

viste le leggi 14 gennaio 1994, n. 19 e 20 dicembre 1996, n. 639; visto il d.lgs. 26.8.2016 n.174.

FATTO

1. Con atto di citazione depositato il 17.7.2019, la Procura regionale citava in giudizio Miriam Marasco, dipendente a tempo pieno (collaboratore professionale sanitario cat.D4) con contratto a tempo indeterminato dell'azienda Ospedaliera "San Carlo Borromeo" di Milano (oggi ASST Santi Paolo e Carlo di Milano) dal 1992 all'epoca dei fatti di causa, esponendo quanto segue:

a) che, con esposto 13.5.2015 n.7256, il Direttore Generale dell'Azienda Ospedaliera cennata aveva segnalato alla Procura Regionale di questa Corte un possibile danno erariale arrecato dalla dipendente in epigrafe, per aver svolto, senza l'autorizzazione prescritta dall'art.53, co.7, d.lgs. n.165 del 2001, attività retribuita presso terzi dal 2007 al 2011;

b) che, solo a seguito di verifiche svolte (*ex art.1, co.56-65, l. n.662 del 1996 e ex art.53 e 60, d.lgs. n.165 del 2001*) tramite i NAS dei Carabinieri di Milano e l'Ispettorato della Funzione Pubblica (v. relazioni in atti), era emerso l'espletamento da parte della convenuta di attività libero professionali presso le aziende "General Service Soc. Coop" con sede in Massa (MS), via Massa Avenza, n. 38/B, e "Progetto salute Soc. coop a r.l." con sede in Milano, viale Lunigiana, n. 46;

c) che gli importi percepiti dalla convenuta per detta non autorizzata attività biennale erano dunque pari ad euro 18.074,38 di cui euro 3.940,00, versati alla dipendente, in qualità di infermiera, dalla Società General Service Soc., per le prestazioni libero professionali svolte dal 2007 al 2009 ed euro

	14.134,38, versati alla dipendente, in qualità di infermiera, dalla società	
	Progetto Salute Coop Sociale a.r.l., per le prestazioni libero professionali	
	svolte negli anni 2007 e 2011 (all.2 e 3 GdF e Carabinieri);	
	d) che la Marasco aveva subito due sanzioni disciplinari per tali condotte;	
	e) che, in ottemperanza all'art.53, co.7, d.lgs. n.165, l'Azienda Ospedaliera,	
	con nota 5.11.2014, aveva senza esito intimato alla Marasco di versare la	
	somma suddetta, ma che l'intimazione non aveva avuto riscontro;	
	f) che, a fronte dell'invito a dedurre la Marasco aveva riconosciuto le	
	condotte ascritte poste in essere in buona fede per esigenze economiche	
	familiari;	
	g) che la condotta dolosa si poneva in evidente contrasto con l'art.53, co.7,	
	d.lgs. n.165 del 2001 e del dovere di esclusività ivi sancito per i pubblici	
	dipendenti, norma pienamente conforme alla Costituzione.	
	Tutto ciò premesso, la attrice Procura chiedeva la condanna della	
	convenuta al pagamento della somma, al lordo, di euro 18.074,38 oltre	
	accessori e spese di lite.	
	2. Con memoria depositata il 9.9.2020 si costituiva la convenuta	
	rappresentata dall'avv.Cammareri, eccependo:	
	a) l'avvenuto leale riconoscimento delle condotte contestate alla sig.ra	
	Marasco, obbligata a parallelo lavoro privato da condizioni di indigenza per	
	uno stipendio non elevato, un figlio da mantenere con modesto contributo	
	del coniuge separato, un affitto da pagare e da gravi condizioni di salute	
	documentate;	
	b) l'incostituzionalità dell'art.53, co.7 e 7-bis, d.lgs. n.165 del 2001 sia per	
	violazione della tutela del lavoro, sia per il suo automatismo senza	

valutazione alcuna di un reale conflitto di interesse con l'attività infermieristica pubblica e senza incidenza sul rendimento lavorativo ospedaliero delle attività extralavorative;

