

di Vania Cirese
Avvocato, Foro di Roma

Vecchia intramoenia e nuove problematiche

Il reato di peculato nell'attività intramoenia

L'analisi delle tre figure giuridiche cui può ricondursi la professione medica, quella di pubblico ufficiale, di incaricato di pubblico servizio e di esercente un servizio di pubblica necessità, ci introduce a un argomento "nuovo" da un punto di vista giurisprudenziale: il peculato in regime di attività intramoenia. Che per la Cassazione non è solo "pura e semplice attività privata", come ci illustra l'avvocata Cirese in questo articolo

Medici... e pubblici ufficiali

Il medico convenzionato con il Ssn riveste la qualifica di pubblico ufficiale in quanto svolge la sua attività per mezzo di poteri pubblicistici di certificazione che si estrinsecano nella diagnosi, ammissione e nella correlativa prescrizione di esami e prestazioni alla cui erogazione il cittadino ha diritto presso strutture pubbliche, ovvero presso strutture private convenzionate.

Le impegnative che contengono richieste di esami infatti non sono delle semplici "domande" basate su giudizi e valutazioni (diagnosi o sospetto diagnostico) di carattere scientifico, ma, al pari di quelle che contengono prescrizioni di medicinali, sono espressione di un potere certificativo (vedi box in basso), in quanto, attraverso la diagnosi su cui si basano, attestano e rendono operativo un interesse giuridicamente tutelabile del cittadino, il quale è abilitato a ottenere l'erogazione della prestazione presso una struttura pubblica senza necessità di alcun controllo o autorizzazione ulteriore da parte della Usl, ovvero, per le prestazioni erogabili in regime di convenzione, presso una struttura privata "convenzionata", previa "autorizzazione" dell'Usl competente.

Anche il medico che presta la sua opera libero-professionale per una Casa di cura convenzionata, in virtù di un rapporto di natura privatistica è pubblico ufficiale in quanto partecipa delle pubbliche funzioni che la Usl svolge per mezzo della struttura privata mediante la convenzione. Del pari è pubblico ufficiale



Vania Cirese

il medico di guardia addetto ad un ambulatorio Usl, di ruolo o convenzionale, che svolge una pubblica funzione, concorrendo alla formazione delle volontà dello Stato nella tutela della salute degli assistiti.

Lo sono altresì: il medico convenzionato con l'Inam, perché munito di potestà certificativi;

i componenti le commissioni di accertamento di condizioni di invalidità (non essendo requisito indispensabile il rapporto di impiego ma essendo sufficiente la partecipazione ad attività autorizzative o certificative regolata dal diritto pubblico); il medico che compie l'accertamento di morte; i componenti del Consiglio di amministrazione di un ente ospedaliero che emettono delibere nelle materie ad esso riservate da norme di diritto pubblico (es. stipula dei contratti ecc.); gli ispettori sanitari dell'ospedale; il direttore amministrativo preposto al servizio acquisizione beni di una Usl perché manifesta la volontà dell'Usl; il primario in un ospedale dipendente da ente religioso (art. 41 l.

833/78) che svolge un servizio pubblico, in virtù delle convenzioni.

Occorre pertanto prendere in considerazione se alle mansioni strettamente diagnostiche e terapeutiche si accompagna l'esercizio di un'attività autoritativa che impegna l'ente.

La figura apicale riveste la qualità di pubblico ufficiale non solo perché è dipendente di un ente che perse-

gue fini pubblici ma anche perché esercita un'attività amministrativa, oltre quella strettamente professionale, di natura tecnica, avendo specifiche mansioni di organizzazione, direzione e disciplina del reparto cui è preposto. Infatti i sanitari ospedalieri sono considerati non più come "incaricati di pubblico servizio" a condizione che essi non esercitino insieme all'attività sanitaria attività concorrenti in modo immediato o accessorio alle formazioni della volontà della pubblica amministrazione.

Per incaricato di pubblico servizio, infatti, si intende chi, pur non essendo specificatamente un pubblico ufficiale con le funzioni proprie di tale status (certificative, autorizzative, deliberative), svolge comunque un servizio di pubblica utilità presso organismi pubblici in genere (vedi Box alla pagina seguente).



