



n. 30441

Sent. 181/2023

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE DEI CONTI

Sezione giurisdizionale per la Regione Lombardia

composta dai seguenti Magistrati:

Antonio Marco Canu

Presidente

Gabriele Vinciguerra

Giudice

Walter Berruti

Giudice relatore

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nel giudizio di responsabilità amministrativa iscritto al n. 30441 del registro

di segreteria, promosso dalla Procura regionale nei confronti di

FALLINI Dott.ssa Monica, c. f. FLLMNC67L69C623L, nata a Chiavenna

(SO) il 29.07.1967 e residente in Svizzera, rappresentata e difesa dall'Avv.

Enrica Luigina Tedeschi ed elettivamente domiciliata presso il suo studio in

Milano, Via M. Melloni n. 28, giusta procura in calce alla memoria di

costituzione.

Uditi, all'udienza del 12 luglio 2023, con l'assistenza del Segretario Dott.

Antonio Dell'Unto, il Pubblico ministero Francesco Foggia e l'Avv. Enrica

Luigina Tedeschi per la convenuta.

Considerato in

FATTO

La Dott.ssa FALLINI Monica, medico oncologo con contratto di lavoro a

tempo pieno e indeterminato, in regime di non esclusività, presso l'ASST

Nord Milano sino al 15 dicembre 2021, data delle dimissioni volontarie, è stata

convenuta in giudizio dalla Procura regionale con atto di citazione del 14 - 29

marzo 2023 per avere svolto, almeno fino a tutto l'anno 2019, incarichi

incompatibili con il pubblico impiego e in particolare:

- attività di lavoro libero-professionale presso il Centro Salute Poliambulatori

S.r.l., società accreditata con il SSN (dal 6 febbraio 2012) con sede in Piantedo

(SO) dal 2012 al 2016 per compensi totali pari ad euro 3.114,59, di cui euro

2.276,59 percepiti dopo l'accreditamento;

- attività di lavoro subordinato alle dipendenze della Atlantis Immo Consulting

s.a., società esercente in materia immobiliare con sede in Svizzera, facente

capo al padre, dal 2012 al 2019, per compensi totali pari ad euro 86.779,17

(CHF 96.421,30) al lordo delle ritenute alla fonte ovvero CHF 88.321,44 al

netto.

La Procura regionale contesta la violazione delle seguenti norme: art. 60 del

D.P.R. n. 3/1957 (a mente del quale *“L'impiegato non può esercitare il*

commercio, l'industria, né alcuna professione o assumere impieghi alle dipendenze di privati o accettare cariche in società costituite a fine di lucro”);

art. 4, comma 7, della L. n. 412/1991 (per cui con il SSN può intercorrere un

unico rapporto di lavoro e quest'ultimo è incompatibile con ogni altro rapporto

di lavoro dipendente, pubblico o privato, nonché con l'esercizio di altre attività

o con la partecipazione in imprese che possono configurare, anche solo

potenzialmente, conflitto di interessi con il servizio sanitario pubblico); art. 53

del D.lgs. n. 165/2001 (che prevede l'impossibilità per i dipendenti pubblici

di svolgere incarichi retribuiti che non siano stati conferiti o previamente

autorizzati dall'amministrazione di appartenenza e che quest'ultima deve

verificare, ai fini del rilascio dell'autorizzazione, l'insussistenza di situazioni, anche potenziali, di conflitto di interessi); art. 1, comma 5 della L. n. 662/1996 (a mente del quale *“L'attività libero-professionale da parte dei soggetti che hanno optato per la libera professione extramuraria non può comunque essere svolta presso le strutture sanitarie pubbliche, diverse da quella di appartenenza, o presso le strutture sanitarie private accreditate, anche parzialmente”*).

Ravvisando per entrambe le tipologie di attività (la prima di tipo medico presso struttura accreditata con il SSN, la seconda di tipo commerciale) una situazione di incompatibilità assoluta per violazione delle norme imperative sopra ricordate, parte attrice ritiene irrilevante la circostanza che la convenuta non fosse legata da vincolo di esclusività con l'ASST (il che l'avrebbe esentata, ai sensi dell'art. 53, comma 6 del D.lgs. n. 165/2001, dal chiedere la previa autorizzazione all'amministrazione per lo svolgimento di incarichi extraistituzionali) e ne chiede la condanna al riversamento delle somme percepite, pari a complessivi euro 89.055,76, in applicazione della speciale figura di responsabilità erariale tipizzata di cui ai commi 7 e 7bis dell'art. 53 cit.

