



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 10697 del 2005, proposto da:
Cutri' Girolamo, rappresentato e difeso dall'avv. Rocco Licastro, con domicilio
eletto presso Roberto Costa Calabria in Roma, via Cartesio, 144, sc. E, int. 10;

contro

Azienda USSL n. 10 della Calabria;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CALABRIA - SEZ. STACCATA DI REGGIO
CALABRIA, n. 00603/2005, resa tra le parti, concernente retribuzione del lavoro
straordinario svolto dal 1986 al 1993.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 giugno 2013 il Cons. Pierfrancesco
Ungari e udito per l'appellante l'avvocato Licastro;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. L'odierno appellante ha lavorato come operatore tecnico (cuoco) presso il presidio ospedaliero di Palmi fino al 31 dicembre 1993, data di cessazione del rapporto di impiego.

Ha chiesto al TAR della Calabria la condanna della AUSSL n. 10 di Palmi al pagamento della retribuzione per lavoro straordinario, che assume di avere svolto negli anni 1986-1993.

Il TAR, con la sentenza appellata (RC, n. 603/2005) ha respinto il ricorso, sottolineando -oltre alla genericità con cui la pretesa era stata prospettata (*“che potrebbe far persino dubitare dell’ammisibilità del gravame”*) ed alla mancanza della minima documentazione di supporto - che:

- con delibere n. 553/1989 e n. 657/1989, la USL n. 26 di Palmi aveva riconosciuto il lavoro straordinario espletato negli anni 1986-1988, ma i provvedimenti erano stati annullati dal Co.Re.Co. sulla base del rilievo della mancanza di preventiva autorizzazione allo straordinario e di un formale riscontro sull'effettivo svolgimento;
- analogo rilievo deve farsi riguardo agli anni successivi, non potendosi supplire alla mancanza di un principio di prova riguardo ai predetti presupposti.

2. Nell'appello, in relazione a censure di difetto di motivazione, violazione dell'art. 36 Cost., contraddittorietà rispetto a precedenti manifestazioni di volontà, si ribadisce che l'Amministrazione aveva sempre manifestato, almeno implicitamente, la volontà di avvalersi delle prestazioni di lavoro straordinario, in quanto dettate da effettive ed inderogabili esigenze di servizio legate alla copertura dei turni di lavoro necessari per assicurare il regolare funzionamento della cucina.

Si sostiene, in particolare, che il TAR abbia errato nel ritenere che il ricorrente non avesse fornito la prova del proprio assunto e che il lavoro svolto si basasse soltanto sulle affermazioni del ricorrente; infatti, in primo grado erano stati prodotti: i certificati prot. 12766 in data 10 giugno 1992 e prot. 6228 in data 25 febbraio 1994, le deliberazioni n. 553/1989 e n. 657/1989, unitamente alla relativa ordinanza di annullamento del Co.re.co. n. 40379/1989; mentre dai turni di servizio esistenti agli atti della USL n. 26, risulta la effettività del lavoro svolto, senza ottenerne la remunerazione, per 165 ore nel 1986, 375 nel 1987, 358 nel 1988, 81 nel 1990, 55 nel 1991, 86 nel 1992 e 96 nel 1993.

3. La ASL non si è costituita in giudizio.

4. La sentenza appellata merita conferma.

4.1. Le argomentazioni dell'appellante non scalfiscono l'aspetto ritenuto dal TAR prioritariamente dirimente, vale a dire la mancanza di un'autorizzazione all'espletamento del lavoro straordinario.

Va ricordato che, secondo l'orientamento di questo Consiglio, la circostanza che il pubblico dipendente abbia effettuato prestazioni eccedenti l'orario d'obbligo non è da sola sufficiente a radicare il suo diritto alla retribuzione, altrimenti, si determinerebbe l'equiparazione del lavoro straordinario autorizzato con 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; viceversa, 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, secondo l'art. 97 Cost., deve essere improntata l'azione della Pubblica Amministrazione (cfr. Cons. Stato, III, 24 aprile 2013, n. 2312; V, 17 febbraio 2004, n. 587).

