

La remunerazione dello straordinario nel lavoro pubblico ed il falso problema dei limiti di spesa

di G. Leotta - 9 Dicembre 2024

L'antefatto

Durante il periodo estivo, un dipendente di un'azienda sanitaria calabrese viene incaricato di svolgere, oltre il proprio debito orario, una specifica attività lavorativa in favore di pazienti (provenienti da altre regioni per trascorrere le ferie in Calabria) che necessitano di svolgere la dialisi. L'incarico non viene formalizzato con un atto ufficiale del dirigente responsabile che, però, concorda con il dipendente il cronoprogramma delle prestazioni "aggiuntive" o, quantomeno, non si oppone allo svolgimento delle stesse. A fronte del lavoro svolto, il lavoratore non si vede corrispondere il relativo compenso e, di conseguenza, decide di agire in giudizio.

I giudizi di merito

L'infermiere chiede e ottiene dal Tribunale competente per territorio l'emissione di un'ingiunzione di pagamento a carico dell'amministrazione, che la oppone nei termini di legge. Il conseguente processo di cognizione di primo grado si chiude con il rigetto dell'opposizione e la conferma del decreto ingiuntivo. L'azienda sanitaria viene condannata al pagamento di un determinato importo calcolato attraverso il richiamo alla previsione contrattual-collettiva applicabile ai dirigenti-medici.

In appello, la Corte territoriale di merito ribalta il verdetto. Viene affermato che la fattispecie deve essere ricondotta alle cosiddette "prestazioni aggiuntive" previste e regolate dalla contrattazione collettiva per le figure non mediche. Dal momento che non era stata provata la sussistenza dei requisiti indicati dal dato collettivo – ovverosia: i) l'autorizzazione regionale previo controllo sulla sussistenza delle risorse finanziarie e sulla coerenza rispetto agli obiettivi sanitari; ii) la cosiddetta condizione soggettiva del lavoratore; iii) la previsione/quantificazione del compenso attraverso un accordo individuale -, anzi ne era stata pacificamente accertata la carenza, la domanda del lavoratore viene disattesa e l'appello accolto.

La decisione della Suprema Corte di Cassazione, Sez. Lav., 28 giugno 2024, n. 17912

Con l'ordinanza che si annota, la Suprema Corte, nel cassare la decisione di appello, ribadisce un approdo giurisprudenziale ormai definitivamente stratificatosi nell'ultimo biennio (su questa rivista si vedano le sentenze 23 giugno 2023, n. 18063 annotata da S. IACOBUCCI, *Comparto Sanità: oltre l'orario di lavoro non ci sono solo le prestazioni aggiuntive, c'è anche lo straordinario ad autorizzazione implicita* e 2 novembre 2023, n. 30401 annotata da D.

SERRA, *Impiego pubblico contrattualizzato. Attività incentivata svolta in assenza delle condizioni di legge. Conseguenze*) che può essere così schematizzato.

In termini generali, nel pubblico impiego privatizzato la prestazione oltre il normale orario di lavoro fa sorgere in capo al datore di lavoro l'obbligo di remunerarla soltanto se essa è in linea con le previsioni e le allocazioni di spesa; in caso contrario l'accordo fra le parti è invalido (Cass. 21 febbraio 2022, n. 5679) e rende ripetibili eventuali pagamenti eseguiti sulla sua base (Cass. 9 maggio 2022, n. 14672).

Tuttavia, se il mancato impegno di spesa, ovvero sia l'assenza di adeguata "copertura", può impedire di riconoscere il corrispettivo previsto dal dato contrattual-collettivo per attività aggiuntive, il datore *non insciente vel prohibente* non può comunque sottrarsi all'obbligo di ricompensare in qualche modo il lavoratore.

Ne consegue che anche in assenza delle condizioni previste per l'insorgenza dell'obbligo datoriale di remunerare eventuali prestazioni aggiuntive (nel caso di specie, come si è detto, identificabili nell'autorizzazione regionale, nella presenza dei requisiti soggettivi in capo al lavoratore e nella determinazione concordata della tariffa) non può derogarsi alla disciplina contenuta nell'articolo 2126 c.c., certamente applicabile anche nel pubblico impiego, giacché questa assume una valenza centrale nell'intero sistema del diritto del lavoro regolato sul piano individuale e rappresenta uno strumento idoneo a garantire l'effettività delle tutele costituzionali.

