ragioni per le quali egli ha, eventualmente anche in toto, disatteso le deduzioni fornite non determinando l'invito l'insorgere di un contraddittorio pre-processuale tra P.R. ed invitato..... L'esame valutativo delle deduzioni dell'invitato potrà, quindi, anche essere espresso dal P.R. in modo sintetico od essere persino implicito nel fatto stesso che viene emesso l'atto di citazione..."*.

Il principio posto dalle Sezioni Riunite ha trovato consolidato seguito nella giurisprudenza della Corte dei conti: ex plurimis cfr Sez. Calabria n. 327/2000, Sez. Lombardia n. 765/2002, Sez. Basilicata n. 46/2007, Sez. Puglia n. 935/2012, Sez. I centrale n. 282/2002, Sez. II centrale n. 22/2006.

Pertanto, in adesione al consolidato indirizzo giurisprudenziale della Corte dei conti, e constatato che l'atto di citazione all'odierno esame, attraverso un'adeguata esposizione della *causa petendi*, dà quanto meno implicitamente ragione dei motivi che hanno indotto l'attore a disattendere le deduzioni difensive presentate in fase di contraddittorio preliminare, l'eccezione di inammissibilità della

citazione va respinta.

Ulteriore motivo di inammissibilità della citazione viene indicato dall'avv. Petrullo nell'aver la Procura introdotto *“una eccezione assolutamente nuova e infondata, quella relativa all'aver configurato come negozio simulato l'esperimento di conciliazione ....., non contestato nell'invito a dedurre ...”*.

L'eccezione è da respingere alla luce del consolidato orientamento giurisprudenziale (ex plurimis cfr Sez. I n. 222/2004, Sez. II n. 196/2009, Sez. Liguria n. 80/2003, Sez. Sicilia n. 572/2003, Sez. Basilicata n. 199/2005) formatosi sulla base dei principi espressi dalle Sezioni Riunite (sentenze n. 7/QM/1998 e n. 14/QM/1998), secondo il quale il rapporto tra l'invito a dedurre e la citazione nel giudizio contabile non deve essere di assoluta identità, sicchè quando restino sostanzialmente immutati gli atti illeciti, è ammissibile che la domanda di risarcimento azionata con la citazione precisi e definisca con maggiore esattezza comportamenti e danni delineati nell'invito, anche aumentandone la quantificazione in esito agli elementi raccolti mediante la documentazione e le deduzioni provenienti dagli invitati.

In particolare, la già richiamata sentenza n. 7/QM/1998 ha puntualizzato: *“In buona sostanza poiché l'invito è emesso in relazione ad una ipotizzata fattispecie di danno, ma non contiene una litis contestatio, il limite di variabilità dell'atto di citazione è costituito unicamente dal quadro generale di tale ipotesi dannosa che deve essere rispettato nella sua essenza tipica di modo che la citazione stessa sia pur sempre ricollegabile alla fattispecie contestata.*

*Solo allorquando il contenuto della citazione decampi totalmente anche dal nucleo essenziale della causa petendi e petitum tipicizzanti la fattispecie dannosa ipotizzata nell'invito di modo che non possa più ad essa ricondursi ed in essa riconoscersi, può affermarsi la violazione dell'obbligo dell'invito con le sopra dette conseguenze".*

Premesso quanto innanzi, appare chiaro che il riferimento attoreo al negozio simulato costituisce soltanto un ulteriore argomento a sostegno della tesi accusatoria, restando immutato il nucleo essenziale della contestazione ed il comportamento contestati nell'invito a dedurre, sicchè non è configurabile, nella fattispecie all'esame, alcuna divergenza significativa della citazione rispetto al nucleo essenziale della *causa petendi* già ipotizzata nell'invito a dedurre.

L'avv. Petruzzo ha anche eccepito il difetto di giurisdizione nei confronti della Iannelli, che ha svolto la funzione di componente del Collegio di Conciliazione, quale rappresentante del lavoratore; ha sostenuto, in particolare, che non è configurabile nei confronti della sua assistita un rapporto di servizio con l'Ente danneggiato, necessario ad integrare gli elementi dell'invocata responsabilità demandata alla cognizione del Giudice contabile; tale rapporto infatti, secondo la prospettazione difensiva, sussiste solo per il rappresentante della P.A. in sede di conciliazione, ma non anche nei confronti del *"rappresentante della lavoratrice in seno ad un organismo con venature arbitrali"*.

