

Il punto su ...

Lavoro straordinario e diritto al compenso

Straordinario: se realizzato per esigenze indispensabili deve essere pagato anche senza autorizzazione

di Federica Caponi - Consulente di enti locali

Per il pagamento del lavoro straordinario negli enti locali non è necessaria l'autorizzazione nel caso in cui il dipendente dimostri che la prestazione lavorativa oltre l'ordinario orario era dovuta ad esigenze indispensabili o indifferibili o a scelte organizzative per la cui attuazione era necessaria l'attività lavorativa. Il principio infatti secondo il quale la prestazione del lavoro straordinario non è retribuita al pubblico dipendente ove non sia stata preventivamente autorizzata, non si applica quando l'attività lavorativa consegua a un preciso obbligo discendente o da esigenze indispensabili o indifferibili o da norme inderogabili oppure da scelte organizzative per la cui attuazione la relativa prestazione non possa essere affidata che al dipendente che poi protragga la propria attività oltre l'orario di servizio

Premessa

Un dipendente di un comune, assunto quale agente di polizia municipale, aveva ricevuto un ordine di servizio dal Sindaco di curare "la sorveglianza nel campo roulottes" e di "provvedere a segnalare gli eventuali disservizi o bisogni dei nuclei familiari in esso ospitati", senza alcuna determinazione delle ore di prestazione di straordinario per svolgere l'incarico medesimo.

Il dipendente, a conclusione dell'attività, aveva richiesto all'ente la corresponsione di un compenso per il lavoro straordinario per un ammontare di ore pari a n. 312 mensili.

L'ente aveva erogato il compenso nel limite di ore previste dal Ccnl per lo straordinario e aveva negato la corresponsione di somme ulteriori.

Il dipendente ha impugnato tali atti di fronte al Tar.

Il Tribunale amministrativo ha respinto il ricorso, ritenendo legittima la corresponsione dello straordinario nel limite massimo consentito, anche se non previamente autorizzato, considerando illegittima la richiesta di remunerazione delle ore in più. Il dipendente ha appellato la sentenza davanti al Consiglio di Stato, chiedendo la condanna del comune al pagamento delle somme ulteriori.

Il Consiglio di Stato, nella pronuncia in commento, ha chiarito che vige la regola generale secondo cui per i pubblici dipendenti la prestazione del lavoro straordinario non è retribuita ove non sia stata autorizzata dalla p.a. datore di lavoro.

È però ammessa la deroga che consente di retribuire lo straordinario quando l'attività lavorativa sia stata determinata non dalla libera determinazione del prestatore d'opera, ma da un preciso obbligo discendente o da esigenze indispensabili o indifferibili o da norme inderogabili oppure da scelte organizzative per la cui attuazione la relativa prestazione non possa essere affidata che al dipendente, che poi protragga la propria attività oltre l'orario di servizio e che ne chiedi il compenso (così, ad es., Cons. Stato, sez. V, 10 luglio 2000 n. 3846).

Il lavoro straordinario e le problematiche connesse all'autorizzazione

L'art. 38 del Ccnl 14 settembre 2000 stabilisce che il lavoro straordinario deve essere effettuato per fronteggiare situazioni di lavoro eccezionali, non potendo essere utilizzato come fattore ordinario di programmazione del tempo di lavoro e di copertura dell'orario di lavoro.

La prestazione di lavoro straordinario deve inoltre essere espressamente autorizzata dal dirigente/re-

sponsabile, sulla base delle esigenze organizzative e di servizio individuate dall'ente, rimanendo esclusa ogni forma generalizzata di autorizzazione.

Inoltre, per esigenze eccezionali, debitamente motivate in relazione all'attività di diretta assistenza agli organi istituzionali riguardanti un numero di dipendenti non superiore al 2% dell'organico, il limite massimo individuale ammissibile può essere elevato in sede di contrattazione decentrata integrativa, fermo restando il limite delle risorse previste per il finanziamento di tale onere.

Infine, il contratto stabilisce che la prestazione individuale di lavoro, a qualunque titolo resa, non può, in alcun modo, superare un arco massimo giornaliero di 10 ore.