In subordine, invoca la clausola generale della responsabilità per danno patrimoniale derivante dalla violazione degli obblighi di servizio per lo svolgimento di attività assolutamente incompatibili con il pubblico impiego, danno calcolato in via equitativa nella misura del 30% della retribuzione percepita dal 2012 al 2019 (quantificata in atti in euro 254.697,76) ossia euro 76.409,33.

Parte convenuta si è costituita in giudizio depositando memoria e documenti

in data 22 giugno 2023.

In via preliminare, eccepisce la prescrizione parziale dell'azione per il periodo antecedente al quinquennio decorrente dalla data del 18.11.2021, di diffida dell'ASST a riversare le somme. In via istruttoria avanza istanza di prova per testi. Nel merito espone di aver rivestito la qualifica di dirigente medico oncologo e di aver avuto, prima con gli Istituti Clinici di Perfezionamento e poi con l'ASST Nord Milano, nove contratti di lavoro a tempo determinato dall'1.1.2011 al 30.4.2018 non in esclusiva con durata variabile di 4, 8 o 12 mesi e dal 1.3.2018 un contratto a tempo indeterminato sempre senza esclusiva, con facoltà, quindi, di esercitare attività in libera professione extra muraria senza chiedere la preventiva autorizzazione. Ciò nonostante, ella avrebbe tenuto informato il proprio superiore dell'attività svolta, anche di quella in Svizzera, ricevendo l'assicurazione della sua legittimità, in ragione del fatto che afferiva ad attività del tutto diversa da quella di medico oncologo, con questa non confliggente o incompatibile ed espletata unicamente nel tempo libero e in territorio extra UE. Che non vi fosse volontà di doloso occultamento risulterebbe anche dal fatto che la convenuta, ad agosto 2019, aveva chiesto all'ente previdenziale cantonale svizzero (SVA) di contattare direttamente l'ASST per chiarimenti sulla propria posizione contributiva. La difesa osserva che l'art. 15 *quater* del D. lgs. n. 502/1992 stabilisce che il rapporto di lavoro dei medici del SSN è di regola esclusivo (comma 1), cioè deve essere svolto soltanto a favore di una singola azienda sanitaria, ma al contempo attribuisce al medico la possibilità di optare per il rapporto di lavoro non esclusivo, con conseguente inapplicabilità del regime autorizzatorio ex art. 53 D.lgs. n. 165/2001 (e delle sanzioni ivi previste), come nella specie è

avvenuto. L'art. 4, comma 7, della L. n. 412/1991, poi, precisa che con il SSN può intercorrere un unico rapporto di lavoro e che quest'ultimo è incompatibile con ogni altro rapporto di lavoro dipendente, pubblico o privato, nonché con l'esercizio di altre attività o con la partecipazione in imprese che possono configurare conflitto di interessi con il servizio sanitario pubblico. La stessa disposizione, però, stabilisce anche che il rapporto unico d'impiego è compatibile con l'esercizio di attività libero-professionale, purché espletata fuori dall'orario di lavoro all'interno delle strutture sanitarie o all'esterno delle stesse, con esclusione di strutture private convenzionate con il SSN. A tale possibilità fanno da contraltare le decurtazioni retributive previste dalla contrattazione collettiva. La difesa rileva ancora (citando un'ordinanza del Tribunale di Catania del 15 ottobre 2009 n. 576) che il rapporto di lavoro a tempo determinato costituito con una p.a. con contratto di diritto privato, non varrebbe ad instaurare un rapporto di pubblico impiego e quindi il conseguente regime di incompatibilità dei pubblici dipendenti richiamato dall'art. 53 cit. I contratti a tempo determinato in essere dall'1.1.2011 al 28.2.2018 in regime di non esclusività, prima alle dipendenze degli ex Istituti Clinici di Perfezionamento e successivamente con l'ASST Nord Milano, come dirigente medico oncologo, più volte prorogati, sarebbero tutti di diritto privato e pertanto le attività extraistituzionali svolte nel detto periodo non potrebbero valere ai fini dell'applicazione dei commi 7 e 7bis dell'art. 53 cit. Per contestare un danno erariale occorrerebbe quindi darne specifica e concreta prova, sotto forma di abbassamento quantitativo o qualitativo della prestazione e di minore resa del servizio, nella specie del tutto assente. E ciò a maggior ragione nei casi di incompatibilità assoluta, poiché la