Sul punto va evidenziato che il soggetto chiamato a comporre un

Collegio di Conciliazione, ancorché come “rappresentante del lavoratore”, si inserisce in un unitario organismo investito di un “munus publicum” idoneo ad instaurare il rapporto di servizio con la pubblica amministrazione; le posizioni dei singoli componenti dell’organo collegiale non sono distinguibili secondo la “provenienza” di ciascuno, venendo in rilievo - ai fini dell’invocata responsabilità - il concorso di ciascuno alla formazione della volontà collegiale, che, in particolare, nella fattispecie all’esame, si è espresso con l’unanimità dei componenti.

Riassuntivamente, sul punto all’esame, si è in presenza di un soggetto, ancorché privato, inserito in un organo investito di “munus publicum”, idoneo ad instaurare il rapporto di servizio con la pubblica amministrazione, e la cui assoggettabilità alla giurisdizione della Corte dei conti trova fondamento nell’art. 1, comma 4, della l.n. 20/1994, che dispone che *“La corte dei conti giudica sulla responsabilità amministrativa degli amministratori e dipendenti pubblici anche quando il danno sia stato cagionato ad amministrazioni o enti pubblici diversi da quelli di appartenenza....”*.

Pertanto anche l’eccezione di difetto di giurisdizione va disattesa.

Resta da esaminare l’eccezione preliminare di merito di prescrizione proposta dall’avv. Iorio e dall’avv. Petruzzo, rispettivamente nell’interesse dei convenuti Amendola e Iannelli.

In tema di illeciti (contabili) istantanei ad effetti permanenti, quali sono quelli derivanti da illegittimi inquadramenti con periodici

pagamenti di retribuzioni non dovute, le oscillazioni giurisprudenziali della Corte dei conti sono state superate dalla sentenza n. 5/2007/QM delle Sezioni Riunite che, nell'esercizio della propria funzione nomofilattica, ha confermato sostanzialmente i principi già espressi sul punto con la precedente sentenza n. 7/2000/QM.

La succitata sentenza n. 5/2007/QM, richiamando la *“regola generale recata dall’art. 2935 cod. civ., secondo cui la prescrizione inizia a decorrere dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere”*, ha posto il principio che quando *“il danno è la sommatoria di pagamenti frazionati nel tempo tutti risalenti ad un unico atto deliberativo o, comunque, ad un’unica manifestazione di volontà, la decorrenza della prescrizione va individuata nella data di ciascun pagamento”*; la pronuncia ha evidenziato che *“la diminuzione del patrimonio dell’ente danneggiato - nel che consiste l’evento dannoso - assume i caratteri della concretezza e della attualità e diviene irreversibile solo con l’effettivo pagamento”* e *“la decorrenza della prescrizione va”* pertanto *“individuata dalla data di ciascun pagamento”*.

Pertanto, facendo applicazione del suddetto principio relativamente alla fattispecie all’odierno esame, va rilevato che il primo atto utile ad interrompere il decorso del termine di prescrizione è l’ *“invito a dedurre”*, contenente contestuale costituzione in mora, che è stato notificato ai convenuti Amendola e Iannelli rispettivamente il 7/7/2014 ed il 14/7/2014.

Conseguentemente va dichiarato prescritto il diritto al richiesto risarcimento, relativamente a tutti i pagamenti effettuati nel primo

semestre dell'anno 2009, ricordando, incidentalmente, che la prescrizione non può essere rilevata d'ufficio dal giudice, ma va eccepita dalla parte che ne abbia interesse (art. 2938 c.c.) e non si estende agli altri convenuti, che non hanno avanzato analoga eccezione, nelle ipotesi sorrette dai principi di personalità e parziarietà dell'obbligazione risarcitoria, come quella all'odierno esame (ex plurimis cfr Sez. I appello n. 6/2001).

Passando all'esame del merito, le molteplici contestazioni mosse con l'atto introduttivo del giudizio, partono dall'assunto secondo il quale *“nessuna norma di legge impone che gli avvocati degli enti pubblici debbano essere dirigenti tant'è che è pacificamente utilizzabile nella P.A. l'attribuzione della qualifica di funzionario di area D) a tali figure professionali”*.

