

<https://leautonomie.it/>

## La corretta gestione degli straordinari: attenzione alle autorizzazioni implicite

01/07/2024 Luigi Oliveri Pubblico Impiego

Lo straordinario può anche essere autorizzato implicitamente da parte delle amministrazioni pubbliche datori di lavoro.

L'ordinanza della [Cassazione, Sezione Lavoro, 28 giugno 2024, n. 17912](#) indica elementi di importanza capitale per la corretta gestione dello straordinario e per la definizione delle responsabilità derivanti dallo svolgimento di attività in straordinario non consentite.

**Diritti del lavoratore.** Il primo punto da tenere molto bene in considerazione è che lo straordinario è un istituto di gestione del rapporto di lavoro, volto a consentire lo svolgimento di attività lavorativa oltre i limiti mensili fissati dalla contrattazione.

Dunque, la fattispecie trattata, nell'ambito del lavoro pubblico contrattualizzato, è sorretta non dal diritto pubblico ove la PA esercita poteri autoritativi unilaterali, bensì dal diritto privato, ove si adottano atti di natura privatistica e, quando lo prevede la contrattazione, di natura paritetica.

Pertanto, la posizione giuridica del lavoratore, rispetto alla percezione della retribuzione ulteriore connessa allo svolgimento di attività straordinarie, è di diritto soggettivo.

Questa osservazione è fondamentale ed incide sull'intera regolazione dei rapporti: la PA non agisce con poteri pubblicistici e il lavoratore, anche se lo straordinario non sia autorizzato con formali modalità, va retribuito laddove si comprovi che sia stato effettivamente svolto.

**Garanzie del codice civile.** Si applica, quindi, il combinato disposto degli articoli 2108 e 2126 del codice civile.

Il comma 1 del primo dispone: "In **caso di prolungamento dell'orario** normale, il prestatore di lavoro **deve** essere compensato per le ore straordinarie con un aumento di retribuzione rispetto a quella dovuta per il lavoro ordinario".

Come si nota, la legge:

1. configura il pagamento dell'aumento di retribuzione alla stregua di dovere a carico del datore; a tale dovere corrisponde simmetrico diritto del lavoratore;

2. non condiziona il pagamento dell'aumento ad autorizzazioni, ma lo riferisce al semplice caso, all'evento dello svolgimento di attività lavorative tale per cui si prolunghi l'orario normale.

L'articolo 2126 al comma 1 dispone: "La nullità o l'annullamento del contratto di lavoro non produce effetto per il periodo in cui il rapporto ha avuto esecuzione, salvo che la nullità derivi dall'illiceità dell'oggetto o della causa".

Tale norma, secondo gli insegnamenti della Cassazione, si applica anche alle singole regole di disciplina del rapporto di lavoro, non all'intero contratto necessariamente. Dunque, laddove la condizione posta dalla contrattazione collettiva per una regolare attivazione dello straordinario, cioè l'autorizzazione preventiva, si avveri in modo non conforme alla regola della forma scritta e precedente alla realizzazione dell'attività straordinaria, anche l'eventuale nullità o persino l'annullamento dell'autorizzazione non esclude il diritto del lavoratore alla percezione dell'aumento retributivo connesso allo svolgimento dell'attività in straordinario effettivamente posta in essere.

Ciò, è bene precisare, vale anche nel caso di "prestazioni aggiuntive" (caso ricorrente nella situazione concreta esaminata), riconducibili o a particolari disposizioni normative (come nel caso concreto relativo a prestazioni di carattere sanitario) o a progetti incentivanti, che prevedano la realizzazione di attività lavorative oltre l'orario ordinario. Indirettamente, la Cassazione conferma che qualora l'incentivazione consegua a progetti per i quali il lavoratore sia chiamato a prestazioni orarie ulteriori, sebbene l'obiettivo finale del progetto possa anche non essere raggiunto in tutto o in parte, comunque il pagamento delle ore ulteriori svolte va disposto: "Lo svolgimento di lavoro oltre il debito orario non

intercetta infatti, sotto il profilo della remunerazione, soltanto la fattispecie delle prestazioni c.d. «aggiuntive», ma anche quella del lavoro straordinario, in ipotesi nella variante di cui all'art. 2126 c.c. edè a tali ipotesi che l'insistenza del ricorrente sulla concreta esecuzione di prestazioni cui egli era stato «comandato» inevitabilmente riporta in esercizio il potere-

dovere di individuare, una volta denunciata la violazione di legge, la disciplina normativa regolativa della fattispecie dedotta in causa".