quantificazione preventiva e presuntiva operata *ex lege* con la sanzione dell'obbligo di riversamento sussisterebbe solo in caso di incompatibilità relativa. La difesa rimarca che la violazione del divieto di esercizio di attività incompatibili ex art. 60 D.P.R. n. 3/1957 comporta solo le conseguenze stabilite dal successivo art. 63 ossia la diffida a cessare dalla situazione di incompatibilità entro quindici giorni pena la decadenza dall'impiego. Sul primo rapporto extra istituzionale, quello con la struttura sanitaria privata, osserva che il contratto prevedeva un'attività sporadica ed occasionale ed era stato stipulato nel 2011 per un solo anno, poi tacitamente più volte rinnovato, e che l'accreditamento era intervenuto successivamente (nel 2012) senza che la convenuta ne fosse informata. In ogni caso l'accreditamento non riguardava la specialità di oncologia. Tale circostanza escluderebbe l'incompatibilità di cui all'art. 1, comma 5 della L. n. 662/1996, che comunque non sarebbe assoluta, ma subordinata alla assenza di conflitto di interessi con la struttura di appartenenza. Sul secondo rapporto, intercorrente con la società immobiliare del padre, la difesa osserva che l'attività extra lavorativa potrebbe considerarsi incompatibile ex art 60 D.P.R. n. 3/1957 qualora caratterizzata da intensità (in relazione al tipo di impegno), continuità (in relazione alla durata della prestazione) e professionalità (sotto il profilo della prevalenza e della redditività), mentre nel caso di specie mancherebbe il requisito della intensità, avendo la convenuta svolto per il padre solo attività saltuaria, occasionale e sporadica al di fuori dell'orario di lavoro. Né tantomeno vi sarebbero i caratteri della subordinazione in assenza di inserimento stabile nell'organizzazione dell'impresa e di rapporto gerarchico o di direzione. Mancherebbe quindi sia la subordinazione, che l'onerosità della prestazione, essendo questa resa

nell'interesse della famiglia. La difesa argomenta ampiamente sulla carenza dell'elemento soggettivo (cfr. pagg. 27 e ss.), escluso dalla buona fede, nonché della volontà dell'evento dannoso, che deve caratterizzare il dolo c.d. erariale secondo l'interpretazione più attuale. Laddove si volesse accedere alla domanda subordinata, ne eccepisce la nullità in quanto non contestata nell'invito a dedurre e conclude per l'assoluzione ovvero in subordine per la riduzione dell'addebito, sia in esercizio del potere riduttivo, sia detraendo dal *quantum* le ritenute fiscali e previdenziali.

All'udienza del 12 luglio 2023, data per letta la relazione della causa per ragioni di contingentamento dei tempi di discussione, le parti hanno illustrato e richiamato le rispettive conclusioni.

Il giudizio è stato quindi trattenuto a decisione.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. In via preliminare, va respinta l'istanza di prova per testi sui capi articolati in comparsa di costituzione in quanto irrilevanti o comunque già oggetto di prova documentale.

2. Va poi respinta l'eccezione di prescrizione parziale per il periodo antecedente al quinquennio decorrente dalla data 18.11.2021, sollevata dalla convenuta sulla considerazione che la prima contestazione sarebbe avvenuta solo con la diffida della ASST in tale data.

Nei casi come quello di specie, infatti, il termine prescrizione quinquennale ex art. 1, comma 2 della L. n. 20/1994 non può farsi decorrere dalla data del fatto, bensì dalla data in cui l'ente ha avuto contezza delle irregolarità ed ha potuto attivarsi per effettuare le necessarie verifiche e riscontri amministrativi (cfr., tra le tante, Sez. I App. n. 157/2020), ossia dal rapporto della Guardia di

finanza del 2021 che costituisce altresì la *notitia damni* (doc. 1 prod. Proc.).

Va precisato che, secondo costante giurisprudenza (cfr., tra le tante, Sez. III

App. n. 345/2016), un comportamento omissivo avente ad oggetto un atto

dovuto, cioè un atto cui il debitore sia tenuto per legge, come il comunicare al

proprio datore di lavoro lo svolgimento di attività extraistituzionali al fine

della verifica di compatibilità, rileva al fine della decorrenza del termine

prescrizionale alla stregua del doloso occultamento codificato nell'art. 1,

comma 2 L. n. 20 cit.

3. Venendo al merito, occorre valutare separatamente le due tipologie di

attività contestate: la prima di carattere medico presso struttura accreditata con

il SSN (a far data dal 6 febbraio 2012 sino a tutto il 2016), la seconda di tipo

commerciale (dal 2012 al 2019).

