

24.

Computabilità dello straordinario continuativo nel T.F.R. e negli istituti contrattuali.

Il lavoro straordinario prestato in modo continuativo costituisce una mera maggiorazione della retribuzione base e in quanto tale deve essere computato nel T.f.r. e negli altri istituti ragguagliati alla retribuzione risultando irrilevante la mancata espressa previsione di tale compenso nell'art. 14 del Ccnl per i dipendenti dalle aziende municipalizzate tra le voci costituenti la "retribuzione globale".

Ai sensi dell'art. 7 L. 10.4.81 n. 157 che ratifica e rende esecutiva la Convenzione OIL 24.6.70 n. 132 l'incidenza del compenso per lavoro straordinario continuativo va computata nella retribuzione dovuta per ferie.

Ai sensi dell'art. 5 della L. 27.5.49 n. 260 l'incidenza del compenso per lavoro straordinario continuativo va computata nella retribuzione dovuta per festività.

[Trib. Milano, 28 marzo 1990; Mannacio, Pres.; Simonazzi, Estens.; A.M.S.A. c. Miglio].

(*Omissis*). Il lavoratore ha prodotto conteggi delle prestazioni straordinarie dedotte in giudizio che non solo ricorrono tutti i mesi ma, salve rare eccezioni, registrano livelli mensili addensati attorno a valori ricorrenti.

In prima approssimazione si può quindi affermare che l'appellato ha effettuato in modo costante e sistematico un numero di ore straordinarie superiori al limite convenzionale; che tale modalità è da porre in relazione alle esigenze di servizio dell'azienda; che in conseguenza di tali prestazioni l'appellato ha percepito il compenso relativo; che il *thema decidendum* si incentra sull'incidenza di tale compenso sugli istituti delle mensilità aggiuntive sul trattamento delle ferie e delle festività retribuite.

La nozione di straordinario continuativo configurata dal Collegio trova conforto in

una giurisprudenza perspicua della Suprema Corte cui questo Collegio ritiene di aderire. Invero, la Suprema Corte ha insegnato (Cass. 15.5.87 n. 4508) che « il lavoro straordinario si configura come continuativo quando risulta oggettivamente come espressione di un'organizzazione aziendale che di fatto implichi la necessità di prestazioni lavorative oltre il normale orario. La prestazione straordinaria va quindi considerata continuativa in relazione a particolari esigenze tecnico-produttive dell'impresa non aventi carattere occasionale e che richiedono un impegno lavorativo superiore a quello normale. Il lavoro straordinario continuativo si inquadra nella programmazione produttiva aziendale e, in mancanza di diversi elementi probatori, la continuità della prestazione straordinaria può desumersi dalla corrispondenza costante del compenso aggiuntivo per le ore di lavoro oltre il normale, costituendo tale fatto un indice certo di una necessità produttiva non occasionale e di un accordo tra le parti di sopperire a tale necessità mediante l'esecuzione di un'attività supplementare rispetto all'orario prestabilito dai contratti o dalla legge ed alla quale corrisponde un compenso che, per la sua costanza e ripetitività, finisce col far parte della normale retribuzione ».

Secondo il pensiero della Suprema Corte, affinché il compenso per il lavoro straordinario venga a configurarsi come elemento costantemente integrativo della retribuzione-base è sufficiente che risulti, con una valutazione a posteriori, che il lavoratore abbia, con apprezzabile frequenza, non necessariamente giornaliera, effettuato prestazioni straordinarie con frequenza tale da far escludere la mera occasionalità. (*Omissis*).

Il Pretore ha ritenuto che i compensi per lavoro straordinario continuativo rientrano nella nozione di retribuzione globale, per la sorte del lavoro straordinario continuativo si colloca fuori dalla cornice di riferimento orientato alla onnicomprensività, desumibile da una corretta lettura dell'art. 14, che all'onnicomprensività sembra concedere solo deroghe tassative e nominate.