**Autorizzazione anche solo implicita.** L'elemento di maggiore portata della ricostruzione degli ermellini sta nelle modalità di rilascio dell'autorizzazione allo svolgimento dello straordinario.

Afferma l'ordinanza: "il diritto al compenso per il lavoro straordinario svolto, che presuppone la previa autorizzazione dell'amministrazione, spetta al lavoratore anche laddove la richiesta autorizzazione risulti illegittima e/o contraria a disposizioni del contratto collettivo, atteso che l'art. 2108 c.c., applicabile anche al pubblico impiego contrattualizzato, interpretato alla luce degli artt. 2 e 40 del d.lgs. n. 165 del 2001 e dell'art. 97 Cost., prevede il diritto al compenso per lavoro straordinario se debitamente autorizzato e che, dunque, rispetto ai vincoli previsti dalla disciplina collettiva, la presenza dell'autorizzazione datoriale è il solo elemento che condiziona l'applicabilità dell'art. 2126 c.c. (Cass. n. 23506/2022)".

Come evidenziato prima, la disciplina del rapporto di lavoro rientra nel diritto privato, non pubblico. Cade, quindi, l'applicazione del principio di legalità proprio dell'ordinamento pubblicistico, che impone casi tassativi e specifiche forme delle decisioni.

Nell'ambito del lavoro privatizzato, invece, emerge la concreta volontà delle parti, che, in assenza di norme di legge poste a chiedere forme particolari, può desumersi semplicemente per fatti concludenti.

Spiega la Cassazione: "ciò che conta è lo svolgimento del lavoro **su incarico anche solo implicito** del datore e non contro la volontà di questi, sicché non rileva il fatto che siano osservate forme, né che l'autorizzazione si manifesti per qualunque ragione come invalida o potenzialmente tale, oppure come inidonea (v. il caso dei compensi incentivanti) al suo scopo originario".

Se, per esempio, un lavoratore sia coinvolto in un progetto specifico destinato al conseguimento di specifici obiettivi che richieda la realizzazione di orario aggiuntivo, l'autorizzazione è implicita nell'approvazione del progetto incentivante e nell'incarico assegnato al singolo lavoratore di svolgere attività nell'ambito di tale progetto. Non è necessaria, quindi, una specifica e formale autorizzazione.

**Diniego dell'autorizzazione.** La PA, come datore di lavoro, semmai, ha l'onere di denegare esplicitamente lo svolgimento dello straordinario.

S'è visto prima che l'applicazione dell'articolo 2126 del codice civile, da leggere come norma attuativa dell'articolo 36 della Costituzione, fonda il diritto del lavoratore a percepire la retribuzione connessa all'attività lavorativa svolta, a meno che non si dimostri l'illeceità dell'azione svolta dal lavoratore stesso.

La Cassazione sottolinea che una volta autorizzata, anche per implicito, e svolta la prestazione, non possono gravare sul lavoratore "le conseguenze della divergenza rispetto agli impegni di spesa. Tale divergenza può certamente impedire di riconoscere aumenti di corrispettivo non coperti da una regolare conduzione della contrattazione o di riconoscere speciali emolumenti di cui siano carenti i necessari presupposti quali previsti dalla contrattazione collettiva, ma non può essere di ostacolo al pagamento di una prestazione ulteriore a quella ordinaria **che sia resa non insciente vel proibente domino o comunque in modo incoerente con la volontà del datore"**.