3.1. Va innanzitutto sgombrato il campo da possibili dubbi, ventilati dalla

difesa, circa l'applicabilità delle norme sulle incompatibilità dei dipendenti

pubblici a rapporti di lavoro dipendente con la p.a. diversi da quelli

tradizionali di pubblico impiego (ossia a tempo indeterminato e non

contrattualizzati), come il rapporto di lavoro con contratto a termine che la

convenuta aveva con l'azienda sanitaria.

La giurisprudenza di legittimità ha evidenziato le ragioni alla base delle norme

in questione, che trovano fondamento nell'art. 97 della Costituzione e nella

conseguente esigenza di sottrarre tutti coloro che svolgono attività alle

dipendenze, in senso lato, delle pp.aa. ai condizionamenti che potrebbero

derivare dall'esercizio di altre attività. Tanto fa sì che dette norme abbiano un

ambito di applicazione molto ampio "*tale da ricomprendere sia i dipendenti*

il cui rapporto di lavoro sia stato contrattualizzato sia quelli rimasti in regime

di diritto pubblico (D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 3), sia i lavoratori professionali con rapporto a tempo determinato o part-time al di sopra di certi limiti, sia coloro che svolgono incarichi onorari (cfr. Cass. SS. UU. n. 1869/2020), sia coloro che sono legati alla P.A. per effetto di un contratto di diritto privato anche di natura autonoma” (Cass. S.U. n. 25369/2020).

Ciò posto, l’elemento oggettivo dell’illecito contestato verte sulla violazione dell’art. 1, comma 5 della L. n. 662/1996, che vieta l’esercizio dell’attività libero-professionale da parte dei soggetti che hanno optato per il regime extra murario (come la convenuta) presso le strutture sanitarie pubbliche, diverse da quella di appartenenza, o presso le strutture sanitarie private accreditate, anche parzialmente (sulla *ratio* di tale divieto cfr. questa Sezione n. 9/2020, nonché Sez. I App. n. 199/2021).

Non rileva qui la mancanza di autorizzazione ex art. 53, comma 7 del D.lgs. n. 165/2001, trattandosi, di attività libero-professionale che, come ampiamente osserva la difesa, era consentita in via generale per effetto del regime di non esclusività del rapporto con l’ASST, ai sensi dell’art. 53, comma 6 del D.lgs. n. 165 cit.

Nella specie il rapporto libero-professionale con la Centro Salute Poliambulatori S.r.l. si era costituito con un contratto di durata annuale nel 2011 (cfr. doc. 1 prod. difesa), quando la struttura non era accreditata con il SSN, essendo intervenuto l’accreditamento solo nel febbraio 2012 (peraltro senza comprendere la specialità di oncologia) e poi si era tacitamente più volte rinnovato di anno in anno, come previsto dal contratto, sino al 2017.

Quanto all’elemento soggettivo, agli atti non risulta che la convenuta fosse stata informata del suddetto mutamento giuridico, tuttavia parte attrice ritiene

la circostanza ininfluyente in ragione del protrarsi del rapporto per effetto dei rinnovi automatici, di un'asserita risonanza pubblica del fatto e della iscrizione nel registro regionale delle strutture accreditate (di cui, tuttavia, non viene prodotta documentazione).

Ritiene il Collegio che al fine di accertare l'elemento soggettivo (dolo o colpa grave) debbano essere valorizzate le circostanze concrete del caso e, in particolare: l'esiguità delle prestazioni rese, come emerge dal non rilevante ammontare dei compensi (indicati nella tabella a pag. 2 della citazione), l'aver esercitato l'attività in sede diversa (Sondrio) da quella di lavoro e residenza (Milano), l'assenza dell'accreditamento al momento della costituzione del rapporto (2011) essendo esso intervenuto solo successivamente (2012) e senza ricomprendere la specialità (oncologia) in cui operava la convenuta.

Ciò posto, una volta escluso il dolo (anche nella forma c.d. contrattuale), di cui non v'è minima prova, nemmeno risulta provata la gravità della colpa, che come noto, secondo costante giurisprudenza deve consistere in *“macroscopica violazione di norme, assoluta inosservanza delle più elementari regole di buon senso e di prudenza, prevedibilità dell'evento dannoso, sprezzante trascuratezza dei propri doveri”*, da accertarsi in relazione alle concrete e specifiche fattispecie dannose e scaturente dal raffronto tra la condotta esigibile e quella in concreto osservata dal soggetto agente (cfr., per tutte, Sez. II App n. 1391/2016).