Gli elementi distintivi di un "pubblico ufficiale"

Nel nostro ordinamento, in base alle norme giuridiche vigenti (Codice Penale, Codice Civile, Leggi Sanitarie), il medico è l'esercente una professione intellettuale, attività che può essere anche ricondotta a tre figure giuridiche: pubblico ufficiale, incaricato di pubblico servizio, ed esercente un servizio di pubblica necessità

L'art. 357 del codice penale definisce "pubblico ufficiale" colui che "esercita una pubblica funzione legislativa, giudiziaria o amministrativa". È pubblica la funzione amministrativa disciplinata da norme di diritto pubblico e da atti autoritativi e caratterizzata dalla formazione e dalla manifestazione della volontà della Pubblica Amministrazione (P.A.) o dal suo svolgersi per mezzo di poteri autoritativi o certificativi.

Al riguardo occorre ricordare che:

- sono **norme di diritto pubblico** quelle che sono volte al perseguimento di uno scopo pubblico ed alla tutela di un interesse pubblico,
- il **potere autoritativo** è quel potere che permette alla P.A. di realizzare i suoi fini mediante veri e propri comandi, rispetto ai quali il privato si trova in una posizione di soggezione. Si tratta dell'attività in cui si esprime il c.d. potere d'imperio, che comprende sia i poteri

di coercizione (arresto, perquisizione ecc.) e di contestazione di violazioni di legge (accertamento di contravvenzioni ecc.), sia i poteri di supremazia gerarchica all'interno di pubblici uffici.

- il **potere certificativo** è quello che attribuisce al certificatore il potere di attestare un fatto facente prova fino a querela di falso. A titolo esemplificativo sono considerati Pubblici Ufficiali: il medico di guardia, il medico convenzionato con

Ssn, i dipendenti universitari ecc. Elemento distintivo fondamentale della qualifica di pubblico ufficiale è quindi l'esercizio di una funzione pubblica e questo significa che il pubblico ufficiale rappresenta l'ente pubblico.

Con maggior precisione: il pubblico ufficiale concorre a formare la volontà dell'ente e a rappresentarla davanti al privato: egli impegna l'amministrazione non solo sul piano contrattuale ma anche sul piano del potere e dell'autorevolezza.

La giurisprudenza attribuisce maggior importanza alle funzioni esercitate dal soggetto, piuttosto che all'ente o al soggetto che questi rappresenta. In altre parole, al fine di individuare se l'attività svol-

ta da un soggetto sia "pubblica" non rileva la forma giuridica dell'ente e la sua costituzione secondo le norme di diritto pubblico, né lo svolgimento della sua attività in regime di monopolio, né tanto meno il rapporto di lavoro subordinato con l'organismo-datore di lavoro. L'art. 357 c.p. (modificato dalle l. 86/90 e 92/181) ricollega la qualifica di pubblico ufficiale non tanto al rapporto di dipendenza tra il soggetto e la pubblica amministrazione, ma ai caratteri propri dell'attività in concreto esercitata dal soggetto agente ed oggettivamente considerato.

I profili di responsabilità del medico verso la P.A.

La qualifica di pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio pone il medico in una particolare posizione riguardo alla sua responsabilità nei confronti della pubblica amministrazione. In relazione ai profili di responsabilità amministrativa del medico alcune condotte possono avere rilevanza penale integrando gli estremi di reato.

Come è noto l'intervento della legge di riforma n. 86 del 26 aprile 1990 ha contribuito alla rivisitazione totale del capo I del codice penale e alla ridefinizione delle nozioni di pubblico ufficiale e incaricato di pubblico servizio (vedi Box a centro pagina). Di recente la qualifica pubblicistica del medico lo sta esponendo al rischio di censure per il reato "proprio" di peculato, atteso che la norma chiarisce come soggetto attivo possa essere esclusivamente un pubblico ufficiale o un incaricato di pubblico servizio. La fattispecie è di natura "plurioffensiva" perché l'interesse tutelato coincide sia con la legalità e l'efficienza dell'attività della pubblica amministrazione che con il suo patrimonio e quello di terze persone. Esso infatti tutela non solo la legalità, e l'efficienza, ma anche la probità e l'imparzialità dell'attività della pubblica amministrazione sanzionando le condotte di chi sottragga o ponga a profitto proprio o di altri denaro o cose mobili rientranti nella sfera pubblica.