Quanto innanzi è stato diffusamente contestato dalle difese, evidenziando che le attività e le mansioni proprie degli avvocati degli EE PP. consistono in via esclusiva nella rappresentanza e difesa delle amministrazioni in sede giudiziale ed extragiudiziale e nella prestazione di consulenze interne, da svolgersi in piena autonomia, rispondendo del proprio operato solo al legale rappresentante dell'Ente, senza alcun vincolo di subordinazione con la struttura burocratica dello stesso Ente.

Da quanto innanzi deriva l'impossibilità di ricondurre tali mansioni - come invece fatto dall'azienda sanitaria con il contestato bando di concorso - tra quelle previste dal CCNL del Comparto del Personale del S.S.N. del 7.4.1999, relativamente al profilo di

“Collaboratore tecnico professionale esperto”, le cui mansioni consistono in attività preliminari ed istruttorie dei provvedimenti di competenza del Dirigente dell’unità operativa in cui è inserito il Collaboratore.

Dalla non “comprimibilità” dell’esercizio del patrocinio legale nella figura del “Collaboratore tecnico professionale esperto” regolata dal succitato CCNL, consegue, secondo le prospettazioni difensive, la necessità di inquadrare gli avvocati del SSN nel Ruolo dirigenziale, in corretta esecuzione di quanto previsto dall’art. 1, c.2, del CCNL dell’Area Dirigenza del Comparto Sanità del 5.12.1996 e dagli artt. 1 e 3 del D.P.R. n. 761/1979.

Nella contrapposta prospettazione della disciplina della materia offerta dalle parti, assume quindi rilievo quanto previsto dal CCNL del Comparto del Personale del S.S.N. del 7.4.1999, che, relativamente al profilo di “Collaboratore tecnico professionale esperto”, testualmente prevede:

*“Svolge attività prevalentemente tecniche che comportano una autonoma elaborazione di atti preliminari e istruttori dei provvedimenti di competenza dell’unità operativa in cui è inserito; collabora con i dirigenti nelle attività di studio e programmazione assicura, oltre all’espletamento dei compiti direttamente affidati, il coordinamento ed il controllo delle attività tecniche di unità operative semplici, avvalendosi della collaborazione di altro personale del ruolo tecnico cui fornisce istruzioni; assume responsabilità diretta per le attività professionali cui è preposto formula proposte operative per*

*l'organizzazione del lavoro nell'ambito dell'attività affidatagli e per la semplificazione o snellimento delle procedure eventualmente connesse. Le attività lavorative del collaboratore tecnico-professionale esperto si svolgono nell'ambito dei settori tecnico, informatico e professionale, secondo le esigenze organizzative e funzionali delle aziende ed enti ed i requisiti culturali e professionali posseduti dal personale interessato”.*

Considerato, quindi, che per il profilo di “Collaboratore tecnico professionale esperto” espressamente si prevede che “assume responsabilità diretta per le attività professionali cui è preposto”, emerge chiaramente che le difese hanno dato una “lettura” parziale del profilo professionale all'esame, quando affermano che esse si esauriscono in attività preliminari ed istruttorie dei provvedimenti di competenza dei Dirigenti, incompatibili con la piena autonomia che spetta all'avvocato interno nella rappresentanza e difesa delle amministrazioni in sede giudiziale.

Ne consegue che, contrariamente a quanto sostenuto dalle difese, anche al comparto sanitario sono riferibili i principi posti dalla Corte di Cassazione, se pur elaborati con riferimento al CCNL comparto Enti locali, che evidenziano : *“In sintesi, nel lavoro pubblico privatizzato ed in riferimento al rapporto di impiego degli avvocati "interni" dipendenti di enti pubblici, il "modo" di espletare mansioni contenutisticamente assimilabili, derivante dal superamento di una valutazione selettiva concorsuale, costituisce sufficiente elemento differenziale per l'attribuzione (di diverse qualifiche e) di distinti trattamenti retributivi ...*