Le circostanze del caso, in uno con la mancanza di prove di segno contrario, non consentono, a parere del Collegio, di ritenere dimostrata la conoscenza e nemmeno la conoscibilità, almeno secondo un comportamento esigibile dalla convenuta, quale medico professionista *extra moenia* e alla luce delle sopra

ricordate coordinate ermeneutiche, del passaggio al regime di accreditamento con il SSN della struttura privata presso cui la stessa operava (peraltro in maniera piuttosto sporadica, come rimarca la difesa).

L'affidamento riposto nella continuità del regime giuridico in essere al momento della stipulazione del contratto d'opera professionale può dunque essere considerato, alla luce di quanto sopra, non gravemente colpevole.

La domanda attorea sul punto va pertanto respinta.

3.2. Venendo alla seconda attività contestata, quella di carattere commerciale, ritiene il Collegio che ricorra la violazione dell'art. 53 D.lgs. n. 165/2001, con la conseguente responsabilità erariale tipizzata nel comma 7 *bis*, così come inserito dall'art. 1, comma 42, lett. d) della L. n. 190/2012, ovvero l'aver svolto attività lavorativa retribuita incompatibile con il rapporto di pubblico impiego e non aver riversato il relativo compenso all'amministrazione di appartenenza.

Nella specie viene in evidenza una situazione di incompatibilità assoluta, la cui disciplina normativa viene richiamata nel comma 1 dell'art. 53 cit. ed è stata puntualmente riportata in citazione. Che si tratti di incompatibilità assoluta, come quella di specie, o relativa (come quella derivante dallo svolgimento senza autorizzazione di attività autorizzabile, cui fa espresso riferimento il comma 7) l'illecito che ne deriva è foriero di danno erariale e non v'è ragione perché il criterio di quantificazione *ex lege* del danno (commisurato, ai sensi del ridetto comma 7, all'ammontare dei compensi percepiti e non riversati) non valga per entrambe le ipotesi (cfr. questa Sezione n. 94/2019 e n. 28/2023). Tale illecito, con le conseguenze che ne derivano *ex lege*, presuppone infatti, sia nel caso di incompatibilità assoluta, che

relativa, la violazione degli obblighi di comunicazione che fanno capo al dipendente pubblico quando si tratta di assumere incarichi esterni, la cui valutazione di compatibilità con il rapporto di impiego non può che spettare alla p.a.

L'attività in questione, come dimostrano entità e costanza dei compensi e la sua formalizzazione sul piano giuridico, non può essere considerata solo sporadica o occasionale come pretenderebbe la difesa.

L'illecito in questione, per quanto tipizzato *ex lege* in alcuni suoi elementi, non integra ipotesi di responsabilità sanzionatoria o formale, bensì di carattere risarcitorio, e, pertanto, occorre accertarne l'elemento soggettivo (cfr. SS.RR. n. 26/2019, cui, per brevità, si rinvia, anche per l'approfondito inquadramento sistematico).

Questo sussiste alla luce degli atti di causa.

Il Collegio ritiene condivisibile sul punto la prospettazione di parte attrice secondo cui l'elemento psicologico che appare aver sorretto la condotta della convenuta è quello del dolo, tanto più se si considera che il comando normativo violato (art. 60 cit.) è talmente chiaro da non lasciare dubbi sulla sua consapevole violazione. A tal fine assumono decisiva rilevanza le circostanze evidenziate in citazione (cfr. pagg. 20 e ss.) e documentate, come l'aver azienda ospedaliera per la quale prestava servizio la convenuta avvisato, con apposita e dettagliata circolare (cfr. la nota del 21.1.2014, prodotta *sub* doc. 7) i medici propri dipendenti del regime di incompatibilità degli incarichi previsto dalla legge, ovvero l'aver la convenuta domandato l'autorizzazione preventiva allo svolgimento di incarichi extraistituzionali, diversi da quelli oggetto di causa (cfr. doc.17).

La convenuta ha opposto la propria buona fede adducendo di aver comunicato, sia pure informalmente, al proprio superiore (Dott. Claudio Vergani) lo svolgimento dell'attività in Svizzera e di averne ricevuto una certa forma di assenso, benché non formalizzato, e di essere stata lei ad "autodenunciarsi", seppure a posteriori, chiedendo all'ente previdenziale svizzero di appurare la sua posizione contributiva in Italia.

Tali difese non colgono nel segno.