Questo Tribunale ha già affrontato la questione e nella sua più recente giurisprudenza ha registrato, così come ha fatto il primo giudice, l'anomalia di un lavoro straordinario continuativo e ha ritenuto di assimilare i compensi percepiti a tale titolo alle « altre indennità » definite con criterio aperto, in contrapposizione al numero chiuso delle esclusioni.

Questo Collegio, dato doverosamente atto delle proprie precedenti oscillazioni, rileva che il dibattito si è recentemente arricchito da prese di posizione delle associazioni stipulanti al massimo livello, che si sono impegnate in una interpretazione autentica delle clausole contrattuali rilevanti, rendendo altresì su tale interpretazione un perspicuo parere che, ancorché raccolto in altra causa, è stato e prodotto in questo giudizio.

Da una considerazione globale dell'interpretazione autentica e delle osservazioni rese su tale interpretazione risulta affermato in modo concorde e perentorio:

a) che gli stipulanti non hanno inteso comprendere i compensi per lavoro straordinario nella nozione di retribuzione globale;

b) che tuttavia il quesito formulato dalle aziende non aveva avuto di mira lo straordinario continuativo, ma lo straordinario per così dire occasionale previsto dall'art. 28 del Ccnl.

Lo stesso presidente della Commissione Interpretativa (Commissione prevista, giova ricordarlo, dallo stesso Ccnl) ha ammesso, a specifica domanda, che « non era stato esplicitato e quindi affrontato il problema se il parere sull'incidenza dello straordinario sugli altri istituti contrattuali valesse anche nel caso che la quantità di straordinario prestato superasse il massimo contrattualmente stabilito ».

Il Collegio, mentre prende atto dell'autorevolezza del parere espresso dalla Commissione Interpretativa, deve quindi rilevare che la stessa Commissione non ha esaminato la ipotesi dello straordinario continuativo, ma quella fisiologica dello straordinario occasionale previsto dall'art. 28 del Ccnl nel limite massimo di 200 ore annue e di 2 ore giorno-

liere per far fronte a inderogabili esigenze di servizio di carattere urgente e imprevedibile.

Così stando le cose, la questione che ci occupa è ancora impregiudicata anche a livello di parere sindacale, con la conseguenza che il Collegio deve far ricorso agli ordinari strumenti ermeneutici di cui agli artt. 1362 e sgg. c.c.

Orbene, nella logica del Ccnl, lo straordinario continuativo si configura come un'anomalia non prevista dai contraenti collettivi. E poiché il Ccnl *de quo* opera, in campo retributivo, per definizioni formali (cioè *latu sensu* arbitrarie) non ha senso discutere sullo straordinario continuativo come se si trattasse della stessa categoria su cui hanno negoziato i contraenti collettivi. In altri termini, è stato chiarito che lo straordinario di cui si parla nel contratto non è lo straordinario continuativo e che lo straordinario è lo straordinario occasionale così come definito dal contratto stesso. Una volta stabilito che le parti non hanno inteso negoziare sullo straordinario continuativo, deve soccorrere l'art. 1364 c.c. il quale stabilisce che « per quanto generali siano le espressioni usate nel contratto, questo non comprende che gli oggetti, sui quali le parti si sono proposte di contrattare ».

Le generalità dell'espressione letterale « lavoro straordinario » e la generalità della espressione « ogni altra indennità » pongono problemi ermeneutici ex art. 1364 che vanno risolti con strumenti omogenei.

I contraenti collettivi non hanno incluso lo straordinario fra le voci di cui all'art. 14 (retribuzione globale), perché si sono limitati a regolare lo straordinario contemplato dal contratto, caratterizzato da compensi occasionali non significativi ai fini di stabilire il *trend* del livello retributivo annuale.

Laddove, come nella specie, lo straordinario continuativo costituisce una connotazione strutturale della retribuzione, occorre rileggere l'art. 14 senza enfatizzare l'attenzione per l'elemento letterale che, scoraggiata in via generale dall'art. 1362, è addirittura inibita dall'art. 1364 quando tale attenzione

porterebbe a includere nel contratto oggetti su cui le parti non hanno inteso trattare.