*Insomma la riforma introdotta dalla citata legge n. 27 del 1997 non imponeva, ne' impone, all'Amministrazione comunale di avere un unico ruolo di avvocati municipali, tutti inquadrati come dirigenti; ma ben può essa selezionare, con distinti concorsi, avvocati di maggiore o minore esperienza professionale inquadrandoli rispettivamente come dirigenti e come funzionali” (Cass. Sez. Lavoro n. 5869/2005, analogamente si è espresso il Consiglio di Stato Sez. V n. 6336/2009).*

Ne consegue la piena riferibilità dell'attività di avvocato con quelle previste dal profilo di Collaboratore Tecnico professionale Esperto, e pertanto del tutto legittime e conformi alla contrattazione di settore appaiono le deliberazioni n. 843/2004 e n. 506/2005 con le quali l'Azienda Sanitaria, valutate le proprie esigenze organizzativo-funzionali, ed in considerazione “della significativa riduzione degli oneri di spesa” provvedeva “alla trasformazione dei due posti di Avvocato Dirigente ..... in due posti di Collaboratori Tecnico professionale Esperto – Avvocato categoria Ds”, nonché la successiva deliberazione n. 788 del 4.11.2005 con la quale revocava il concorso da “Avvocato Dirigente”, bandendo quello per “Avvocato funzionario”.

Se i comportamenti degli odierni convenuti dovessero essere vagliati solo nel momento interpretativo della compatibilità del bando di concorso con le norme di settore, potrebbe ritenersi che essi non hanno comunque raggiunto la soglia della “colpa grave”, necessaria a dar luogo alla responsabilità amministrativo-contabile.

Secondo consolidato indirizzo giurisprudenziale, sussiste la grave colpa nell'interpretazione delle leggi, allorquando in presenza di norme sufficientemente chiare ed inequivoche, il responsabile "*non ha inteso ciò che tutti (quelli con qualifica e professionalità simile) intendono*" (ex plurimis Sezioni Riunite n. 23/A del 21.5.1998, Sez. I n. 200/A del 31.10.1997, Sez. Basilicata n. 238/2011).

Nell'ipotesi all'esame, la contrattazione collettiva del comparto sanitario si esprime in maniera meno chiara ed univoca rispetto a quella del comparto Enti locali, che espressamente include nella categoria D (funzionario) il profilo professionale di avvocato.

Pur in presenza di un quadro normativo non univoco - di cui si terrà conto nel prosieguo della trattazione ai fini dell'applicazione del c.d. "potere riduttivo" dell'addebito – tuttavia, a parere del Collegio, sono gli ulteriori incongrui ed illeciti comportamenti tenuti dagli odierni convenuti che fanno ritenere poi abbondantemente raggiunta la soglia della colpa grave.

Partendo dall'analisi del procedimento relativo al "Tentativo obbligatorio di conciliazione", previsto dall'art. 65 del D.lgs n. 165/2001 - nel testo all'epoca vigente, prima delle modifiche introdotte con la l.n. 183/2010 – la Procura attrice si esprime nei seguenti termini: "*L'accordo finale configura un vero e proprio negozio simulato posto scientemente in essere da tutti gli attori in fraudem legis*", aggiungendo poi: "*...il ricorso a tale procedura, vero e proprio escamotage, è stato concepito ed attuato quanto meno con colpa grave per pervenire ad una soluzione che,*

*eludendo sostanzialmente il quadro normativo vigente e l'orientamento giurisprudenziale dominante, consentisse di realizzare l'obiettivo che si era proposta la dipendente interessata senza astrattamente incorrere in alcuna responsabilità”.*

A sostegno del proprio assunto, il Requirente evidenzia che l'Amministrazione sanitaria non ha neanche depositato le proprie osservazioni scritte, per contrastare la richiesta della dipendente nel procedimento di conciliazione, come previsto dall'art. 66, c. 4, del D.lgs n. 165/2001.

Le difese hanno replicato sostenendo che la suddetta omissione costituisce mera irregolarità che non inficia la legittimità dell'intero procedimento.

Osserva il Collegio sul punto che, indipendentemente dalla suddetta omissione, che costituisce comunque censurabile incuria nel far valere le ragioni dell'Amministrazione nel procedimento conciliativo, ciò che maggiormente rileva, è quanto emerge dal “Processo verbale di conciliazione” n. 704/08 del 18/12/2008.

