



Avvocatura Generale dello Stato

Via dei Portoghesi, 12 -
00186 ROMA

Roma

Partenza N.

Tipo Affare CT 12074/2020- Sez. V

Avv. Romano

*Si prega di indicare nella successiva corrispondenza
i dati sopra riportati*

ENTE STRUMENTALE ALLA
CROCE ROSSA ITALIANA

Via Toscana, 12

00187 Roma

PEC: entecri@cert.entecri.it

Riferimento di nota del 13.03.2020 n. 3000/2020

OGGETTO: "Situazioni pregresse e attuali relative all'ex personale militare e civile CRI destinatario della mobilità presso altre P.A". Richiesta di parere.

Con la nota emarginata l'Ente in indirizzo ha sottoposto al vaglio della Scrivente due questioni: la prima riguardante il problema se il datore di lavoro (nonché sostituto di imposta), nel procedere alla richiesta di restituzione di somme indebitamente erogate ai propri dipendenti, debba eseguire il recupero di quanto corrisposto "al lordo" oppure "al netto" delle ritenute fiscali, previdenziali ed assistenziali operate all'atto del pagamento; la seconda attinente la possibilità di "compensare", a richiesta degli interessati, il credito vantato dall'Ente in indirizzo verso i lavoratori/percettori di somme indebite, con gli importi maturati dagli stessi dipendenti, *medio tempore* transitati in mobilità presso altre Amministrazioni, a titolo di trattamento di fine servizio (T.F.S).

Dalla nota in riferimento nonché dalla lettura dei ricorsi già proposti innanzi al TAR del Lazio da numerosi dipendenti o ex dipendenti della Croce Rossa provenienti dai ruoli militari, risulta alla Scrivente che l'Ente in indirizzo abbia intrapreso - antecedentemente alla formulazione dei quesiti innanzi richiamati - un'attività di recupero degli importi indebitamente erogati consistente nell'emissione di "note di recupero somme" inviate, nel periodo intercorrente fra il 20 gennaio ed il 14 febbraio 2020, con le quali è stato chiesto ai destinatari delle missive di corrispondere, in un'unica soluzione ed in un termine assegnato

di trenta giorni decorrenti dal ricevimento delle richieste, importi calcolati al lordo delle ritenute fiscali, previdenziali ed assistenziali. Di talché ai due quesiti formulati con la nota che si riscontra si aggiunge la necessità di analizzare un terzo profilo problematico riguardante la gestione dei contenziosi già incardinati nei confronti dell'Ente Strumentale alla Croce Rossa Italiana nei quali si discute, appunto, della ripetibilità "al netto" oppure "al lordo" delle somme indebitamente corrisposte dal datore di lavoro ai propri dipendenti.

Come noto, la questione se la ripetizione dell'indebito nei confronti del lavoratore debba avere ad oggetto esclusivamente le somme nette da quest'ultimo percepite ovvero gli importi lordi versati dal datore di lavoro è stata oggetto di un ampio contrasto tra le opposte posizioni interpretative assunte, da un lato, dalla giurisprudenza di legittimità¹ e dal Comitato Consultivo della Scrivente Avvocatura², dall'altro, da quelle del giudice contabile³ nonché dalla prassi applicativa dell'Agenzia delle Entrate⁴.

La richiamata disomogeneità esegetica ha ingenerato, sul piano pratico, l'incardinarsi di numerosi contenziosi – analoghi a quelli che coinvolgono l'Ente in indirizzo – nei quali si fa questione delle concrete modalità del recupero di somme indebitamente erogate da parte di un datore di lavoro/sostituto di imposta ai propri dipendenti sia in ipotesi di errori materiali commessi dal *solvens* (ove l'erogazione sia avvenuta in totale o parziale assenza dell'obbligo di versamento) sia in ipotesi, più frequenti, in cui la ripetizione abbia avuto ad oggetto somme liquidate dal datore di lavoro in esecuzione di sentenze emesse in secondo grado e successivamente annullate in sede di legittimità, ovvero in esecuzione di pronunzie di primo grado provvisoriamente esecutive riformate in appello.