c) la propria buona fede, svolgendo l'attività al di fuori dell'orario di lavoro, con rituali ricevute per prestazioni occasionali, con la consapevolezza che altri colleghi versavano nella tollerata medesima condizione;

d) che era comunque da quantificare l'importo reclamato al netto e non al lordo, detraendo il 20% già versato al fisco e che era ben esercitabile il potere riduttivo dell'addebito sino per il danno contestato, tenuto conto della buona fede, della qualifica non apicale, della diffusività di lavori extra tra gli infermieri all'epoca dei fatti e dell'uso primario delle somme, destinate a spese familiari, e che comunque l'importo andava reclamato al netto (detraendo il 20% della ritenuta d'acconto) e non già al lordo.

Chiedeva dunque che venisse rimessa alla Consulta la questione di legittimità costituzionale dell'art.53, co.7 e 7-bis d.lgs n.165 cit, in via gradata invocava il rigetto della domanda. In ogni caso, richiedeva l'esercizio del potere riduttivo e un esatto computo al netto della somma reclamata dalla Procura.

All'udienza del 23.9.2020, udita la relazione del magistrato designato, prof. Vito Tenore, la Procura e la difesa insistevano nella proprie richieste. Quindi la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. La questione sottoposta al vaglio della Sezione concerne un tema ormai arato sul piano giurisprudenziale e concernente la violazione dell'art.53, co.6-7bis, del d.lgs. n.165 del 2001 a seguito dell'espletamento

di attività extralavorative non autorizzate o non autorizzabili da parte di pubblici dipendenti. Sulla *ratio* della norma e sul suo inquadramento sistematico nell'ambito del generale principio di esclusività delle prestazioni nel lavoro pubblico *ex art.98 cost.*, è dunque sufficiente il rinvio a precedenti specifici, i cui enunciati generali sono da intendere qui ribaditi in ordine al riparto basico tra attività vietate (art.60 segg., richiamato dall'art.53, co.1, d.lgs. n.165 del 2001), attività autorizzabili (art.53, co.2 e 7, d.lgs. n.165 del 2001) e attività liberalizzate (art.53, co.6, d.lgs. n.165 cit.) ed alle conseguenze derivanti dall'espletamento di attività vietate o non autorizzate *ex art.53, co.7, d.lgs. n.165: ex pluribus*, C.conti, sez.Lombardia 7 maggio 2019 n. 94; id., 25 novembre 2014 n. 216, id., 30 dicembre 2014 n. 233, id., 16 aprile 2015 n.54, id., 12 ottobre 2018 n.199; id., 31 ottobre 2018 n. 216.

La fattispecie al vaglio del Collegio, già oggetto di più sentenze di questa Sezione anche specificamente su personale infermieristico (*ex multis*, cfr. 14 dicembre 2016 n.214; id., 25 novembre 2014 n. 216, 30 dicembre 2014 n. 233 e 16 aprile 2015 n.54), attiene dunque alla pretesa risarcitoria avanzata dalla Procura Regionale nei confronti di un dipendente pubblico che, nell'arco temporale 2007-2011, ha svolto attività retribuita presso terzi senza l'autorizzazione prescritta dall'art.53, co.7, d.lgs. n.165 del 2001.

2. Va premesso, prima di analizzare il merito, che è pacifica la giurisdizione di questa Corte sul mancato versamento delle somme dovute dal pubblico dipendente alla propria amministrazione ai sensi dell'art.53, co.7, d.lgs. n.165, e che la disposizione di cui al comma 7 *bis* dell'art. 53 del d.lgs. n. 165 del 2001, introdotta dalla legge n. 190 del 2012, nell'attribuire

testualmente la giurisdizione alla Corte dei Conti, non riveste carattere innovativo, ma si pone in "rapporto di continuità regolativa" con l'orientamento giurisprudenziale già delineatosi, con la conseguenza che la regola da essa esplicitata a livello di fonte legale era valida anche in precedenza, sia nell'attuale che nella pregressa formulazione (anteriore alla novella apportata dalla l. n.190 del 2012): così Cass., sez.un., 8.7.2020 n. 14237; id., sez.un., 7.4.2020 n.7737; id., sez.un., 14.1.2020 n. 415; id., sez.un., 26.6.2019 n.17124; id., sez.un., 2.11.2011 n.22688; id., sez.un., 22 dicembre 2015, n. 25769, in sintonia con pregresso e lungimirante indirizzo di questa sezione espresso, tra le altre, con sentenza C.conti, sez.Lombardia, 25 novembre 2014 n. 216, vero e proprio *leading case* in materia, avallato di recente da C.conti, sez.riun., 31 luglio 2019 n.26.