Espone detto verbale circa la posizione del datore di lavoro:

*- “L'avv. Lavieri, inquadrata nel profilo di Collaboratore tecnico professionale esperto, avvocato DS, ha sostenuto un concorso che, se dal punto di vista formale fu bandito per la copertura del suddetto profilo, è identico per requisito di ammissione e prove sostenute, a quello previsto per l'accesso alla qualifica di Dirigente Avvocato – ruolo professionale;*

*- L'avv. Lavieri è stata infatti assunta per l'esercizio delle funzioni di avvocato, non riconducibili al profilo di Collaboratore tecnico professionale esperto.*

*- Il profilo di Collaboratore tecnico professionale esperto, Avvocato Ds, non è riconducibile ad alcuna categoria dei CC.NN.LL..”*

Appare di lapalissiana evidenza la perfetta coincidenza della posizione espressa dal datore di lavoro rispetto alle richieste della lavoratrice; di contro l'esperimento del "Tentativo obbligatorio di conciliazione" presuppone, naturalmente, un almeno iniziale contrasto tra le parti.

Quanto innanzi esposto porta il Collegio a condividere le considerazioni attoree sul punto.

Palese infatti la circostanza che il ricorso al Tentativo obbligatorio di conciliazione sia stato, nell'occasione, un vero e proprio *escamotage*, che attraverso la rappresentazione di un finto contrasto tra le parti, permettesse di pervenire ad una soluzione che, eludendo il quadro normativo esistente, consentisse la realizzazione dell'obiettivo perseguito dalla dipendente, in assenza di ogni responsabilità da parte dell'Amministrazione, attesa da un verso la previsione di esenzione dalla responsabilità prevista dal comma 8 del già citato art. 66 del D.lgs n. 165/2001 (sulla quale si tornerà nel prosieguo della trattazione), e da altro verso la possibilità di rappresentare l'accoglimento della richiesta della lavoratrice come atto dovuto in esecuzione del verbale di conciliazione (il che naturalmente non risponde a vero, considerato, tra l'altro, che detto

verbale si basava sulla rappresentazione di un evidente falso contrasto tra le parti).

Emerge quindi innanzitutto l'indubbia colpevolezza del convenuto dott. Buscicchio, che all'epoca dei fatti, oltre a ricoprire il ruolo di Commissario dell'ASL. N. 2, ha svolto la funzione di rappresentante dell'Amministrazione nel procedimento di conciliazione; in tale ultima veste, prima ha omesso di curare gli interessi dell'Amministrazione contrastando la richiesta della dipendente come previsto dall'art. 66, c. 4, del D. lgs n. 165/2001, poi ha inopinatamente espresso posizioni del tutto coincidenti con quella che teoricamente doveva essere "l'avversa parte" nel procedimento conciliativo; pertanto il predetto convenuto ha palesemente svolto un ruolo decisivo nel porre in essere il finto contrasto tra le parti di cui si precedentemente detto.

Né ad escludere l'affermata colpevolezza è utile la circostanza, pur evidenziata del difensore, che il dott. Buscicchio ha aderito alla (finta) proposta del Collegio purchè l'altra parte rinunciasse agli emolumenti dirigenziali maturati sino a dicembre 2009; infatti quanto innanzi non muta i termini della questione come innanzi rappresentata, ma assume rilievo solo nell'escludere la parte di retribuzione rinunciata, dal danno reclamato dall'attore.

La difesa del dott. Buscicchio ha altresì invocato l'esimente prevista dall'art. 66, c. 8, del D.lgs n. 165/2001, che recita: *"La conciliazione della lite da parte di chi rappresenta la pubblica amministrazione, in adesione alla proposta formulata dal collegio....."*

*non può dar luogo a responsabilità amministrativa”.*

L'eccezione difensiva non merita accoglimento alla luce dell'indirizzo già espresso da questa Sezione con le sentenze n. 96/2007 e n. 25/2013, che si intende confermare.