A parte la considerazione, opportunamente evidenziata in citazione (pag. 21), che il sunnominato Dott. Vergani, sentito nel procedimento disciplinare, ha negato di essere stato messo a conoscenza di attività extra lavorative svolte dalla convenuta all'estero, non si può certo sostenere la rilevanza giuridica, in funzione sanante, della eventuale conoscenza dell'incarico acquisita informalmente da parte di altri soggetti, ancorché appartenenti all'amministrazione, al di fuori del procedimento autorizzatorio previsto e disciplinato dall'art. 53, commi 7, 7 bis e 10 del D.lgs. n. 165/2001.

Parimenti è a dirsi delle informazioni in possesso dell'ente previdenziale svizzero, acquisite nella sua attività istituzionale di accertamento della posizione contributiva della convenuta, avvenuta peraltro solo nel 2019, come documentato e non contestato, e successivamente alla quale la stessa cessava di percepire compensi. Il fatto che questa abbia comunicato, nell'ambito di tale accertamento, evidentemente su richiesta, dati rilevanti utilizzati nella successiva indagine della Guardia di finanza (come quelli relativi al proprio datore di lavoro italiano) non vale ad escludere, se non altro per ragioni temporali, la coscienza e volontà (quindi uno stato psicologico equiparabile al dolo, cfr., *ex multis*, questa Sezione nn. 97/2023 e 195/2022) di non

adempiere, sin dal 2012, al preciso dettato normativo in materia di incarichi extra istituzionali, come sopra noto all'interessata, e quindi di sottrarsi al formale procedimento autorizzatorio che avrebbe fatto emergere l'evidente situazione di incompatibilità.

4. Ritenuto come sopra accertato l'illecito produttivo di danno erariale, vanno esaminate le questioni sollevate dalla difesa sulla relativa quantificazione, che riguardano lo scomputo degli oneri fiscali e contributivi.

A questo riguardo, va detto che la questione relativa alla quantificazione del compenso da riversare in base alla norma citata, pur risolta dalle Sezioni riunite di questa Corte con la sentenza n. 13/2021 nel senso che esso debba ricomprendere anche la parte che è costituita dalle ritenute fiscali (in altri termini, che vada quindi calcolato al lordo di tale componente, pur se mai introitata dal dipendente) e cui questa Sezione ha prestato in precedenza adesione, rimane tuttora, ciononostante, di non piana soluzione.

È noto che la fattispecie può, secondo pacifica giurisprudenza della Corte di cassazione, rientrare nella cognizione anche del giudice ordinario e di quello amministrativo, nella loro qualità di giudici del rapporto di lavoro pubblico, a seconda che lo stesso sia o meno contrattualizzato.

Il panorama giurisprudenziale sulla questione che interessa mostra, presso tali plessi giurisdizionali, una chiara e ampiamente maggioritaria (assolutamente sporadiche e minoritarie le pronunce di segno opposto) indicazione verso l'opzione dell'obbligo di riversamento al netto delle ritenute fiscali: in tal senso, Cass. n. 24337/2022 e n. 13530/2019 nonché, con specifico riferimento al lavoro pubblico, Cass. S.U. n. 14429/2017 (che fa applicazione del consolidato orientamento della Corte di Cassazione secondo il quale, quando

il datore di lavoro deve recuperare dal lavoratore emolumenti che questi ha riscosso in eccesso - e, quindi, indebitamente - per qualsiasi causa, tale recupero deve essere fatto al netto delle ritenute fiscali, in quanto il datore di lavoro, salvo i rapporti col Fisco, può ripetere l'indebito nei confronti del lavoratore soltanto nei limiti di quanto da questi effettivamente percepito, restando esclusa la possibilità di ripetere importi al lordo di ritenute fiscali mai entrate nella sfera patrimoniale del dipendente), Cons. Stato n. 3745/2021, n. 5394/2020, n. 5594/2020, n. 671/2019, n. 3984/2011, n. 1164/2009, TAR Toscana n. 858/2017, TAR Lombardia n. 614/2013, TAR Umbria n. 86/2020, *contra* Cons. Stato n. 4091/2021.

È stato osservato, con riferimento all'art. 53, co.7 cit., che il dato letterale della norma rimane ambiguo. Laddove essa parla di obbligo di riversamento del "compenso dovuto" si potrebbe intendere che si riferisca a quello lordo (in quanto ciò che è "dovuto" sembrerebbe corrispondere all'obbligazione del terzo committente, che ricomprende sia la parte da versare al lavoratore, sia quella da trattenere e riversare come acconto fiscale). Tuttavia, è stato pertinentemente osservato che tale "formulazione lessicale della disposizione è perfettamente compatibile con una diversa voluntas legis e, dunque, ben può riferirsi al contenuto della prestazione pecuniaria da erogare ("dovuta") nelle mani del dipendente, tanto più che lo stesso art. 53 co. 7, questa volta con espressione univoca, pone l'obbligo di versamento in capo al "percettore" (e in subordine all'erogante) e tale, rispetto alle ritenute, certamente non è il dipendente" (cfr. Cons. Stato n. 5394/2020 cit.).