3. Sempre in via preliminare, in perfetta sintonia con l'accurata pronuncia delle sezioni riunite di questa Corte 31.7.2019 n.26, va ribadita la giurisdizione secondo rito ordinario tipico di questa Corte, come già chiarito anche da questa Sezione con risalente sentenza n. 31 del 2012, in sede di appello (cfr. Corte dei conti, Sezione I, sent. n. 406 del 2014), e in sede di decisione del conseguente ricorso per Cassazione (cfr. Cass. sez.un., n. 25769 del 2015, oltre che nel precedente nomofilattico di cui alla sent. Cass. sez.un. n. 22688 del 2011), in quanto collegata 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: va 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. La condotta omissiva del versamento del compenso da

parte del dipendente pubblico indebitato percettore, di cui al successivo art. 53, co.7 *bis*, dà quindi luogo ad un'ipotesi autonoma di responsabilità amministrativa tipizzata, a carattere risarcitorio del danno da mancata entrata per l'amministrazione di appartenenza del compenso indebitamente percepito e che deve essere versato in un apposito fondo vincolato. Dalla natura risarcitoria di tale responsabilità consegue l'applicazione degli ordinari canoni sostanziali e processuali della responsabilità, con rito ordinario, previa notifica a fornire deduzioni di cui all'art. 67 c.g.c.

4. Nel merito, giova premettere, sul piano sistematico, che, come già rimarcato nelle menzionate sentenze n. 216 e n. 233 del 2014 della Sezione, 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" 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 per lo svolgimento di attività imprenditoriali, agricole, commerciali, libero-professionali, ed altri lavori pubblici o privati: su tale ipotesi da ultimo C. conti, sez. Siciliana, 24.7.2014 n.927), 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.).

Nel caso in esame non si verte né nella prima ipotesi (attività assolutamente vietate *ex art.53, co.1, d.lgs. n.165*), stante la saltuarietà e non professionalità dei lavori svolti dalla Marasco, né nella terza (attività liberalizzate *ex art.53, co.6*), non rientrando le attività svolte dalla convenuta nel *numerus clausus* di quelle che non richiedono autorizzazione.

Pertanto, nella specie, la condotta della convenuta rientra pacificamente nella seconda tipologia, ovvero tra quelle espletabili (*ergo* non vietate in assoluto) per la loro occasionalità e "non professionalità", ma

previa autorizzazione datoriale.

Tale autorizzazione è ragionevolmente prescritta dall'art.53, co.7 al

fine di verificare in concreto:

a) se l'espletamento dell'incarico, già prima della legge n.190 del 2012

(e del d.P.R. n.62 del 2013, che esaltano l'antico e già preesistente problema

dei conflitti di interesse) possa ingenerare, anche in via solo ipotetica o

potenziale, situazione di conflittualità con gli interessi facenti capo

all'amministrazione e, quindi, con le funzioni (ad essi strumentali) assegnate

sia al singolo dipendente che alla struttura di appartenenza (problema

particolarmente delicato nel comparto Sanità);

b) la compatibilità del nuovo impegno con i carichi di lavoro del

dipendente e della struttura di appartenenza (che dovrà comunque non solo

essere svolto fuori dall'orario di lavoro, ma pure compatibilmente con le

esigenze di servizio), nonché con le mansioni e posizioni di responsabilità

attribuite al dipendente, interpellando eventualmente a tal fine il

responsabile dell'ufficio di appartenenza, che dovrà esprimere il proprio

parere o assenso circa la concessione dell'autorizzazione richiesta;

c) la occasionalità o saltuarietà, ovvero non prevalenza della

prestazione sull'impegno derivante dall'orario di lavoro ovvero l'impegno

complessivo previsto dallo specifico rapporto di lavoro, con riferimento ad

un periodo determinato;