Hanno evidenziato le succitate sentenze che il presupposto perché ricorra la prevista esimente per il rappresentante della Amministrazione, è costituito dall'avvenuta conciliazione della lite sulla base della autonoma proposta formulata dal Collegio, in quanto non risulta raggiunto l'accordo tra le parti; quindi la proposta formulata dal Collegio, stante il mancato raggiungimento di un accordo tra le parti, deve costituire un punto d'incontro conciliativo - a cui il rappresentante dell'Amministrazione aderisce - fra le iniziali distanti e diverse posizioni delle parti.

Il che, palesemente, non è avvenuto nella fattispecie all'esame, ove, come già ampiamente argomentato, non sussisteva ab origine alcun contrasto tra le parti, ma è stata posta in essere una vera e propria “messinscena”, nella quale il Collegio ha recepito posizioni del tutto coincidenti.

Parimenti emerge la colpevolezza dei componenti del Collegio di conciliazione, che si sono prestati ad avallare la “messinscena” del finto contrasto, formulando *“la proposta per la bonaria definizione della controversia”*, che presuppone un contrasto tra le parti (cfr il più volte richiamato l'art. 66, c. 6, del D.lgs n. 165/2001), quando invece tra le posizioni iniziali del lavoratore e del datore di lavoro, e la proposta poi formulata dal Collegio, emerge una perfetta coincidenza.

Passando poi alla fase nella quale si è data “esecuzione” al processo verbale di conciliazione, emergono i comportamenti gravemente colposi dei convenuti dott. Amendola e dott. Marra.

La deliberazione n. 224 del 6/4/2009, avente ad oggetto “Preso d’atto del processo verbale di conciliazione n. 704/08”, adottato dal Direttore Generale dott. Amendola, con il parere del Direttore Amministrativo dott. Marra, risulta affetta dai numerosi vizi di legittimità, puntualmente evidenziati dalla Giunta regionale in sede di controllo preventivo su atti ai sensi dell’art. 44 della l.r. n. 39/2001, che infatti con delibera n. n.879 del 12.5.2009 negava l’approvazione del provvedimento.

Innanzitutto è da evidenziare che il Collegio ritiene fondate le censure di illegittimità formulate dalla Giunta regionale ed indicate con i numeri da 1) a 4) nella richiamata delibera n.879/2009, integralmente riportate nella parte “in fatto”.

Infatti, per disattendere le diverse considerazioni formulate al riguardo dai difensori, è sufficiente evidenziare che la delibera, tra l’altro, procede alla soppressione nella pianta organica della appena costituita Azienda Sanitaria di Potenza del posto di “avvocato-funzionario”, istituendo contestualmente un posto di “avvocato-dirigente” (confronta punti 2) e 3) del dispositivo); considerata quindi l’esplicita incidenza dell’atto sulle dotazioni organiche, ne consegue la piena fondatezza della censura formulata al punto 1) della delibera di giunta regionale n.879/2009 (ove si evidenzia l’omissione delle obbligatorie procedure preventive di consultazione con le

organizzazioni sindacali, previste dall'art.6, comma 1, parte prima, del D. lgs n. 165/2001), e di quelle formulate nei successivi punti 3) e 4), ove si censura l'adozione dell'atto nella fase transitoria di soppressione dell'ASL n. 2 ed istituzione dell'AS di Potenza, ai sensi della l.r. n. 12/2008, e l'assenza del necessario "atto Aziendale" che abbia preventivamente valutato anche le esigenze funzionali della neo istituita Azienda sanitaria, anche al fine della determinazione della pianta organica. Parimenti fondata appare la censura di illegittimità espressa nel punto 2), ove si rileva l'assenza di ogni comparazione tra gli oneri derivanti dalla soppressione del posto da funzionario e quelli conseguenti l'istituzione del posto dirigenziale, anche ai fini del monitoraggio della prevista riduzione di spesa per il personale; infatti la delibera si limita ad esporre la spesa annuale per il posto dirigenziale (confronta punto 3) del dispositivo).

Ma altamente censurabile appare il comportamento successivamente tenuto dai succitati vertici aziendali, che - dopo le censure di legittimità formulate dalla Giunta regionale - hanno nuovamente disposto *"l'inquadramento dell'Avvocato Maria Pia Lavieri nella qualifica di Avvocato dirigente"*, con la determina n. 723 del 17/7/2009, che non hanno neanche inviato alla Giunta regionale per il controllo previsto dalla già richiamata l.r. n. 39/2001, rendendo invece il provvedimento "immediatamente esecutivo".