Ciò posto, giova sin d'ora premettere che, nel dichiarato intento di "deflazionare i contenziosi civili e amministrativi nei quali si discute del diritto del datore di lavoro a pretendere la restituzione delle somme indebitamente erogate, al lordo o al netto delle ritenute fiscali" è - da ultimo - intervenuto il Legislatore con l'art. 150 del D.L. 19 maggio 2020, n. 34 c.d. "Decreto-rilancio" convertito, senza modificazioni, con la Legge 17 luglio 2020, n.77 e pubblicato sulla GU n. 180 del 18.7.2020 rubricato "*Modalità di ripetizione dell'indebito su prestazioni previdenziali e retribuzioni*".

¹ Cass., Sez. IV, sent. 2 febbraio 2012 n.1464; Cassazione Civile, sezione I, 4 settembre 2014, n. 18674; Cass. Civ. sezione Lavoro, 11 gennaio 2006 n. 239; Cass. civ sezione Lavoro, 26 febbraio 2002 n. 2844

² *Inter alia*, si v., il parere reso con riguardo all' Affare legale CS 11277/2013

³ Corte dei Conti Sez. I App., sent 2 febbraio 2016, n. 55

⁴ Risoluzione n. 110/E/2005 e n. 71/E/2008 e risposta n. 206/2019.

assoggettate a ritenute alla fonte a titolo di acconto” inserendo il comma 2 *bis* all’articolo 10 del Testo Unico delle imposte sui redditi (decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917-TUIR) in materia di oneri deducibili. Al fine, dunque, di verificare la portata del *novum* legislativo ed il relativo impatto sui richiamati contenziosi già incardinati innanzi al Giudice Amministrativo nei confronti dell’Ente in indirizzo, occorre - seppur sinteticamente - contestualizzare la novella nel panorama pretorio che il Legislatore ha inteso comporre.

Come anticipato, la produzione giurisprudenziale della Corte di Cassazione risulta costante nell’affermare il principio secondo il quale il recupero delle somme indebitamente corrisposte in favore del lavoratore può avere ad oggetto esclusivamente gli importi da quest’ultimo effettivamente introitati con la conseguenza che il datore di lavoro non può pretendere la ripetizione di somme “al lordo” delle ritenute operate all’atto del pagamento indebito, non essendo queste ultime mai entrate nella sfera patrimoniale del dipendente in quanto versate ad un soggetto terzo (*id est* l’Amministrazione finanziaria). I sostenitori di siffatta posizione interpretativa⁵ - muovendo dall’*“evidente principio per cui il solvens non può ripetere dall’accipiens, in ogni caso, più di quanto quest’ultimo abbia effettivamente percepito”* - affermano che *“il datore di lavoro può ripetere l’indebito nei confronti del lavoratore nei limiti di quanto effettivamente percepito da quest’ultimo, restando esclusa la possibilità di chiedere la restituzione di somme al lordo delle ritenute fiscali mai entrate nella sfera patrimoniale del dipendente”* conseguentemente riconoscendo, in capo al sostituto d’imposta, la possibilità di recuperare, nei confronti dell’Amministrazione finanziaria, quanto versato a titolo di imposta sulle somme corrisposte al lavoratore e poi chieste in restituzione⁶.

In definitiva, dunque, circoscritto il diritto del datore di lavoro a ripetere nei confronti del dipendente solo le somme da questi concretamente ed effettivamente incassate e, per l’effetto, riconosciuta la legittimazione al recupero della differenza presso l’Amministrazione finanziaria in capo al sostituto, la giurisprudenza di legittimità ha individuato lo strumento in concreto utilizzabile dal datore di lavoro/sostituto d’imposta al fine di conseguire la

⁵ Così, Cass., Sez. IV, ord. n. 7 dicembre 2018 n. 31766.