Tale centralità è stata di recente ribadita da C. cost. 27 gennaio 2023, n. 8 che, nel vagliare la legittimità dell'articolo 2033 c.c. rispetto alla ripetizione di pagamenti indebiti nell'ambito del pubblico impiego privatizzato, ha evidenziato come la disciplina dell'articolo 2126 c.c., in ragione della protezione da assicurata alla «*causa dell'attribuzione, costituita da una attività lavorativa che è stata, di fatto, concretamente prestata, pur se si dimostra giuridicamente non dovuta*», giustifica «*sia la pretesa a conseguire il corrispettivo sia, qualora questo sia stato già erogato, l'irripetibilità del medesimo*»

Di conseguenza, l'attività lavorativa prestata oltre il debito orario fa maturare in capo al lavoratore il diritto al compenso per lavoro straordinario nella misura prevista dalla contrattazione collettiva a patto che sussista il consenso datoriale.

Quest'ultimo, in qualsivoglia modalità venga espresso (in forma esplicita ovvero per fatti concludenti), rappresenta l'unico fattore da cui dipende l'applicabilità del principio contenuto nell'art. 2126 c.c. – nel caso di specie in correlazione con quanto previsto dall'art. 2108 c.c. secondo cui il lavoratore ha il diritto a percepire, per il lavoro straordinario svolto, una retribuzione più elevata di quella dovuta per il normale orario di lavoro -, a nulla rilevando l'eventuale superamento dei limiti e delle regole riguardanti la spesa pubblica. Pertanto, non è necessaria l'assunzione di un atto formale del datore di lavoro che autorizzi la prestazione "aggiuntiva" poiché, per far scattare l'obbligo di remunerarla, basta anche il consenso espresso per fatti concludenti ovvero sia implicito.

La Suprema Corte non ignora che, nel pubblico impiego, le remunerazioni delle prestazioni possono essere riconosciute solo se in linea con le previsioni ed allocazioni di spesa, ma, in maniera corretta, precisa che *«una volta autorizzata e svolta la prestazione, non è sul lavoratore, in forza dell'asse sostanziale della disciplina di cui all'art. 36 Cost. e 2126 c.c., che possono gravare le conseguenze della divergenza rispetto agli impegni di spesa»*.

L'eventuale carenza dei presupposti di legittimazione della prestazione "aggiuntiva" può certamente impedire di riconoscere emolumenti speciali previsti dalle regole vigenti, anche di natura contrattual-collettiva, ma non può essere di ostacolo alla remunerazione di una prestazione ulteriore a quella ordinaria che sia resa con il consenso datoriale perché ciò è imposto dal principio contenuto nell'art. 36 Cost. e dalle richiamate disposizioni codicistiche che, come detto, assumono un ruolo centrale nel vigente ordinamento.

Casomai andrà valutata l'eventuale ascrivibilità di una responsabilità amministrativa e contabile in capo al dirigente che, in ipotesi, avrebbe dovuto impedire lo svolgimento delle attività "aggiuntive"; ma tale profilo esula dalla giurisdizione della Suprema Corte e, di conseguenza, dall'oggetto di questo commento.

Sul ruolo di presidio del diritto del lavoro svolto dalla Magistratura ordinaria

Sebbene la pronuncia in commento sia espressione di un indirizzo giurisprudenziale ormai consolidato in ambito civile, deve darsi conto di quello, diverso ed opposto, su cui sono ormai da tempo sintonizzati i giudici amministrativi.

Secondo l'interpretazione del Consiglio di Stato, l'autorizzazione preventiva rappresenta un elemento imprescindibile ed un fattore non aggirabile giacché: i) realizza la concreta attuazione dei principi di legalità, imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione enucleati dall'art. 97 Cost.; ii) costituisce uno strumento funzionale all'adeguata valutazione delle concrete esigenze della pubblica amministrazione; iii) comporta l'assunzione di responsabilità gestionale e contabile in capo al dirigente che la emette; iv) tende ad impedire lo "sforamento" dei limiti di spesa fissati dalle previsioni di bilancio preservando l'equilibrio finanziario dei conti pubblici; v) rappresenta un punto di equilibrio fra le esigenze dell'amministrazione e il doveroso rispetto della salute psico-fisiche del dipendente (v., fra le moltissime, 6 dicembre 2016 n. 5153; 26 ottobre 2010 n. 7625, 7 settembre 2007, n. 4702).