La suddetta determina n. 723/2009 appare inficiata dagli stessi vizi di legittimità che la Giunta regionale aveva rilevato circa la precedente deliberazione n. 224/2009; essa, tra l'altro, richiama un

parere reso dall'Avv. Iorio che, tuttavia, non supera le censure di illegittimità precedentemente formulate dalla Giunta regionale, né poteva farlo atteso che, secondo quanto risulta dagli atti, il parere e la delibera di Giunta regionale sono pervenute all'Azienda sanitaria nello stesso giorno ( 26/5/2009).

Quindi, il comportamento dei vertici aziendali, appare di marcata gravità nell'occasione, avendo prima adottato un atto che riproponeva i profili di illegittimità precedentemente evidenziati dalla Giunta regionale, e poi, del tutto inopinatamente, hanno dichiarato l'atto immediatamente esecutivo, illegittimamente sottraendolo al controllo prescritto dall'art. 44 della l.r. n. 39/2001.

Passando alla determinazione del danno conseguente i suddetti comportamenti, esso è stato reclamato in restituzione dall'attore pubblico nella misura di € 183.477,00, pari alle differenze retributive tra la funzione apicale di funzionario e quella dirigenziale corrisposte alla Lavieri dal 2009 al 2013.

Sul punto, va preliminarmente rilevato che l'avv. Lavieri, in conseguenza della partecipazione all'avviso pubblico indetto dall'Agenzia Regionale per le Erogazioni in Agricoltura (ARBEA), nell'ottobre 2011 ha cessato il servizio presso l'Azienda sanitaria, avendo assunto l'incarico di Dirigente dell'Ufficio contenzioso e risorse umane dell'ARBEA, ove ha svolto mansioni di indubbia natura dirigenziale, anche relative alla gestione del personale.

Assume quindi rilievo l'art. 52 del D.lgs n. 165/2001, che dopo aver disciplinato i casi di legittima preposizione del lavoratore a

mansioni superiori, con diritto al relativo trattamento economico (commi da 2 a 4), dispone al comma 5: *“Al di fuori delle ipotesi di cui al comma 2, è nulla l’assegnazione del lavoratore a mansioni proprie di una qualifica superiore, ma al lavoratore è corrisposta la differenza di trattamento economico con la qualifica superiore”*.

Ha evidenziato la Corte di Cassazione, con sentenza della Sez. lavoro n. 18808/2013: *“nella materia dell’pubblico impiego contrattualizzato, il diritto al compenso per lo svolgimento di fatto di mansioni superiori, da riconoscersi nella misura indicata dal citato D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 52, comma 5 non è condizionato alla sussistenza dei presupposti di legittimità di assegnazione delle mansioni o alle previsioni dei contratti collettivi, ne’ all’operatività del nuovo sistema di classificazione del personale introdotto dalla contrattazione collettiva, posto che una diversa interpretazione sarebbe contraria all’intento del legislatore di assicurare comunque al lavoratore una retribuzione proporzionata alla qualità del lavoro prestato, in ossequio al principio di cui all’art. 36 Cost. (cfr. Cass. Cass. 20.2.2013 n. 4190, 18 giugno 2010 n. 14775 nonché, negli stessi termini, Cass. 11 giugno 2009 n. 13597, Cass. 3 febbraio 2009 n. 4367 e Cass. 11 dicembre 2007 n. 25837).*

Ne consegue che per servizio prestato dall’avv. Lavieri presso l’Arbea, ove è stata chiamata a svolgere ed ha effettivamente svolto funzioni dirigenziali, ha percepito un compenso corrispondente alla funzione effettivamente svolta, che pertanto non può ritenersi fonte di danno, ai sensi del richiamato comma 5 dell’art. 52 del D.lgs

n. 165/2001.

L'illegittimo riconoscimento degli emolumenti dirigenziali nel periodo in cui ha prestato servizio presso l'Azienda sanitaria, è invece fonte di danno erariale addebitabile agli odierni convenuti, poiché l'Azienda avrebbe potuto ricevere le stesse prestazioni senza l'aggravio di spesa, stante la legittimità dell'inquadramento nel profilo di Collaboratori Tecnico professionale Esperto – Avvocato categoria Ds.