Il reato di peculato nell'intramoenia

Il peculato è considerato un reato di danno, in quanto richiede che l'offesa sia intesa in senso naturalistico nei confronti del bene tutelato e, inoltre, un reato di mera condotta, poiché si perfeziona con l'esecuzione dell'azione illecita.

Per la recente giurisprudenza "integra il delitto di peculato la condotta del medico il quale, avendo concordato con la struttura ospedaliera lo svolgimento dell'attività libero-professionale consentita dal Dpr 20/5/1987 n. 270 (così detta "intramoenia"), e ricevendo per consuetudine dai pazienti (anziché indirizzarli presso gli sportelli di cassa dell'ente) le somme dovute per la sua prestazione, ne ometta il successivo versamento all'azienda sanitaria. Infatti, per quanto la qualifica di professionista di pubblico ufficiale o di incaricato di pubblico servizio non possa essere riferita al professionista che svolga attività intramuraria (la quale è retta da un regime privatistico), detta qualità deve essere attribuita a qualunque pubblico dipendente che le prassi e le consuetudini metta-



no nella condizione di riscuotere e detenere denaro di pertinenza dell'amministrazione." (In motivazione la Corte ha chiarito che nella specie assumeva rilevanza non già l'attività professionale, ma la virtuale sostituzione del medico ai funzionari amministrativi nell'attività pubblicistica di riscossione dei pagamenti. Cass. Pen. sez. IV 06/10/2004, n. 2969).

L'intramoenia, non pura e semplice attività privata

Il peculato è un reato istantaneo, che si consuma nel momento stesso in cui l'agente entra in possesso di un bene altrui per ragioni di ufficio o servizio, e ne disponga "uti dominus" ossia come se ne fosse reale proprietario.

In proposito vale la pena ricordare che la Corte di Cassazione, sezione quinta penale, ha pronunciato una complessa e interessante sentenza (n. 28187 del 09/07/2008) con la quale afferma alcuni importanti principi. Il caso ha riguardato alcuni medici dipendenti del Ssn, accusati di falso e corruzione, quindi di reati che possono essere commessi da chi svolge funzioni di pubblico ufficiale. I professionisti si erano difesi sostenendo che le loro condotte erano state tenute non in qualità di pubblici dipendenti, ma mentre svolgevano la libera professione intramuraria, per cui non potevano essere imputati di reati "tipici" del pubblico ufficiale.

La Suprema Corte, invece, non ha ritenuto che l'intramoenia sia una pura e semplice attività privata, affermando che si tratta di una attività complementare, offerta dalla struttura sanitaria pubblica perché viene svolta previa autorizzazione dell'Azienda, la quale percepisce una quota dei compensi. Il medico, che la svol-

ge quindi, non può essere considerato un libero professionista puro, ma piuttosto un pubblico ufficiale e deve pertanto rispondere anche dei reati eventualmente commessi in tale qualità. In tema di disponibilità si può notare come la nozione di possesso di denaro, ai fini della configurabilità del reato, debba intendersi non solo come comprensiva della detenzione materiale della cosa, ma anche della sua disponibilità giuridica: il soggetto agente deve essere in grado, mediante un atto dispositi-

Il peculato nel pubblico servizio

"il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio che, avendo per ragione del suo ufficio o servizio il possesso o comunque la disponibilità di denaro o di altra cosa mobile altrui, se ne appropria, è punito con la reclusione da tre a dieci anni. Si applica la pena della reclusione da sei mesi a tre anni quando il colpevole ha agito al solo scopo di fare uso momentaneo della cosa, e questa, dopo l'uso momentaneo, è stata immediatamente restituita"

vo di sua competenza, di inserirsi nella disponibilità del denaro. Pertanto in tema di peculato, il concetto di disponibilità si riferisce a quei poteri giuridici che consentono all'agente, che sia privo del possesso, di esplicitare sulla cosa quegli stessi comportamenti, uti dominus, che sostanziano la condotta di appropriazione. Non rientrano, invece, nel concetto di disponibilità quei poteri del pubblico ufficiale che possono assimilarsi non già alle facoltà del dominus, ma a quelle di un creditore in un rapporto obbligatorio.