⁶ Invero il diritto del sostituto di imposta a richiedere il rimborso delle ritenute indebitamente versate era stato in talune pronunzie originariamente negato (Cass., Sez. trib., 19 novembre 2007, n. 23886) sulla scorta del rilievo per cui il debitore principale verso il Fisco sarebbe il percettore del reddito imponibile e non il sostituto (datore di lavoro) che esegue la ritenuta ed il successivo versamento. Detto orientamento è stato successivamente superato poiché foriero del rischio di addossare l’onere economico del pagamento dell’imposta (ritenuta) interamente su chi (il sostituto) non ha manifestato alcun indice di contribuzione in palese conflitto con il principio di capacità contributiva.

differenza tra l'importo lordo fuoriuscito e la somma netta percepita dal lavoratore nell' art. 38 del D.P.R. n. 602/1973 a mente del quale *“Il soggetto che ha effettuato il versamento diretto può presentare all'intendente di finanza nella cui circoscrizione ha sede l'esattoria presso la quale è stato eseguito il versamento istanza di rimborso, entro il termine di decadenza di quarantotto mesi dalla data del versamento stesso; nel caso di errore materiale, duplicazione ed inesistenza totale o parziale dell'obbligo di versamento.”*

A fronte dell' orientamento innanzi tratteggiato - in base al quale il datore di lavoro, nel ripetere nei confronti del dipendente somme erroneamente corrispostegli, può recuperare solo gli importi effettivamente percepiti dallo stesso, al netto e non al lordo delle relative ritenute operate, potendo chiederne, quale sostituto d'imposta, il rimborso al fisco, ai sensi dell'art. 38 del D.P.R. n. 602 del 1973 - si è sviluppato, come anticipato, un diverso indirizzo interpretativo ed applicativo sostenuto dalla giurisprudenza contabile e dalla prassi amministrativa dell'Agenzia delle Entrate.

In base a detta impostazione, più in particolare, l'azione di ripetizione ben può essere esercitata con riferimento all'importo indebitamente corrisposto al lordo delle ritenute fiscali, previdenziali ed assistenziali cui le somme sono state assoggettate al momento della relativa erogazione tanto sulla scorta del rilievo per cui sarebbe non corretto ritenere - come sostenuto dall'opposta tesi ermeneutica - che l'ammontare delle ritenute *“non sia entrato nel patrimonio del lavoratore- sostituito”*. Invero, si fa notare come attraverso il meccanismo della sostituzione il Legislatore abbia inteso rafforzare il proprio diritto di percepire le imposte ponendo obblighi tributari a carico di soggetti diversi dal contribuente economicamente inciso dal prelievo fiscale, *“ma il pagamento effettuato dal sostituto d'imposta, con denari del sostituito e nell'interesse del sostituito, ridonda a favore del sostituito che, se avesse materialmente ricevuto l'intera somma dovutagli avrebbe poi dovuto provvedere a versare al fisco l'importo delle imposte gravanti sulla sua entrata patrimoniale. Con la conseguenza che non si può certo dire che l'importo delle imposte pagate, invece del sostituito dal sostituto d'imposta, non siano "entrate" nel patrimonio del percettore: non vi saranno entrate materialmente, ma ciò avviene solo perché l'Erario non si fida e accolla ad altro soggetto (il debitore del percettore) il pagamento dell'imposta”*⁷. L'impostazione innanzi richiamata è stata, invero, condivisa anche da parte della dottrina la quale ha osservato che la restituzione dell'importo indebitamente percepito dovrebbe avvenire al lordo delle ritenute subite affermando che *“l'arricchimento del dipendente va quantificato al lordo di quanto trattenuto dal datore di lavoro e versato*

⁷ Corte dei Conti Sez. I App., Sent., 2 febbraio 2016, n. 55

*all'Erario nell'interesse del lavoratore, tant'è che l'imposta complessivamente dovuta è calcolata sul reddito lordo, e non sul netto*⁸.