In sostanza, sembra vano cercare nella lettera della disposizione un'indicazione univoca circa l'assetto da dare al rapporto. Ne consegue la

necessità, a tale scopo, di trarre tali indicazioni *aliunde*.

Va intanto osservato che, per pacifico consenso, anche della giurisprudenza che propende per la tesi più rigorosa, il sacrificio imposto al patrimonio del lavoratore pubblico è, in definitiva, circoscritto al compenso netto. Infatti, si ritiene indiscutibile che il soggetto gravato dell'obbligo, qualora sia tenuto a riversare il compenso lordo, acquisisca un credito verso l'amministrazione finanziaria per le somme versate a titolo di imposta (eventualmente *sub specie* di deducibilità dal reddito complessivo delle somme restituite quando assoggettate a tassazione in anni precedenti, sempre che la fattispecie in esame rientri nell'ambito di applicazione dell'art. 10, comma 1, lett. d *bis*) T.U.I.R., nel testo previgente alle modifiche introdotte con il D.L. n. 34/2020). E così non può che essere, perché, altrimenti, si finirebbe per far gravare su di esso un carico tributario non più giustificato alla luce della perdita della componente reddituale costituita dal compenso in questione.

Si tratta allora di comprendere se tale assetto definitivo dei reciproci rapporti tra lavoratore, amministrazione di appartenenza e amministrazione finanziaria sia realizzabile in via diretta (mediante il versamento del solo compenso netto) oppure debba necessariamente attuarsi attraverso il più contorto percorso che prevede in capo al primo soggetto l'obbligo di pagamento del compenso lordo alla seconda e successivamente la proposizione di un'istanza ripetitoria nei confronti della terza (con possibili sviluppi contenziosi dall'esito incerto o dubbio e comunque implicante costi difensivi).

Ad avviso della Sezione, la seconda opzione appare affetta da irragionevolezza, come già evidenziato dal Consiglio di Stato nella sentenza n. 3745/2021 cit., laddove ha osservato che costringere il dipendente a versare

il compenso lordo e poi ad agire in ripetizione del tributo così indebitamente versato configurerebbe a carico di costui un obbligo *“che non trova ragionevole fondamento neppure nella diversità delle Amministrazioni destinatarie delle dazioni pecuniarie”*.

Tale impressione di irragionevolezza trae alimento anche da spunti normativi che depongono nel senso qui sostenuto.

Si vuole alludere alla disposizione di cui all'art. 150 del D.L. n. 34/2020, convertito in L. n. 77/2020, la quale, innovando alla precedente normativa, ha previsto che il recupero di somme indebitamente erogate su cui sia stata effettuata la ritenuta d'acconto avvenga sul netto pagato e non sull'importo lordo.

Sebbene la norma faccia riferimento a fattispecie diversa da quella in esame (tipicamente quella riguardante il pagamento di retribuzioni non dovute al lavoratore, chiamato quindi a restituirle), essa, per opinione condivisa, appare come espressiva di un chiaro intento del legislatore di allineare la disciplina normativa delle ripetizioni all'orientamento giurisprudenziale più recente il quale impone che tale recupero avvenga al netto, perché solo il netto è entrato nel patrimonio del percettore.

E tale ultima affermazione affiora nitidamente anche nella giurisprudenza già citata (*“in base ai principi generali, per quel che concerne il calcolo delle somme che l'Amministrazione ha il diritto di richiedere – in relazione allo svolgimento di incarichi esterni senza autorizzazione – queste devono essere versate al netto delle imposte già corrisposte e così anche la richiesta di restituzione dei compensi illegittimamente percepiti non può che avere a oggetto le somme ricevute in eccesso (e cioè, effettivamente entrate nella sfera*

patrimoniale del dipendente medesimo), non potendosi pretendere la ripetizione di somme al lordo delle ritenute fiscali”, Cass. n. 24377/2022 cit., sottolineature della Sezione).