d) la materiale compatibilità dello specifico incarico con il rapporto di

impiego, tenuto conto del fatto che taluni incarichi retribuiti sono

caratterizzati da una particolare intensità di impegno;

e) specificità attinenti alla posizione del dipendente stesso (incarichi già

autorizzati in precedenza, assenza di procedimenti disciplinari recenti o note di demerito in relazione all'insufficiente rendimento, livello culturale e professionale del dipendente);

f) corrispondenza fra il livello di professionalità posseduto dal dipendente e la natura dell'incarico esterno a lui affidato.

Questo generale regime autorizzatorio, a cui sottostanno anche le categorie di pubblici dipendenti non privatizzati (magistrati, militari, polizia, diplomatici, prefetti etc.), ha una evidente e condivisibile *ratio* sia civilistica-lavoristica che pubblicistica: consentire al datore di valutare la compatibilità di tale attività extralavorativa con il corretto e puntuale espletamento, in modo terzo ed imparziale, della prestazione contrattualmente dovuta dal lavoratore alla P.A., in ossequio anche al principio costituzionale di tendenziale esclusività (98 cost.) e di buon andamento ed imparzialità dell'azione amministrativa (art.97 cost.).

Tali considerazioni, inerenti alla preminenza dell'interesse pubblico, escludono il contrasto delle norme in argomento con parametri costituzionali, sotto i vari profili prospettati, seppur in modo vago e fumoso, dalla difesa della convenuta.

In particolare, non appare violato il canone della ragionevolezza, proprio con riferimento al bilanciamento degli interessi protetti dalle norme suddette, che tendono ad assicurare il rispetto delle regole poste a tutela della imparzialità e del buon andamento dell'azione amministrativa (cfr. T.a.r. Lazio, Sez. I-bis, 24 marzo 2016, n° 3753) e alla non arbitrarietà delle potestà amministrative esercitabili ed esercitate nella fattispecie, essendo indefettibili sia la richiesta di autorizzazione, sia l'esercizio con

ragionevolezza della discrezionalità del dirigente nel concedere o negare la stessa alla stregua di ben individuati referenti normativi, anche di rango costituzionale (segnatamente, art. 97 e art. 98 Cost.); né appare fondatamente invocabile, al riguardo, la possibile violazione dell'art. 36 della Costituzione, che – anche in considerazione dell'imperatività delle disposizioni del d. lgs. n° 165 del 2001 qui in rilievo (cfr. l'art. 1, comma 3, di detto d. lgs., per il quale *“Le disposizioni del presente decreto costituiscono principi fondamentali ai sensi dell'articolo 117 della Costituzione”*, nonché l'art. 2, comma 2, del medesimo d. lgs., per il quale *“le....disposizioni contenute nel presente decreto...costituiscono disposizioni a carattere imperativo”* - non può ritenersi dettato a protezione della remunerazione di prestazioni di lavoro eseguite, da parte di lavoratori pubblici, in carenza del previsto, ragionevole e indefettibile presupposto autorizzatorio (*ex multis*, cfr. Cons. Giust. Amm. Regione Siciliana, sede giurisd., 29 ottobre 2014, n. 591; Consiglio di Stato, Sez. III, 25 settembre 2013, n° 4745), né alcun tutelabile affidamento poteva e può riporre la convenuta nella possibilità di fronteggiare obblighi patrimoniali familiari mediante proventi derivanti dall'espletamento di attività extraprofessionale svolta in carenza del predetto, necessario presupposto autorizzativo.

Invero, l'esercizio di attività extraprofessionale remunerata, in tutti quei casi in cui la legge impone la preventiva richiesta e il necessario rilascio di autorizzazione, comporta, secondo l'ordinamento vigente, ragionevoli e cumulabili sanzioni, disciplinari e pecuniarie, tese a tutelare proprio i sunteggiati principi costituzionali.