Conseguentemente il danno va determinato con riferimento ai pagamenti disposti nel periodo intercorrente tra il mese di gennaio 2009 ed il mese di ottobre 2011, nella misura complessiva di € 66.882,00 (€ 13.864 per il 2009, € 22.988 per il 2010 ed € 30.030 per i dieci mesi del 2011).

Relativamente ai convenuti dott. Amendola e dott.ssa Iannielli, nei confronti dei quali, come precedentemente argomentato, va dichiarata la prescrizione del diritto al risarcimento del danno verificatosi nel primo semestre dell'anno 2009, il danno risarcibile va determinato in € 59.950,00 (€ 6.932 per il secondo semestre dell'anno 2009, invariati naturalmente gli importi relativi alle due annualità successive).

Poiché, come precedentemente già esposto, il Collegio ritiene di dover far applicazione del potere riduttivo nella misura del 20% del danno, in considerazione del quadro normativo non univoco recato dal CCNL del comparto sanità, il danno da addebitare agli odierni convenuti va determinato in € 53.505,60 (80% di €. 66.882,00), ed in

€ 47.960,00 (80% di € 59.950,00) per i due convenuti interessati dalla pronuncia di parziale prescrizione.

Passando alla ripartizione del danno tra gli odierni convenuti, ritiene il Collegio che il 50% - da dividersi in parti uguali - debba essere addebitato al Direttore Generale ed al Direttore Amministrativo per il comportamento marcatamente grave che hanno tenuto nel dare esecuzione al processo verbale di conciliazione ed il significativo contributo causale al verificarsi del danno, come precedentemente argomentato; conseguentemente il dott. Amendola – considerata la dichiarazione di parziale prescrizione - va condannato al pagamento di € 11.990,00, ed il dott. Marra va condannato al pagamento di € 13.376,40.

Il restante 50% va diviso in parti uguali tra il dott. Buscicchio ed i componenti del Collegio di conciliazione.

Pertanto il dott. Buscicchio va condannato al pagamento di € 13.376,40.

Il restante 25% del danno va diviso in parti uguali tra i componenti del Collegio di conciliazione; conseguentemente la dott.ssa Montanarella e la dott.ssa De Franchi vanno condannati al pagamento di € 4.458,80 ciascuno, mentre la dott.ssa Iannelli va condannata al pagamento di € 3.996,67, considerata la dichiarazione di prescrizione del diritto al risarcimento del danno relativo al primo semestre 2009.

I predetti importi vanno maggiorati degli accessori di legge, come da richiesta attorea.

Le spese di giustizia seguono la soccombenza.

**P.Q.M.**

La Corte dei conti, Sezione Giurisdizionale per la Regione Basilicata, ogni contraria domanda ed eccezione respinte:

a) Condanna i convenuti al pagamento in favore dell'Azienda Sanitaria Locale di Potenza (ASP) delle somme per ciascuno di seguito specificate: **Amendola Francesco Pasquale** € 11.990,00; **Marra Mario** € 13.376,40; **Buscicchio Domenico Antonio** € 13.376,40; **Montanarella Antonietta** € 4.458,80; **De Franchi Gabriella Maria** € 4.458,80; **Iannielli Luciana** € 3.996,67; le predette somme vanno maggiorate della rivalutazione monetaria dalla data di ciascun pagamento e sino alla data di pubblicazione della presente sentenza, nonché degli interessi nella misura legale, decorrenti dalla data di deposito della presente decisione e fino all'effettivo soddisfo.

b) Le spese di giustizia seguono la soccombenza e vengono determinate nella misura di € 1.510,99=.

Euro millecinquecentodieci/99=.

Così deciso in Potenza, nella Camera di consiglio del 22 settembre 2015.

L'estensore

(dott. Vincenzo Pergola)

F.to Vincenzo Pergola

Il Presidente

(dott. Maurizio Tocca)

F.to Maurizio Tocca

Depositata in Segreteria il 22 OTT.2015

Il Preposto alla Segreteria della  
Sezione Giurisdizionale Basilicata

Maria Anna Catuogno

F.to Maria Anna Catuogno