La conclusione secondo la quale il datore di lavoro è legittimato ad ottenere la restituzione delle somme indebitamente percepite dal sostituto al lordo delle trattenute operate è stata argomentata, dal punto di vista positivo, facendo leva sul dettato dell'art. 10, comma 1, lett. *d-bis*) del T.U.I.R, nella parte in cui - prima della accennata novella rappresentata dall' art. 150 del D.L. 19 maggio 2020, n. 34 - prevedeva che *“dal reddito complessivo si deducono, se non sono deducibili nella determinazione dei singoli redditi che concorrono a formarlo le somme restituite al soggetto erogatore, se assoggettate a tassazione in anni precedenti. L'ammontare, in tutto o in parte, non dedotto nel periodo d'imposta di restituzione può essere portato in deduzione dal reddito complessivo dei periodi d'imposta successivi; in alternativa, il contribuente può chiedere il rimborso dell'imposta corrispondente all'importo non dedotto secondo modalità definite con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze”*.

Sulla base del richiamato dato normativo è stato, più in particolare, sostenuto che l'ordinamento riconosce al dipendente, tenuto alla restituzione dei redditi indebitamente percepiti al lordo, la possibilità di recuperare le imposte globalmente corrisposte, sui redditi oggetto di restituzione, mediante la deduzione di cui all'art. 10, comma 1, lett. *d-bis*), del T.U.I.R giungendosi ad affermare - invocando la necessità di praticare un' *“interpretazione utile”* della disposizione - che *“la presenza nell'ordinamento dell'onere deducibile di cui alla lett. d-bis) in esame presuppone che la somma restituita sia stata assoggettata a tassazione”*⁹.

Sulla scorta di siffatta interpretazione dell'art. 10, comma 1, lett. *d-bis*), del T.U.I.R l'orientamento in parola ha sostenuto, in definitiva, che l'istanza di restituzione dell'importo pagato dal datore di lavoro possa essere rivolta al lavoratore al lordo e non al netto delle ritenute operate all'atto del pagamento, tanto sul rilievo per cui nel momento in cui il sostituto recupera l'ammontare lordo delle somme indebitamente corrisposte si riduce la base imponibile ai fini dell'Irpef del lavoratore per un importo pari a quello delle somme che formano oggetto di recupero e, pertanto, l'originario maggiore peso impositivo sostenuto

⁸ A. Carinci, *“Il recupero delle ritenute versate da parte del datore di lavoro su somme restituite dal dipendente”*, in *Corr. Trib.*, n. 18/2013, pag. 1431.

⁹ Risposta 206/2019 dell'Agenzia delle Entrate. Dello stesso avviso anche alcune pronunzie di merito tra le quali Corte App. Brescia n. 19/2017 *“con l'art. 10 comma 1 lett. d-bis) del T.U.I.R il legislatore fiscale ha introdotto [...] un nuovo onere deducibile nella consapevolezza che il sistema dei rapporti tra Erario, sostituto e sostituito, comporta che il recupero nei confronti del contribuente delle somme a suo tempo erogate, avvenga al lordo delle imposte che il soggetto erogatore ha versato all'Erario in qualità di sostituto”*

nell'anno del percepimento da parte del sostituto, verrebbe neutralizzato, attraverso il riconoscimento di un onere deducibile di corrispondente ammontare, dalla riduzione dell'imponibile nell'anno della restituzione.

Proprio sull'addentellato normativo della tesi favorevole alla legittimazione del datore di lavoro ad ottenere la restituzione delle somme indebitamente percepite dal sostituto al lordo delle trattenute operate ha inciso l'articolo 150 del D.L. 19 maggio 2020, n. 34 prevedendo quanto segue: *"1. All'articolo 10 del testo unico delle imposte sui redditi, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, dopo il comma 2 è inserito il seguente: "2-bis. Le somme di cui alla lettera d-bis) del comma 1, se assoggettate a ritenuta, sono restituite al netto della ritenuta subita e non costituiscono oneri deducibili. 2. Ai sostituti d'imposta di cui all'articolo 23, comma 1 e all'articolo 29, comma 3, del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 600, ai quali siano restituite, ai sensi del comma 2-bis dell'articolo 10 del testo unico delle imposte sui redditi, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, le somme al netto delle ritenute operate e versate, spetta un credito d'imposta pari al 30 per cento delle somme ricevute, utilizzabile senza limite di importo in compensazione ai sensi dell'articolo 17 del decreto legislativo 9 luglio 1997, n. 241 3. Le disposizioni di cui al comma 1 si applicano alle somme restituite dal 1° gennaio 2020. Sono fatti salvi i rapporti già definiti alla data di entrata in vigore del presente decreto"*.