Nella specie, fermo il principio che la nozione formale di straordinario contemplata dal contratto collettivo non è utilizzabile, vietandolo l'art. 1364, occorre indagare se la definizione di retribuzione globale di cui all'art. 14 configuri una nozione aperta suscettibile di estensione, ancorché in via di analogia interna, ai compensi continuativi *independenti a titolo di lavoro straordinario*.

L'art. 14 ricomprende nella retribuzione globale la retribuzione individuale e ogni altra indennità non espressamente esclusa. L'art. 14 non rimanda alle sole indennità di cui all'art. 21 dello stesso contratto, che, nella specie, del resto, non viene neppure richiamato.

Il senso dell'art. 14, fondato su un richiamo mediante previsione generale con limitazioni specifiche, è che tutte le indennità aventi le caratteristiche indicate vanno inserite nella retribuzione globale. Escluso un rimando chiuso dall'art. 14 all'art. 21 e interpretate le varie indennità nominate come una elencazione esemplificativa, la norma dell'art. 1365 in materia di interpretazione dei contratti consente di estendere le regole di cui all'art. 14 anche ai casi ai quali secondo ragione può estendersi lo stesso patto.

A questo punto, come già è stato rilevato da questo Tribunale, l'estensione della regola relativa ai casi espressi, così da comprendervi i casi non espressi, non è collegata ad una volontà effettiva, ma alla razionalità e coerenza della disciplina che ha avuto comunque ad oggetto la materia della compatibilità delle indennità. E l'esclusione di un compenso innominato non può più giustificarsi in base alla considerazione che le parti non hanno contrattato su di essa, (art. 1364), ma deve essere giustificata da uno specifico significato di incompatibilità *tra il silenzio relativo allo straordinario continuativo e la regolamentazione positiva che hanno dato agli altri compensi nominati*.

Questo Tribunale (Trib. Milano 8.3.89 n. 2725, pres. ed est. Mannacio, in causa Asma/Casiraghi), ha osservato in proposito

che la regola negoziale che presiede all'art. 14 prescinde dal nome del compenso e fonda il proprio precetto su altri requisiti rispetto ai quali il nome non è significativo. Un primo gruppo di compensi definiti « indennità » valorizza il luogo della prestazione allorquando questo sia diverso dalla sede di lavoro abituale (art. 21, lett. C), ovvero il maggior costo della prestazione per il lavoratore (art. 21, lett. E, F e G), ovvero il maggior rischio connesso alla natura dei luoghi (art. 21 lett. H), o a particolari contingenze atmosferiche (art. 21, lett. I).

Altra indennità valorizza la reperibilità (art. 21 lett. M). La coerenza lessicale (indennità) cessa nell'ipotesi dell'art. 29 rispetto al quale si parla di compenso, ancorché con riferimento a erogazioni correlate al modulo temporale.

Faceva rilevare il Tribunale che l'incoerenza lessicale degli stipulanti diventa coerenza sostanziale allorquando si rilevi che l'ipotesi di cui all'art. 29 ha regolamentazione identica a quella degli artt. 30 e 31 quanto all'incidenza del compenso e dell'indennità sulle mensilità aggiuntive. Sulla base di tale analisi, il Tribunale argomentava che: a) o i compensi a fronte di modalità temporali della prestazione sono indennità e allora il compenso per lavoro straordinario continuativo vi rientra a tale titolo, per estensione della regola di cui all'art. 14; b) oppure il termine indennità è utilizzato tecnicamente e riguardo i compensi fissi e continuativi *tout court* a prescindere dal nome attribuito dalle parti e allora è a tale titolo che il compenso di cui si discute va ricompreso nella retribuzione globale. Il silenzio delle parti sullo straordinario continuativo trova la sua ragione, ma anche il suo limite, nella nozione di straordinario recepita dalle parti.