A ciò va aggiunto, sempre in relazione alle censure di incostituzionalità sollevate dalla difesa della convenuta, che la diversità tra impiego pubblico (basato sull'espletamento in posizione di terzietà di pubbliche funzioni) e lavoro privato, e la evidente diversità fattuale e giuridica tra i due regimi posti spesso impropriamente in comparazione (il primo, normato dall'art.53, co.7, d.lgs. n.165, teso a tutelare l'esclusività del servizio pubblico reso alla Nazione ex art.98 cost., vietando e sanzionando attività ulteriori rispetto a quelle lavorative già equamente retribuite; il secondo, regolato dagli artt.2126 c.c. e dal già menzionato art. 36 Cost., teso a garantire la equa retribuzione al lavoratore privato che abbia reso al sua prestazione ancorché in base a contratto nullo), rendono non assimilabili le due situazioni e dunque ben ragionevoli entrambi i differenziati trattamenti giuridici, così come il previsto versamento dell'intero compenso nel conto dell'entrata del bilancio dell'amministrazione di appartenenza del dipendente sia con riferimento allo svolgimento di attività del tutto incompatibili con lo *status* di pubblico dipendente, sia con riferimento allo svolgimento di attività extraprofessionali autorizzabili, non vulnera il principio di eguaglianza ex art. 3 Cost., costituendo, tale obbligo di versamento, solo il substrato patrimoniale sul quale vanno, poi, ad innestarsi, differenziatamente per singola fattispecie, sia la salvezza delle "più gravi sanzioni", sia la "responsabilità disciplinare" previste dal menzionato art. 53, comma 7, del d. lgs. n° 165 del 2001, che costituiscono, nel quadro risarcitorio-sanzionatorio apprestato dal legislatore, valido e adeguato elemento di specificità riferito e proporzionato alla gravità delle singole violazioni.

L'inosservanza di tale basilare precetto sulla previa doverosa autorizzazione comporta dunque per tutti i dipendenti, compresi quelli in *part-time*, sia sanzioni disciplinari che la sanzione pecuniaria oggetto del contendere in questa sede. Recita infatti l'art.53, co.7, d.lgs. n.165 che "*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*".

5. Venendo dunque alle componenti strutturali dell'illecito amministrativo in esame, evidenti ed incontestati appaiono la condotta (non smentita ed anzi lealmente riconosciuta dalla Marasco) ed il danno determinato dalla convenuta in conseguenza del mancato riversamento del compenso percepito per le prestazioni extraprofessionali svolte senza autorizzazione nel conto dell'entrata del bilancio dell'amministrazione di appartenenza.

Parimenti sussistente è la colpa grave della Marasco 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 estrazione sindacale del convenuto, tenuto ad una ancor più compiuta conoscenza del dato contrattuale anche per tale veste associativa), appare inipotizzabile una buona fede della parte convenuta (per emulazione di altri dipendenti o tolleranza dei vertici datoriali, circostanze tra l'altro non provate). Né assume rilievo la eccellente resa lavoristica presso l'Azienda San Carlo

Borromeo dello Marasco durante l'espletamento, in orari extralavorativi, di altre attività, in quanto tale circostanza non ha alcun valore ai fini della previa autorizzazione datoriale, la cui *ratio*, come sopra rimarcato, non attiene solo alla valutazione (*ex ante* e non certo *ex post*) sulla fisica compatibilità tra attività lavorativa e extralavorativa, ma anche alla sussistenza di conflitti, anche potenziali, di interesse (che nel comparto Sanità vanno valutati con particolare rigore).

6. Passando dunque al danno ed alla sua quantificazione, va preliminarmente esclusa ogni (parziale) prescrizione quinquennale in quanto, a fronte delle date degli introiti (2007-2011), oltre all'atto con cui è stata reclamata dall'amministrazione la refusione degli stessi, che risale alla messa in mora aziendale del 5.11.2014 seguita da un invito a dedurre notificato il 5.4.2019, vi sono state due sanzioni disciplinari 26.3.2013 e 2.4.2014 n.545 (i cui testi espressamente si chiudono con la contestuale comunicazione alla Marasco del prossimo "*recupero delle somme percepite*" in base all'art.53, co.7, d.lgs. n.165, segno inequivoco della manifestata volontà di recupero di un credito datoriale: v. doc.5 e 6 Procura), seguite poi dalla suddetta nota di messa in mora 5.11.2014 dell'Azienda San Carlo agli atti e solo poi dal predetto invito a dedurre.