L'articolo 150 del D.L. 19 maggio 2020, n. 34 - pertanto, attraverso l'inserimento del comma 2-bis nell'articolo 10 del TUIR ha previsto che la restituzione delle somme al soggetto erogatore debba avvenire al netto della ritenuta operata e versata al momento della corresponsione delle stesse in favore del percettore con la specificazione per cui la nuova disciplina e, dunque, il regime del recupero "al netto" si applica alle somme restituite dal 1° gennaio 2020 facendo, comunque, salvi i rapporti già definiti al 19 maggio 2020, data di entrata in vigore del c.d. "Decreto Rilancio"

Nella relazione illustrativa che accompagna la norma in esame, per quel che in questa sede interessa, si legge: *"**La modifica normativa** ha la finalità di deflazionare i contenziosi civili e amministrativi nei quali si discute del diritto del datore di lavoro (nonché sostituto di imposta) a pretendere la restituzione delle somme indebitamente erogate, al lordo o al netto delle ritenute fiscali operate all'atto del pagamento. **In base alla normativa vigente, la restituzione dovrebbe essere operata solo al lordo delle ritenute subite secondo le modalità stabilite dall'art. 10, comma 1, lett. d-bis), del TUIR**, in base alla quale sono deducibili dal reddito complessivo «le somme restituite al soggetto erogatore, se assoggettate a tassazione in anni precedenti. L'ammontare, in tutto o in parte, non dedotto nel periodo d'imposta di restituzione può essere portato in deduzione dal reddito complessivo dei periodi d'imposta*

successivi; in alternativa, il contribuente può chiedere il rimborso dell'imposta corrispondente all'importo non dedotto secondo modalità definite con decreto del Ministro dell'Economia e delle Finanze». Tuttavia, secondo l'indirizzo giurisprudenziale prevalente la ripetizione dell'indebito nei confronti del percettore non può che avere ad oggetto le somme che questi abbia effettivamente percepito in eccesso, non potendosi pretendere la restituzione di importi al lordo di ritenute fiscali mai entrate nella sfera patrimoniale del percettore. La modifica normativa, pertanto, attraverso l'inserimento dei commi 2-bis e 2-ter nell'articolo 10, del TUIR, prevede che la restituzione delle somme al soggetto erogatore deve avvenire al netto della ritenuta operata al momento dell'erogazione delle stesse, fermo restando la modalità di restituzione al lordo di cui alla lettera d-bis), comma 1, del medesimo articolo 10 del TUIR, nel caso in cui non sia stata applicata la ritenuta”.

Il Legislatore, nell'intervenire sulla questione in esame, ha dunque esplicitato che, in base alla normativa vigente prima del 19 maggio 2020¹⁰ il datore di lavoro (nonché sostituto di imposta), nel procedere alla richiesta di restituzione di somme indebitamente erogate ai propri dipendenti, avrebbe potuto – come risulta aver fatto l'Ente in indirizzo – eseguire il recupero di quanto corrisposto “al lordo” delle ritenute operate all'atto del pagamento. Senonché, al fine, da un lato, di deflazionare il contenzioso in materia e, dall'altro, di porre in essere misure di sostegno economico in favore dei lavoratori connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19, il Legislatore ha introdotto quella che egli stesso definisce – segnando una discontinuità rispetto alla disciplina previgente – una “*modifica normativa*” con la quale – tenendo conto della giurisprudenza prevalente sviluppatasi sotto la vigenza della previgente disciplina – afferma che le restituzioni debbano avvenire al netto della ritenuta operata al momento dell'erogazione al percettore.