L'interpretazione maggioritaria sostenuta dalla giurisprudenza amministrativa ritiene che elemento imprescindibile per l'erogazione del compenso per il lavoro prestato oltre il normale orario di lavoro sia l'autorizzazione, che dovrebbe essere preventiva.

In alcuni casi eccezionali, l'autorizzazione può essere rilasciata "a sanatoria", ma comunque deve essere sempre formalmente emessa, altrimenti non sorge il diritto alla corresponsione del compenso.

Una parte della dottrina ha sostenuto che l'autorizzazione, preventiva o successiva, allo svolgimento del lavoro straordinario non sarebbe necessaria nel caso di obbligatorietà o indispensabilità del lavoro straordinario da parte del dipendente, in quanto in tal caso l'autorizzazione sarebbe implicita, ma tale interpretazione è stata sostenuta, fino ad ora, soltanto da alcune pronunce giurisprudenziali.

Il lavoro straordinario, al contrario, secondo la giurisprudenza maggioritaria, necessita di regola di preventiva autorizzazione formale.

Nell'ambito del rapporto di pubblico impiego "la circostanza che il dipendente abbia effettuato prestazioni eccedenti l'orario d'obbligo non è da sola sufficiente a radicare il suo diritto alla relativa retribuzione e l'obbligo dell'amministrazione di corrisponderla" atteso che, altrimenti, si determinerebbe, quanto agli effetti patrimoniali, "l'equiparazione del lavoro straordinario autorizzato rispetto a quello per il quale non è intervenuto alcun provvedimento autorizzativo, compensando attività lavorative svolte in via di fatto, ma non rispondenti ad alcuna riconosciuta necessità" (Cons. Stato, sent. n. 8626/2012).

La retribuibilità del lavoro straordinario è in via di principio condizionata all'esistenza di una formale autorizzazione allo svolgimento di prestazioni eccedenti l'ordinario orario di lavoro, la quale svolge

una pluralità di funzioni, tutte riferibili alla concreta attuazione dei principi di legalità, imparzialità e buon andamento cui, ai sensi dell'articolo 97 Cost., deve essere improntata l'azione della p.a. (Cons. Stato, sent. n. 2620/2009; sent. n. 3460/2009).

Eccezionalmente potrebbe essere consentito l'espletamento del lavoro straordinario senza preventiva autorizzazione in caso di straordinarie e improcrastinabili esigenze di servizio, purché intervenga comunque un'autorizzazione postuma a sanatoria (Cons. Stato, sent. n. 1445/2005).

È necessario pertanto accertare se l'attività svolta in *plus* orario e/o quale lavoro straordinario abbia come presupposto specifiche ordinanze e/o autorizzazioni in tal senso.

Le p.a., infatti, "come unanimemente riconosciuto, agiscono, in specie nei rapporti di lavoro, attraverso specifiche valutazioni delle esigenze organizzative e di servizio da constare in atti formali, anche a sanatoria ma sempre motivata, a tutela dell'erario e dello stesso personale, che non può quindi rivendicare la retribuzione di prestazioni poste in essere autonomamente seppure per asseriti apprezzabili scopi" (Cons. Stato, sent. n. 783/2012).

L'ordinamento, a scanso della paventata responsabilità, offre più strumenti sollecitatori dell'attività amministrativa della p.a., non essendo consentita la "sostituzione" dell'Amministrazione ad opera del dipendente, soprattutto se l'organizzazione del servizio riguarda direttamente il dipendente che svolge funzioni apicali.

È indubbio che le prestazioni in *surplus* eventualmente effettuate da un dipendente, al di là di una certa autonomia funzionale eventualmente concessa, necessitano comunque di un preventivo atto di autorizzazione, quanto meno ai fini della giustificazione della spesa a carico del bilancio dell'Amministrazione, non potendosi erogare somme che non trovino copertura, formale e sostanziale, in un esplicito provvedimento.

Nel caso in cui quindi non sia rinvenibile un documento dell'Amministrazione che esplicitamente, anche a sanatoria, dia atto della prestazione di tali ore in *plus* orario o quale lavoro straordinario, ritenute indispensabili e utili per l'ente stesso, non può essere riconosciuto il diritto al pagamento del compenso per il lavoro prestato oltre l'orario di lavoro ordinario.