A ciò aggiungasi, sempre in punto di prescrizione: come già da questa Sezione statuito con sentenze 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 raggirò, callido, teso con atti commissivi al nascondimento, di cui deve lasciar baluginare l'intenzionalità” (Sez. III, 20 dicembre 2012 n. 830). Come già statuito con la già citate sentenze n. 216 del 2014 e 16 aprile 2015 n.54, 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; 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.*

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 della parte convenuta, 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) del danno erariale arrecato dalla parte convenuta da parte dell'amministrazione danneggiata, va individuata nella data dell'ispezione svolta dai NAS dei Carabinieri il 5 e il 13.12.2012 (doc.2 e 3 Procura).

Nella specie, a fronte del non palesato (in quanto non autorizzato) espletamento di dette prestazioni extralavorative da parte della Marasco, non risulta provata una pregressa conoscenza da parte del datore di lavoro (come avvenuto invece in analoga fattispecie vagliata da questa Sezione con sentenza 216/214) prima della formale messa in mora aziendale inoltrata il 5.11.2014 sulla scorta degli esiti della suddetta verifica ispettiva dei NAS, momento della “conoscibilità” del fatto dannoso.

E' incontestato, dunque, che le prestazioni extralavorative della convenuta si siano svolte in un arco temporale dal 2007-2011 e che siano state rese conoscibili solo nel 2012: l'azione della Procura è dunque tempestiva.

7. Ciò chiarito, l'importo introitato *contra legem* dalla parte convenuta, e che andava riversato all'amministrazione *ex art. 53, co. 7, d.lgs. n. 165,*

andrebbe dunque determinato in euro **18.074,38 lordi** indicati dalla Procura a seguito di analitici conteggi dei NAS agli atti.

Circa il suo computo al netto o al lordo della tassazione, ritiene tuttavia il Collegio, di optare per un computo al netto delle ritenute fiscali, come già chiarito (rispetto a minoritari avverse pronunce: C.conti, Sez. II App., nn. 86, 260 e 412 del 2019; Sez. III App., nn. 216 e 230 del 2019; id., Sez. Campania n. 14 del 14 gennaio 2010; Sez. Liguria n. 50 del 29 marzo 2013; Sez. Puglia n. 1558 del 27 novembre 2013) da pregressi e più condivisibili indirizzi di questa Corte e del giudice ordinario e amministrativo, che ben valorizzano l'avvenuto introito da parte di altre amministrazioni pubbliche (fiscali e previdenziali) di quota parte degli incassi del convenuto (v. Cass., sez.lav. 2 febbraio 2012, n. 1464 e id., 25 luglio 2018, n. 19735; Cons. Stato, sez. III, 4 luglio 2011 n. 3984; Cons.Stato Sez. VI, 2 marzo 2009 n. 1164; Tar Toscana, sez. I, 22 giugno 2017, n. 858; 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; 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; Sez.Lombardia, 14 dicembre 2016 n.214; sez. Puglia, n. 91/2018; sez. Lombardia, n. 274/2019; sez.Lombardia 7 maggio 2019 n. 94; sez. I App., nn. 150 e 271 del 2019; id., sez. Lombardia, 3.2.2020 n.11). E tale indirizzo ha di recente ricevuto avallo ad opera dell'art.150, d.l. 19 maggio 2020, n. 34 convertito con modificazioni dalla L. 17 luglio 2020, n. 77 (c.d. decreto rilancio). A tale indirizzo intende questa Sezione rifarsi, in attesa di un

autorevole pronunciamento delle Sezioni Riunite di recente adite da C.conti,

sez.I app., 16 luglio 2020 n.18/ord.

Pertanto, la somma da recuperare è quella al netto delle imposte già corrisposte dalla parte convenuta a titolo di ritenuta d'acconto, ovvero l'importo effettivamente entrato nella sfera patrimoniale del dipendente.

Pertanto, dall'importo lordo di Euro 18.074,38 lordi reclamato dalla Procura, va detratta la ritenuta d'acconto del venti per cento già operata dall'erogatore, con conseguente riduzione ad **euro 14.460 netti** dell'importo dovuto al datore.