In particolare, nell'impiego sanitario, ai sensi degli artt. 17 del d.P.R. 270/1987 e 80 del d.P.R. 384/1990, non potendo il lavoro straordinario essere utilizzato come fattore ordinario di programmazione del lavoro, le relative prestazioni hanno carattere eccezionale, devono rispondere ad effettive esigenze di servizio ed essere preventivamente autorizzate (cfr. Cons. Stato, III, 3 aprile 2013, n. 1864). Cosicché, è legittimo il diniego di compenso del lavoro straordinario che il pubblico dipendente afferma di aver svolto ma che non furono autorizzate dall'Amministrazione né in via preventiva né in via successiva e neppure in sanatoria, né l'autorizzazione può ritenersi implicitamente rilasciata per ragioni di necessità ed urgenza, solo allegata ma non documentate (cfr. Cons. Stato, III, 25 marzo 2013, n. 1650). Solo in via eccezionale si consente l'espletamento del lavoro straordinario senza preventiva autorizzazione, in caso d'improcrastinabili esigenze di servizio, purché intervenga autorizzazione postuma a sanatoria (cfr. Cons. Stato, III, 19 febbraio 2013, n. 996; VI, 9 dicembre 2010, n. 8626).

Nel caso in esame, non risulta che un'autorizzazione, valida ed efficace, vi sia stata, avendo il Co.re.co. annullato le deliberazioni n. 553/1989 n. 657/1989 (comportanti autorizzazione in sanatoria per gli anni 1986-1988), mediante, rispettivamente, le ordinanze n. 30592/1989 e n. 40379/1989, sulla base del rilievo della mancanza di una previa autorizzazione e del difetto di una *“garanzia di un formale riscontro dell'avvenuta prestazione specie ora se si consideri che il riconoscimento avviene su istanza dell'interessato avanzata a distanza di anni”*; e non risultando intervenute autorizzazioni per il periodo successivo.

4.2. Vero è che un orientamento, risalente, ammette la rilevanza di un'autorizzazione implicita, nei casi di svolgimento di un servizio indilazionabile che l'Amministrazione abbia il preciso compito di assicurare e che per cogenti ragioni organizzative non possa essere svolto da altri all'infuori del dipendente che

pretende il compenso (cfr. Cons. Stato, V, 6 settembre 1999, n. 1020; 29 maggio 1995, n. 843; 9 marzo 1995, n. 329).

Tuttavia, nel caso in esame, anche volendo ipotizzare che si possa prescindere da un'autorizzazione formale, previa o a sanatoria, e che quindi si possa desumere la imprescindibilità dell'espletamento del lavoro straordinario dalle concrete circostanze di organizzazione e svolgimento dell'attività, resta il fatto che l'appellante non ha assolto al relativo onere probatorio.

Infatti, oltre a riproporre le argomentazioni disattese e la documentazione già prodotta in primo grado (oltre alle deliberazioni citate, si tratta di mere certificazioni del numero di ore di straordinario espletate), si è limitato ad affermare la necessità delle prestazioni svolte, ma non ha fornito – come avrebbe potuto, trattandosi di informazioni che lo riguardavano direttamente, disponibili o facilmente accessibili- una prospettazione (anche presuntiva ed approssimativa, con riferimento al numero del personale impiegato, al numero di ore di lavoro, agli orari di funzionamento della cucina, ai relativi turni, al volume medio di attività, etc.) idonea a convincere dell'esistenza delle necessità organizzative e funzionali, nel senso suindicato.

5. Nulla per le spese, in assenza di costituzione dell'Amministrazione.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Nulla per le spese.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 18 giugno 2013 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Romeo, Presidente

Silvestro Maria Russo, Consigliere

Massimiliano Noccelli, Consigliere

Alessandro Palanza, Consigliere

Pierfrancesco Ungari, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 25/09/2013

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)