Di conseguenza, alcun compenso può esser riconosciuto al pubblico dipendente per lavoro straordinario quando manchi una preventiva formale autorizzazione. E ciò in quanto attraverso l'atto autorizzativo del funzionario responsabile, momento finale ed attuativo di un processo di programmazione e di ripartizione delle risorse, viene verificata la sussistenza delle ragioni di pubblico interesse che rendono necessario il ricorso a prestazioni "aggiuntive".

Secondo questa impostazione non residuerebbe alcuno spazio per il riconoscimento di un'autorizzazione implicita (ovverosia per fatti concludenti) allo svolgimento di lavoro straordinario anche se, per un indirizzo minoritario ormai del tutto abbandonato, sarebbe comunque

configurabile in capo all'amministrazione l'onere di corrispondere la retribuzione qualora l'attività lavorativa: i) sia stata posta in essere per adempiere un preciso obbligo d'ufficio finalizzato a far fronte ad esigenze indifferibili e urgenti; ovvero ii) sia discesa da norme inderogabili o da scelte organizzative dalla cui attuazione, in un rapporto causa-effetto, sia derivato l'espletamento di tale attività.

Pertanto, la giurisprudenza amministrativa sembra aver valorizzato il disposto contenuto nell'art. 98 Cost. che, nel prevedere che i pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della Nazione, si ritiene impedisca di ricondurre il rapporto di pubblico impiego alla logica propria del rapporto di scambio fra prestazione e controprestazione.

Tale approdo non appare condivisibile poiché, nel disegno complessivo della Costituzione, la tutela del lavoro, in particolare di quello subordinato, risulta centrale (sul tema la letteratura scientifica è sconfinata, per brevità si rimanda a: C. Mortati, *Il lavoro nella Costituzione*, in *Dir. Lav.*, 1954, I, p. 149 ss.; C. Smuraglia, *La Costituzione e il sistema del diritto del lavoro*, Milano, 1958; F. Mancini, *Lavoro e sindacati nella Costituzione*, Il Mulino, 1975) e, di conseguenza, deve sempre prevalere in un eventuale giudizio di bilanciamento con altri principi costituzionali.

Il caso della remunerazione dello straordinario non autorizzato secondo le regole vigenti ma svolto *non insciente vel prohibente domino* vale a dimostrare per l'ennesima volta che, sebbene spesso alcuni approdi interpretativi risultino troppo "appiattiti" sugli interessi datoriali (in particolare pubblici, ma anche privati), la giurisdizione ordinaria è l'unico ambito in cui i diritti della persona – e, fra questi, quelli dei lavoratori – possono essere garantiti in maniera effettiva ed efficace.

Lo "scarto culturale" con la giurisdizione amministrativa è, per questi aspetti, enorme e non appare colmabile. Pertanto, nell'ottica dello sviluppo di una politica della giustizia in senso progressista e garantista, si ritiene urgente una riforma che sottragga alla magistratura amministrativa la giurisdizione sui rapporti d'impiego attualmente in regime di diritto pubblico ex art. 3, D.lgs. n. 165/2001 per affidarla a quella ordinaria. Ove ritenuto funzionale, si potrebbe altresì prevedere la formazione di sezioni specializzate per la delibazione delle controversie inerenti ai rapporti di lavoro con pubbliche amministrazioni (o altre entità a queste assimilabili) privando quest'ultime della facoltà – oggi prevista in maniera non condivisibile dall'art. 417-bis c.p.c. – di difendersi "in proprio" attraverso funzionari quasi sempre scevri delle competenze necessarie per patrocinare in un processo.

Giuseppe Leotta, dottore di ricerca e avvocato in Roma

Visualizza il documento: [Cass., ordinanza 28 giugno 2024, n. 17912](#)