Quindi, nemmeno l'assenza di un regolare impegno di spesa può essere di ostacolo al riconoscimento di un diritto che al lavoratore spetti in quanto abbia svolto la prestazione e il datore:

1. sia "non inscientente", cioè al corrente, consapevole che il lavoratore svolga attività straordinarie;
2. sia "non proibente", cioè non abbia, ma in questo caso espressamente, proibito al lavoratore di effettuare straordinari.

**Oneri e responsabilità del datore.** Quindi, il datore di lavoro deve agire in maniera molto precisa e specifica.

Non può limitarsi a tollerare l'attività del lavoratore o ad approvare generiche attività che presuppongano lo svolgimento di attività orarie ulteriori: simili comportamenti implicano esattamente l'atteggiamento di animo non inconsapevole degli straordinari (del resto, il controllo doveroso dei cartellini evidenzia la situazione) e anche dell'intenzione di non proibirli.

Il datore, cioè il dirigente o il responsabile di servizio, allora, deve essere molto chiaro nello stabilire che le prestazioni straordinarie non autorizzate preventivamente e per iscritto sono da considerare proibite e quindi svolte contro la volontà datoriali, sì da privare il lavoratore del diritto alla retribuzione.

La Cassazione sul punto appare abbastanza chiara: "l'attività lavorativa oltre il debito orario comporta il diritto al compenso per lavoro straordinario nella misura prevista dalla contrattazione collettiva, purché sussista il consenso datoriale che, comunque espresso, è il solo elemento che condiziona l'applicabilità dell'art. 2126 c.c., in relazione all'art. 2108 c.c., a nulla rilevando il superamento dei limiti e delle regole riguardanti la spesa pubblica, **il quale determina, però, la responsabilità dei funzionari verso la pubblica amministrazione**".

L'eventuale pagamento, quindi, di straordinari irregolarmente autorizzati o semplicemente tollerati, in quanto non programmati a dovere e non espressamente proibiti, conserva in capo al singolo lavoratore il diritto alla percezione del connesso aumento stipendiale, ma simmetricamente fa scattare in capo al dirigente o responsabile di servizio negligente la responsabilità erariale nei confronti della PA, connessa al pagamento di prestazioni lavorative non correttamente disciplinate, specie se in assenza di programmazione finanziaria e impegno di spesa.

**Autorizzazione negli enti locali.** Quanto indicato dall'ordinanza in commento vale in termini generali, ma c'è da chiedersi se la disciplina degli enti locali contenga le cautele giuridiche per evitare le conseguenze della ricostruzione offerta dalla Cassazione.

L'articolo 32, comma 2, del Ccnl 16.11.2022 dispone che "La prestazione di lavoro straordinario è **espressamente** autorizzata dal dirigente, sulla base delle esigenze organizzative e di servizio individuate dall'ente, rimanendo esclusa ogni forma generalizzata di autorizzazione".

La norma appare chiara: non richiede, a ben vedere una particolare forma: non si parla di autorizzazione resa per iscritto necessariamente, ma comunque espressa, cioè data con modalità tali da poter ricostruire anche con prove la volontà specifica del datore di consentire lo straordinario.

Ora, sebbene la clausola contrattuale induca a ritenere che l'autorizzazione vada espressa in modi facilmente comprovabili, sicché l'espressione per iscritto (anche sulla base di una semplice mail o selezionando il corretto input ai comandi dell'applicativo gestionale

del rapporto di lavoro in uso) è da privilegiare, comunque non mette del tutto al riparo da autorizzazioni implicite per mera tolleranza. Il datore di fronte a richieste di straordinari è opportuno si esprima o con un'autorizzazione (che deve essere preventiva, sebbene la citata norma del Ccnl non lo affermi con chiarezza), o con un diniego e una contestuale proibizione. In assenza di ciò, la posizione giuridica del lavoratore ricade nelle tutele dell'articolo 2126 del codice civile e il rischio di responsabilità erariali diviene concreto.