In ogni caso il compenso per straordinario continuativo è fisso perché, nella logica del contratto, il compenso fisso non è il compenso invariabile nel suo ammontare, ma il compenso determinabile in ragione del carattere fisso e certo dei criteri di quantificazione. Tanto si desume dagli artt. 29, 30 e 31 del Ccnl che ricomprendono indennità

facenti parti della retribuzione globale e che sono fisse nel senso che è fissa e predeterminata l'entità unitaria assunta come unità di misura.

La sentenza del Pretore merita dunque conferma in punto a statuizioni assunte in tema di incidenza dello straordinario continuativo nella base di calcolo delle mensilità aggiuntive.

Quanto al trattamento ferie, il Tribunale, confermando la propria precedente giurisprudenza ritiene che la computabilità del compenso per lavoro straordinario continuativo nel trattamento ferie si fondi direttamente sull'art. 7 Convenzione OIL 24.6.70 n. 132, entrata in vigore in Italia il 29.7.82 in forza della legge 10.4.81 n. 157. In tale articolo si dice che chiunque prenda un congedo per ferie deve ricevere per tutta la durata di tale congedo almeno la normale o la media retribuzione.

Con tale direttiva si vuol dire che in caso di compensi variabili, la retribuzione delle ferie non può essere inferiore alla media dei compensi, lasciando all'autorità statale la regolamentazione degli altri elementi (durata, ecc.).

Anche in punto di trattamento ferie la sentenza del pretore va dunque confermata.

Infine la sentenza va confermata anche in ordine alla ritenuta incidenza dello straordinario sul trattamento delle festività, avuto riguardo alla disposizione di cui all'art. 5 della legge n. 260/49 che fa riferimento alla retribuzione globale di fatto, compreso ogni elemento accessorio.

L'aggettivo normale, allineato a quello globale e seguito dalla specificazione « compreso ogni elemento accessorio », non può essere letto in senso restrittivo, ma in senso estensivo, cioè come retribuzione personalizzata alla normalità della prestazione del lavoratore di cui si tratta (*Omissis*).

NOTA

La sentenza del Tribunale di Milano — che si aggiunge al vasto ed annoso filone di contenzioso sulla computabilità del lavoro straordinario continuativo nel T.F.R. e negli

altri istituti contrattuali — si connota per la peculiarità delle argomentazioni poste a base della decisione adottata.

La sentenza in esame ribalta, infatti, il principio sancito dalle stesse Sezioni Unite di Cassazione (Sent. 3 aprile 1989, n. 1608, in *questa Riv.*, 1990, II, 200), che avevano espressamente escluso la computabilità dello straordinario (sia pur facendo salva qualsiasi espressa previsione contrattuale), in quanto « il carattere fisso e continuativo della prestazione di lavoro straordinario non fa venir meno il carattere straordinario di essa e non trasforma il relativo compenso in retribuzione ordinaria e normale ». Per inciso, va altresì ricordato come in tale sentenza venissero, di fatto, ribaditi i principi già affermati dalle stesse Sezioni Unite con la sentenza 13 febbraio 1984, n. 1075 (in *questa Riv.*, 1984, II, 425, con nota di GAUDENZI, *Riflessioni in tema di « omnicomprensività della retribuzione »*), la quale negando la sussistenza del principio di omnicomprensività, aveva escluso la computabilità del compenso per lavoro straordinario, sia pur prestato continuamente ed in misura fissa, negli istituti retributivi indiretti, facendo sempre salva la diversa previsione contrattuale.

Contrariamente a quanto affermato dalle Sezioni Unite nelle richiamate decisioni, il Tribunale di Milano, riconosce, infatti, la piena computabilità del lavoro straordinario continuativo, addirittura prescindendo dalla omessa previsione contrattuale, ponendo, tra l'altro, a base della propria decisione delle riflessioni di vera e propria ermeneutica contrattuale.

Il Tribunale perviene, infatti, all'identificazione, nello straordinario continuativo di una vera e propria voce retributiva « anomala » ontologicamente riconducibile alla retribuzione base, di cui costituisce mera maggiorazione ed, in quanto tale, computabile nel T.F.R. e negli altri istituti ragguagliati alla retribuzione.