La conclusione qui accolta non solo non è contraddetta, ma trae anzi conferma dalla disposizione speciale contenuta nella disciplina della responsabilità amministrativa di cui all’art. 1, comma 1-bis della L. n. 20/1994, secondo cui *“nel giudizio di responsabilità, fermo restando il potere di riduzione, deve tenersi conto dei vantaggi comunque conseguiti dall’amministrazione di appartenenza, o da altra amministrazione, o dalla comunità amministrata in relazione al comportamento degli amministratori o dei dipendenti pubblici soggetti al giudizio di responsabilità”* (sottolineature della Sezione).

A prescindere dal fatto se tale disposizione costituisca mera conferma, nell’ambito della responsabilità amministrativa, di un principio generale analogo, ma ben più ampio, di compensazione, tra le parti di un rapporto giuridico, di reciproche e opposte attribuzioni patrimoniali, pur sottomessa alle stringenti condizioni individuate dalla giurisprudenza della Cassazione, o sia, più plausibilmente, una manifestazione di tale principio caratterizzata però da significative particolarità indotte dalla specialità della disciplina della responsabilità in questione (di cui sarebbe espressione l’ampia latitudine dei presupposti applicativi, poiché la formulazione della disposizione depone per un istituto ben più ampio rispetto al canone civilistico degli artt. 1241 ss. c.c., testualmente ricomprendendo la norma della L. n. 20/1994 non solo i vantaggi a favore dell’”amministrazione di appartenenza” ma anche di “altra amministrazione” e della “comunità amministrata”), certo è però che essa disegna un chiaro indirizzo legislativo che, tanto più nella fattispecie specifica,

induce ancor maggiormente a condividere l'affermazione contenuta nella sentenza del Consiglio di Stato n. 3745/2021 sopra ricordata, secondo cui la tesi dell'obbligo di riversamento del compenso al lordo *“non trova ragionevole fondamento neppure nella diversità delle Amministrazioni destinatarie delle dazioni pecuniarie”*.

A ciò aggiungasi che l'interpretazione restrittiva (a favore del calcolo al netto delle somme da versare al datore) si pone in sintonia con il canone generale secondo cui a fronte di norme punitive (il 53, co.7 cit. presenta innegabili profili sanzionatori) il precetto va letto nel modo meno afflittivo per il dipendente sanzionato.

Nella specie, la forma subordinata del rapporto ha inciso sulle modalità di corresponsione del compenso, che è avvenuta al netto, essendo il datore di lavoro sostituto d'imposta.

Pertanto, rimedia la questione nei termini di cui sopra, il Collegio ritiene che sia a tale importo che vada commisurato l'obbligo restitutorio.

Il calcolo è contenuto, come alternativo, nella stessa citazione e, in mancanza di specifiche contestazioni sul punto, può essere accolto.

L'importo indicato è pari a CHF 88.321,44 ossia euro 91.598,16 al tasso di conversione attuale (tasso BCE del 2.8.2023 euro 1,0371).

5. In conclusione, la convenuta va condannata al pagamento di euro 91.598,16, corrispondente ai compensi percepiti dal 2015 al 2019 per l'attività extraistituzionale svolta in situazione di incompatibilità a favore della società svizzera Atlantis Immo Consulting s.a.

6. Tale importo va maggiorato di rivalutazione monetaria, la cui decorrenza può essere fissata al 1° gennaio 2020, sino al deposito della presente sentenza,

	e di interessi legali sulla somma così rivalutata, decorrenti dal deposito della sentenza sino all'effettivo soddisfo.	
	7. Le spese del giudizio vengono liquidate come da dispositivo e poste a carico della convenuta.	
	P.Q.M.	
	La Corte dei conti, Sezione giurisdizionale per la Regione Lombardia, definitivamente pronunciando	
	CONDANNA	
	FALLINI Monica, c. f. FLLMNC67L69C623L, al risarcimento del danno in favore dell'Azienda Socio-Sanitaria Territoriale Nord Milano per l'importo di euro 91.598,16, oltre rivalutazione monetaria con decorrenza fissata al 1° gennaio 2020 sino al deposito della presente sentenza e interessi legali sulla somma rivalutata dal deposito della sentenza all'effettivo soddisfo.	
	Condanna la convenuta al pagamento delle spese di lite, che si liquidano in complessivi euro 77,10 (settantasette/10).	
	Così deciso in Milano, nelle camere di consiglio del 12 luglio e 2 agosto 2023.	
	L'Estensore	Il Presidente
	Walter Berruti	Antonio Marco Canu
	firmato digitalmente	firmato digitalmente
	Depositata in Segreteria il 26.10.2023	
	Il Direttore di Segreteria	
	Salvatore Carvelli	
	firmato digitalmente	
	20	