Invero, la disciplina vigente fino al 19 maggio 2020, così come invece letta dalla giurisprudenza contabile e dalla prassi dell'Agenzia delle Entrate ed alla quale risulta essersi conformato l'Ente in indirizzo, comportava, sul piano pratico, per i dipendenti un sostanziale aggravio atteso che per il lavoratore, una deduzione dal reddito, per di più da effettuarsi nell'anno successivo alla restituzione, delle imposte versate sui redditi indebitamente percepiti non poteva dirsi equivalente, sul piano pratico, alla restituzione della somma ricevuta al netto delle imposte. In altri termini, con la restituzione delle somme “al lordo” ciascun dipendente di fatto era oggettivamente tenuto a porre in essere un pagamento per un importo superiore a quanto effettivamente introitato, mentre la possibilità di dedurre tale importo dal reddito imponibile dell'anno successivo al percepimento si traduceva in una forma di “agevolazione fiscale” da cui conseguiva una riduzione dell'imponibile la quale, a

¹⁰ *Incipit* del secondo periodo della relazione illustrativa

sua volta, si traduceva (secondo i redditi) in un ridotto risparmio d'imposta certamente non equiparabile, sul piano economico, alla restituzione delle somme indebitamente introitate al netto delle ritenute operate.

Sulla scorta del quadro innanzi tracciato e venendo alla soluzione pratica del quesito formulato, si pone il problema della legittimità o meno delle richieste di restituzione "al lordo" formulate dall'Ente in indirizzo in data antecedente all'entrata in vigore del D.L. "Rilancio". In proposito sebbene, in chiave difensiva, sia stato valorizzato, nelle memorie difensive depositate nei giudizi cautelari già instaurati nei confronti dell'Ente in indirizzo, il passaggio della relazione illustrativa che qualifica l'art. 150 come una "*modifica normativa*" conseguentemente deducendosi che l'operato dell'Ente in indirizzo, consistente nel trasmettere in data antecedente al 19 maggio 2020 istanze di recupero al "lordo", debba ritenersi non contrastante con la disciplina in vigore al momento in cui le azioni di recupero sono state intraprese, ritiene la Scrivente che tale strada non sia utilmente percorribile nel prosieguo del giudizio di merito.

Visti i precedenti pareri resi dal Comitato Consultivo prima della novella normativa, considerato il costante orientamento del Giudice Amministrativo adito dagli ex dipendenti dell'Ente in indirizzo nel senso che "*la ripetizione dell'indebito nei confronti del dipendente non può non avere ad oggetto le somme da quest'ultimo "percepite" in eccesso, vale a dire quanto e solo quanto effettivamente sia entrato nella sfera patrimoniale del dipendente*"¹¹, preso atto della circostanza – rappresentata per le vie brevi – per cui comunque nessun pagamento risulta essere pervenuto all'Ente Strumentale in adempimento di "note di recupero somme" indirizzate ai lavoratori, rilevato altresì che la nuova norma si applica alle restituzioni effettuate dopo il 1° 01.2020, a prescindere dalla data della relativa richiesta, e, come tale, riguarda dunque anche i rapporti di credito/debito oggetto del quesito formulato con la nota che si riscontra in quanto ancora pendenti alla data di entrata in vigore del decreto, il quale fa espressamente salvi i soli rapporti a questa data già definiti, preso altresì atto del contenuto dell'ordinanza n. 4770/2020 pubblicata dal TAR del Lazio in data 15 luglio 2017 nel giudizio incardinato dai dipendenti Agostini ed altri contro l'Ente in indirizzo nella parte in cui – pur obliterando ogni

¹¹ Consiglio di Stato, sez. III, 4 luglio 2011 n.3984; Consiglio di Stato, sez. VI, 2 marzo 2009, n.1164, Tar Lombardia n.2789/2014; Tar Umbria n.559/2013; Tar Lazio, n.2661/2013.

riferimento alla modifica normativa in esame - ha ritenuto il ricorso *ex adverso* proposto assistiti dal *fumus di fondatezza*, la Scrivente ritiene che l'Amministrazione in indirizzo debba provvedere ad inoltrare ai dipendenti già percettori di somme indebite nuove note sostitutive di quelle precedentemente inviate recanti la modifica diminutiva del *quantum* richiesto, giusta il disposto dell'art. 150 del D.L. 19 maggio 2020, n. 34, calcolando la somma oggetto della ripetizione al netto delle ritenute fiscali, previdenziali ed assistenziali operate e chiedendo, alla luce dello *jus superveniens* innanzi analizzato, l'adesione delle controparti all'abbandono del giudizio pendente a spese compensate.