Ne discende l'irrelevanza della omessa previsione contrattuale (nella fattispecie, si richiama il ccnl per i dipendenti delle aziende municipalizzate) del compenso per lavoro

straordinario tra le voci costituenti « la retribuzione globale ».

L'eventuale previsione contenuta nel contratto collettivo di riferimento andrebbe, infatti, sempre a detta del Tribunale, riportata al diverso istituto dello straordinario occasionalmente prestato, riconducibile alla figura fisiologica e non anomala dello straordinario stesso.

Il Tribunale richiama, a conferma della propria analisi interpretativa, una propria precedente decisione (sent. 8 marzo 1989, n. 2725, *inedita*) che, richiamandosi proprio all'art. 14 del cnl per i dipendenti delle aziende municipalizzate (che dà una definizione di retribuzione globale mensile ricomprendendovi la retribuzione individuale ed ogni altra indennità avente carattere fisso e continuativo), aveva, a suo tempo, affermato come la regola negoziale intercorsa tra le parti prescinde dal nome del compenso: ciò confermerebbe che i contraenti non avevano incluso lo straordinario tra le voci di cui all'art. 14 del contratto perché avevano limitato la regolamentazione del compenso per lavoro straordinario alle sole prestazioni occasionali, laddove « lo straordinario continuativo costituisce una connotazione strutturale della retribuzione ».

Per inciso, identiche argomentazioni vengono poste a base della successiva decisione dello stesso Tribunale di Milano (del 5 settembre 1990, in *Or. giur. lav.*, 1990, 105), che conferma come il compenso per lavoro straordinario continuativo vada ricompreso tra gli emolumenti destinati a costituire la nozione di una globalità retributiva convenzionale « che sembra sottendere la normalità del *trend* retributivo »: l'incidenza dello straordinario su ferie e mensilità aggiuntive discenderebbe, d'altra parte, dall'apertura stessa della nozione di retribuzione globale verso l'omnicomprensività della indennità, con talune esclusioni tassative. Lo stesso Tribunale di Milano, (con decisione del 4 settembre 1990, in *Or. giur. lav.*, 1990, 109) ha, infatti, escluso l'incidenza dello straordinario sugli istituti retributivi indi-

retti, ove l'esclusione sia espressamente prevista dalla contrattazione collettiva.

Il riferimento al dato testuale delle norme contenute nella contrattazione collettiva viene, da ultimo, abbandonato dallo stesso Tribunale di Milano nell'annotata sentenza, per quanto concerne l'incidenza dello straordinario continuativo su due specifici istituti contrattuali, le ferie e le festività: per questi ultimi, infatti, soccorre la norma di legge e, più in particolare, il richiamo alla convenzione OIL n. 132/70, ratificata e resa esecutiva con la L. n. 157/81 per quanto concerne le ferie, ed il riferimento all'art. 5, L. n. 260/49 per le festività.

Sul punto, si rinvia ai precedenti del Trib. Milano, 18 giugno 1988 (*ivi*, 1988, 1081), nonché alla Pret. Milano, 16 gennaio 1989 (in *Or. giur. lav.*, 1989, 143).

(Paola Assorgia)

25. - 26.

Stabilità contrattuale del posto di lavoro e parità di trattamento.

I

La motivazione che si limiti a fare riferimento a ragioni inerenti alla attività produttiva, alla organizzazione del lavoro ed al regolare funzionamento di essa è generica e, quindi, inidonea a giustificare il licenziamento di un dirigente.

Ove la contrattazione collettiva contempli tassativamente i casi in cui il datore di lavoro può recedere dal rapporto, escludendo il regime di libera recedibilità, si instaura un generalizzato regime convenzionale di stabilità reale, a prescindere da qualsivoglia requisito dimensionale dell'Azienda, pur se il contratto collettivo non prevede espressamente la reintegrazione del lavoratore licenziato fuori dei casi suddetti.

[Pret. Taurianova 13 novembre 1990, Pedicini, Pret.; Luccisano c. C.R.A. di Cittanova].