Non risponde, pertanto, di peculato il pubblico ufficiale che omette di adempiere o adempie irregolarmente la propria prestazione, al fine di consentire al privato di evitare il pagamento di

L'"incaricato di un pubblico servizio"

L'art. 358 del codice penale definisce "la persona incaricata di un pubblico servizio", colui che "a qualunque titolo presta un pubblico servizio". L'espressione "a qualunque titolo" deve intendersi nel senso che un soggetto esercita una pubblica funzione, anche senza una formale o regolare investitura (incaricato di un pubblico servizio "di fatto"). Non rileva, infatti, il rapporto esistente tra la P.A. e il soggetto che esplica il servizio. Per "Pubblico Servizio" si intende un'attività disciplinata da norme di diritto pubblico di carattere intellettuale quanto al contenuto ma caratterizzata dalla mancanza di poteri deliberativi, autoritativi e certificativi seppur non trattandosi di semplici mansioni d'ordine a prestazioni d'opera meramente materiale. La qualifica è di rango intermedio tra le pubbliche funzioni e le mansioni materiali di un pubblico servizio. Ad esempio sono incaricati di pubblico servizio: il medico dipendente del Ssn, lo specialista convenzionato, cosiddetto "interno" che svolge attività negli ambulatori del Ssn, il medico di base e pediatra di libera scelta convenzionato ecc. Si tratta della maggioranza dei medici ospedalieri e convenzionati con il Ssn. Sono, infine, esercenti un servizio di pubblica necessità i medici liberi professionisti o "privati che esercitano professioni sanitarie", le ostetriche (art. 359 c.p.).

tà della pubblica amministrazione; d'altro canto le prestazioni in questione non risultano in alcun modo regolate da norme pubbliche (Cass., sez. VI, 12/12/1996 - 6/2/1997, n. 1128). L'attività cosiddetta intramoenia svolta dal medico ospedaliero all'interno dell'ospedale, consentita dal Dpr 20/05/1987, n. 270, è sottoposta, nel suo effettivo svolgersi, a regime privatistico. Tuttavia quando il medico proceda a falsa attestazione, per fini di favore, di accertamenti sanitari in realtà mai effettuati ricevendo il compenso corrispondente a quello previsto per le visite realmente svolte non può invocare la natura privatistica del rapporto (Cass., 20/5/1997). Il medico ospedaliero che, non avendo optato per l'attività libero-professionale intramuraria, proceda in orario di lavoro, servendosi dei locali e delle risorse dell'istituto d'appartenenza, ad effettuare visite sanitarie, agisce nella propria qualità di pubblico ufficiale (Cass., sez. VI, 22/1/2003-4/3/2003, n. 9949).

Secondo un orientamento giurisprudenziale minoritario invece occorre distinguere le situazioni nelle quali un soggetto riceve "originariamente" il denaro a proprio titolo pur essendo obbligato ad un'obbligazione "successiva" verso la pubblica amministrazione: in tali fattispecie non si ha peculato poiché, indipendentemente dalla qualifica soggettiva del percipiente, sino al termine per il versamento, il denaro resta nella disponibilità dello stesso in forza di un titolo o di una causale legittima. In tale fattispecie, quindi, il medico ospedaliero che svolgendo attività privata "intramoenia" non versa la parte spettante all'ente, riveste la qualifica non di pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio, ma di sostituto di imposta (Cass. 8.7.98, rv. 211371). Attese le oscillazioni della giurisprudenza oltre la questione in punto di diritto, pare opportuno nel caso di specie, prestare la dovuta attenzione all'elemento probatorio dell'effettiva riscossione degli importi contestati, ricercando le prove di segno certo e contrario all'addebito. **Y**

prassi e le consuetudini mettano nelle condizioni di riscuotere e detenere denaro di pertinenza dell'amministrazione.

Gli orientamenti giurisprudenziali

La giurisprudenza non è omogenea in proposito. Basti ricordare che secondo gli orientamenti degli anni Novanta il primario ospedaliero nello svolgere nell'ambito della struttura ospedaliera attività libero-professionale (cd. intramoenia) consentitagli dal Dpr n. 270 del 20/5/1987, non riveste la qualifica di pubblico ufficiale né di incaricato di pubblico servizio. Egli invero nell'esplicitare la suddetta attività si limita a mansioni di natura tecnica senza concorrere in alcun modo a formare e manifestare la volon-