Secondo l'interpretazione maggioritaria, l'autorizzazione, preventiva o in sanatoria, non può essere surrogata da altre note o atti o tabulati non dichia-

Il punto su ...

ratamente probatori dell'intendimento dell'Amministrazione (cit. Cons. Stato, sent. n. 783/2012).

La preventiva autorizzazione implica infatti la verifica in concreto delle ragioni di pubblico interesse che rendono necessario il ricorso a prestazioni lavorative eccedenti l'orario normale di lavoro e rappresenta lo strumento per evitare che, attraverso incontrollate erogazioni di somme di denaro per prestazioni di lavoro straordinario, si possano superare i limiti di spesa fissati dalle previsioni di bilancio con grave nocumento dell'equilibrio finanziario dei conti pubblici.

Per altro verso, la normativa contrattuale intende escludere che i pubblici dipendenti siano assoggettati a prestazioni lavorative che, eccedendo quelle ordinarie individuate come punto di equilibrio fra le esigenze dell'Amministrazione e il rispetto delle condizioni psico-fisiche del dipendente, possano creare per l'impiegato nocumento alla sua salute e alla sua dignità di persona.

La formale preventiva autorizzazione al lavoro straordinario deve costituire, per l'Amministrazione, anche lo strumento per la valutazione delle concrete esigenze delle proprie strutture, quanto al loro concreto funzionamento, alla loro effettiva capacità di perseguire i compiti assegnati ed espletare le funzioni attribuite dalla legge, nonché all'organizzazione delle risorse umane e alla loro adeguatezza, onde evitare che il sistematico e indiscriminato ricorso alle prestazioni straordinarie costituisca elemento di programmazione dell'ordinario lavoro.

Deve anche aggiungersi che la preventiva autorizzazione costituisce assunzione di responsabilità, gestionale e contabile, per il dirigente/responsabile che la emette, al fine di rispettare i ristretti limiti finanziari entro cui è consentito liquidare siffatto genere di prestazioni attesa anche la sopra evidenziata loro eccezionalità.

L'autorizzazione "implicita" legittima lo straordinario?

In alcuni casi, secondo una parte della giurisprudenza e della dottrina minoritaria, sarebbe ammissibile l'autorizzazione così detta "implicita", istituto intrinsecamente diverso dall'autorizzazione postuma in sanatoria, e legittima in casi del tutto eccezionali in presenza di rigorosi presupposti.

In particolare, "l'autorizzazione al lavoro straordinario può ritenersi implicitamente rilasciata solo ove la prestazione avvenga nell'ambito di specifiche e individuate attività alle quali il dipendente

deve obbligatoriamente partecipare (non conseguendo esse a una libera scelta del dipendente medesimo ma all'adempimento di obblighi nascenti da esigenze organizzative cogenti), ovvero nell'espletamento di un determinato servizio indispensabile che l'Amministrazione è obbligata a garantire trattandosi di assolvimento di compiti irrinunciabili" (Cons. Stato, sent. n. 3495/2001).

Il principio dell'indispensabilità della previa autorizzazione allo svolgimento del lavoro straordinario potrebbe quindi essere derogato quando l'attività sia svolta per obbligo d'ufficio (al riguardo si parla di autorizzazione implicita), ma, nel rispetto dei principi costituzionali sopra ricordati, ha ribadito che deve pur sempre trattarsi di esigenze indifferibili e urgenti e che, in ogni caso, è sempre necessaria una successiva autorizzazione, sia pure *ex post*.

In alcuni casi, la magistratura amministrativa non ha ritenuto sufficienti quale autorizzazione implicita la circostanza che le prestazioni svolte siano state rese in esecuzione di appositi turni di servizio o tabulati.

Tali atti non possono automaticamente valere, anche sotto il ripetuto profilo della compatibilità finanziaria, come provvedimenti autorizzatori allo svolgimento di lavoro oltre l'orario d'obbligo essendo comunque necessaria una formale autorizzazione postuma a sanatoria del responsabile amministrativo dell'ente (cit. Cons. Stato, sent. n. 783/2012; Cons. Stato, sent. n. 5953/2012; Cons. Stato, sent. n. 8626/2010).

È necessario comunque precisare che nel caso in cui l'ente ammetta l'espletamento di una prestazione lavorativa oltre il normale orario di lavoro, ma non eroghi il compenso opponendo la mancanza di una formale autorizzazione, questo non può essere considerato o equiparato a un'implicita autorizzazione dello straordinario.