Conclusivamente, muovendo dal rilievo per cui in caso di indebita erogazione di denaro al pubblico dipendente, la ripetizione delle somme erroneamente corrisposte si atteggia come comportamento doveroso e non rinunciabile direttamente imposto dall'art. 2033 cod. civ., in quanto correlato al perseguimento delle finalità di pubblico interesse alle quali sono istituzionalmente destinate le somme indebitamente erogate, il diritto-dovere al recupero delle somme indebitamente corrisposte andrà esercitato ed adempiuto, da parte dell'Ente in indirizzo, sulla base del netto percepito dai dipendenti.

Tanto chiarito, è possibile muovere all'esame del secondo quesito attinente la possibilità di "compensare", a richiesta degli interessati, il credito, pari alle somme nette oggetto del recupero vantato dall'Ente Strumentale alla Croce Rossa Italiana verso i percettori con gli importi maturati dai dipendenti, *medio tempore* transitati in mobilità presso altre Amministrazioni, a titolo di trattamento di fine servizio (T.F.S.).

Ebbene, sul punto occorre preliminarmente chiarire che la compensazione prevista dall'art. 56 del R.D. 16 marzo 1942, n. 267 presuppone la sussistenza di tutti i requisiti contemplati dalla norma più generale contenuta nell'art. 1243 c.c. ed, in particolare, l'esistenza o, comunque, l'esigibilità del credito opposto in compensazione. È necessario - pertanto - chiedersi se i dipendenti transitati in mobilità, cui si riferisce il quesito formulato, siano o meno titolari di un credito esigibile pari all'importo del trattamento di fine servizio da opporre in compensazione al credito di cui è titolare nei loro confronti l'ESACRI pari all'ammontare netto delle somme indebitamente corrisposte in favore degli stessi lavoratori.

In proposito, la risposta non può che essere negativa sulla scorta di quanto già esposto nel parere reso dalla Scrivente in relazione all'affare legale 25947 del 2018¹² nella parte in cui si

¹² In risposta alla nota n. 0022204 del 12/06/2018

chiarisce, con riguardo alle procedure di mobilità interessanti il personale dipendente, trasferito direttamente da un'Amministrazione ad altra, senza soluzione di continuità nel rapporto di lavoro, che *"la mobilità non integra, infatti, gli estremi della cessazione o della novazione del rapporto, con conseguente costituzione di uno nuovo alle dipendenze dell'Ente di destinazione, bensì configura una mera modificazione soggettiva della parte datoriale, conservando il lavoratore le situazioni giuridiche soggettive (attive e passive) derivanti dal rapporto giuridico, che prosegue in capo alla nuova parte (così Cass. civ. Sez. VI - Lavoro, Ord., 09/08/2016, n. 16846). Ne deriva, quindi, che il passaggio tra un'Amministrazione ed un'altra, per effetto delle procedure di mobilità, non dà luogo alla cessazione del rapporto di lavoro e, pertanto, non consente di ritenere integrato il presupposto di esigibilità del credito al TFR, che potrà sorgere (secondo la tesi prevalente) o comunque essere richiesto in pagamento (secondo la tesi minoritaria, che ammette la nascita del TFR in costanza del rapporto) soltanto al momento della cessazione del rapporto presso l'Amministrazione di destinazione."*

Sicché, in definitiva, l'inconfigurabilità, in capo ai lavoratori in mobilità presso altre Amministrazioni, di un credito esigibile al pagamento del TFR/TFS rappresenta una ragione impeditiva assorbente rispetto all'operatività dell'invocato meccanismo compensativo di cui all'art. 56 L. fall.

IL PROCURATORE INCARICATO
VALERIA ROMANO

IL VICE AVVOCATO GENERALE
LEONELLO MARLANI

"Firme autografe sostituite dall'indicazione a stampa dei nominativi dei firmatari ai sensi dell'art. 3, comma 2, del d.lgs. 12 febbraio 1993, n. 39"