Tale importo non può essere ulteriormente ridotto, a seguito della tassazione sul reddito imponibile, non risultando depositate le dichiarazioni dei redditi della parte convenuta tese ad evidenziare tasse ulteriori eventualmente pagate dalla convenuta nel periodo 2007-2011 a seguito degli introiti extralavorativi *de quibus*.

In ogni caso la parte convenuta, ove ritenga, sulla base di questa sentenza dagli effetti restitutori, di aver versato al Fisco (per incremento di aliquota), per gli anni tributari 2007-2011, somme in più, in quanto derivanti da redditi da lavori extra poi riversati al proprio datore ex art. 53, co. 7, d.lgs. n. 165, potrà reclamarne la refusione nelle pertinenti sedi tributarie.

Pertanto, tenuto conto dell'ineccepibile *curriculum* professionale della convenuta, del suo leale riconoscimento della condotta *contra legem*, della limitazione temporale dell'attività extralavorativa di che trattasi, della negligente carenza di attività formativa/divulgativa nella materia di che trattasi a cura dell'Amministrazione di appartenenza, da valutare in connessione alla qualifica non apicale della convenuta, e di tutte le

circostanze (familiari, reddituali e di salute) risultanti negli atti di causa, l'importo può essere ridotto, nell'esercizio ragionevole del potere riduttivo dell'addebito, ad **euro 8.100,00**, ad oggi già rivalutati, oltre interessi legali dal deposito della sentenza al saldo effettivo.

Alla refusione del predetto danno arrecato all'Azienda Ospedaliera San Carlo Borromeo di Milano, nella ridotta misura innanzi quantificata, va dunque condannata la parte convenuta.

La parte convenuta va altresì condannata al pagamento delle spese di giudizio, liquidate come da dispositivo.

8. Da ultimo, osserva officiosamente e *incidenter* il Collegio in ordine alla possibile preventiva escussione dei soggetti terzi eroganti compensi extralavorativi alla Marasco, la quale avrebbe potuto rispondere in questa sede solo in via subordinata, che tale tesi è smentita da una lettura testuale e logica dell'art. 53, co. 7, d.lgs. n. 165. Tale norma va infatti intesa nel senso che il datore-creditore della somma può reclamarla dall'erogatore esterno soltanto qualora la stessa non sia stata ancora versata al lavoratore autore di prestazione non autorizzata, oppure da quest'ultimo se la somma sia stata già corrisposta, come nel caso di specie.

Pertanto, la Sezione ritiene di aderire all'univoco indirizzo secondo cui assume un rilievo dirimente l'avvenuto pagamento o meno delle prestazioni lavorative espletate dal pubblico dipendente, in assenza della prescritta autorizzazione, consentendo in quest'ultimo caso alla Amministrazione di appartenenza di agire direttamente nei confronti del proprio dipendente, avendo questi disatteso l'obbligo di esclusività del rapporto di pubblico impiego (*in terminis* cfr. T.A.R. Lombardia, Milano

Sez. IV, 7 marzo 2013 n. 614; C. conti, Sez. Lombardia, 30 dicembre 2014 n. 233 e 16 aprile 2015 n.54).

P.Q.M.

La Corte, definitivamente pronunciando, condanna **Miriam MARASCO**, C.F. MRS MRM 73S48 F205 B, nata a Milano in data 8/11/1973, e residente in Via della Tavolera, n. 10, 20080 Vermezzo con Zelo (MI) al pagamento a favore dell'Azienda Ospedaliera San Carlo Borromeo oggi ASST Santi Paolo e Carlo di Milano, della somma di **euro 8.100,00**, già rivalutati, oltre interessi legali dal deposito della sentenza al saldo effettivo. Condanna la parte convenuta al pagamento delle spese di lite, che si liquidano in complessivi euro 223,50 (duecentoventitre/50) Così deciso in Milano il 23.9.2020

Il Presidente f.f. Rel.

Vito Tenore

DEPOSITATA IN SEGRETERIA il 30/09/2020

IL DIRIGENTE