Infatti, il non diniego di avvenuto espletamento di lavoro straordinario non equivale né a riconoscimento del suo espletamento, né, soprattutto, a riconoscimento della sua utilità.

In tali casi, alcune pronunce hanno negato anche la fondatezza dell'azione di indebito arricchimento intentata dai dipendenti.

Va innanzitutto chiarito che in tali evenienze non è di per sé configurabile l'azione di indebito arricchimento prevista dall'art. 2041 Cod. civ. atteso che il dipendente di per sé non sopporta alcun depauperamento che lo legittimi all'esercizio di tale azione (così, *ex plurimis* e tra le più recenti, Cons. Stato, sent. n. 5047/2013).

L'Aran ha sempre sostenuto la necessità di un'espressa e preventiva autorizzazione.

In numerosi pareri, infatti, l'Agenzia ha chiarito che in difetto dei presupposti previsti dal citato Ccnl del 2000 le ore effettuate dal dipendente di sua iniziativa, senza la preventiva autorizzazione del dirigente/responsabile, non possono essere retribuite come lavoro straordinario, né essere utilizzate per i riposi compensativi previsti dall'art. 38, comma 7, del citato contratto (Aran, Ral 202).

L'Aran ha precisato che problemi di questo tipo potrebbero essere agevolmente prevenuti attraverso un'oculata gestione del personale da parte dei dirigenti/responsabili.

Il dirigente/responsabile dovrebbe **chiamare prima il dipendente**, rappresentandogli che la presenza in servizio, oltre l'orario d'obbligo, è necessaria e pertanto espressamente e preventivamente autorizzata sulla base di specifiche esigenze di servizio.

In tali casi, inoltre, ha continuato l'Aran, l'ente, nella remota ipotesi di contenziosi che dovessero comportare la sua condanna, dovrebbe rivalersi sui dirigenti che non hanno vigilato e non hanno richiamato il lavoratore al rispetto delle regole sull'autorizzazione dello straordinario.

Il Consiglio di Stato nella pronuncia in commento (1) ha chiarito che il principio della indispensabilità della previa autorizzazione allo svolgimento del lavoro straordinario subisce eccezione, invero, quando l'attività sia svolta sì per obbligo d'ufficio, ma, nel rispetto dei principi costituzionali sopra evidenziati, con la precisazione che tale lavoro sia compiuto a fronte di esigenze indifferibili e urgenti. Il Consiglio ha però precisato che "comunque è sempre indispensabile che lo straordinario medesi-

mo venga prestato all'interno del limite massimo delle ore consentite" dal contratto di riferimento.

Nel caso di specie, quindi, il ricorso presentato dal dipendente per il riconoscimento dello straordinario per n. 312 ore è stato respinto perché non è possibile riconoscere un numero di ore eccedenti il massimo previsto dal contratto.

Il Consiglio di Stato infatti ha ritenuto lo straordinario, effettuato nel limite massimo contrattualmente previsto, legittimo anche senza autorizzazione espressa, in quanto l'ordine di servizio, relativo all'espletamento di determinate attività, non avendo dettagliato l'orario di lavoro, costituisce atto idoneo a riconoscere (e quindi autorizzare implicitamente) lo svolgimento di tutte le attività necessarie, anche eventualmente oltre l'orario normale di lavoro.

Nel caso in cui, pertanto, il dipendente dimostri che l'attività espletata è stata necessaria per adempiere all'ordine di servizio, lo straordinario è legittimo. Certamente, però, il riconoscimento dello stesso non può essere incondizionato.

In tale contesto, secondo il Consiglio di Stato, posto che l'ordine di servizio aveva assegnato un determinato incarico senza alcuna determinazione delle ore di prestazione di straordinario per il suo svolgimento, "non può che concludersi nel senso che quanto ricevuto dal dipendente e documentato nei prospetti di pagamento della sua retribuzione rappresenta il dovuto compenso per le ore di lavoro straordinario da lui effettuate nell'ambito del tetto dei compensi al riguardo prefissato dall'Amministrazione comunale".

(1) Consiglio di Stato, sez. V, sentenza n. 1671/2014.