

# Il compenso per straordinario continuativo incide sugli istituti retributivi?

EGIDIO PAOLUCCI

In ordine alla incidenza del compenso per lavoro straordinario continuativo sulla base di calcolo degli istituti retributivi, pare opportuno distinguere tra *competenze indirette*, contrattuali o legali, e quelle *a base onnicomprensiva*.

Quanto alle *prime*, lo svolgimento della prestazione in modo fisso oltre l'orario normale non ne pregiudica il carattere di straordinarietà, a meno che, alla stregua di un corretto accertamento riservato al giudice di merito, come tale incensurabile in sede di legittimità se adeguatamente motivato, non risulti la volontà delle parti, anche se tacita, di ampliare l'orario normale conglobandovi quello straordinario, nonché di trasformare la relativa maggiorazione in retribuzione ordinaria utile ai fini del computo delle spettanze la cui quantificazione debba essere effettuata con riferimento a essa (Cass. n. 17788/2007; Cass. n. 6661/2004; Cass. n. 13780/1999; Cass. n. 3048/1986; Trib. Milano 4 giugno 1994, *secondo cui l'esistenza di un accordo tacito avente a oggetto la dilatazione dell'orario normale non può desumersi dalla mera circostanza della prestazione continuativa di straordinario occorrendo piuttosto una prova rigorosa da parte del lavoratore*). In difetto di prova di deroga patrizia, deve pertanto escludersi la incidenza del corrispettivo per

straordinario fisso sugli istituti indiretti, quali compensi per ferie, mensilità aggiuntive, festività, riposi settimanali, premi di produzione etc.

L'affermazione in diritto, sebbene non sempre unanimemente condivisa (Trib. Milano 30 marzo 1994, *per cui, se il lavoro straordinario è compiuto con continuità, il relativo compenso va computato su tutte le competenze indirette rispetto alle quali la disciplina contrattuale e/o legale faccia riferimento come retribuzione globale di fatto*; Trib. Milano 5 settembre 1990; Trib. Milano 16 maggio 1990; Pret. Torino 10 maggio 1993, *secondo cui, affinché il compenso per straordinario si configuri come elemento costantemente integrativo della retribuzione base, è sufficiente che risulti, con una valutazione a posteriori, che il lavoratore abbia, con apprezzabile frequenza, svolto prestazioni straordinarie*; Pret. Palermo 23 dicembre 1991, *per cui qualora lo straordinario sia prestato in modo sistematico, la relativa retribuzione costituisce un compenso di tipo continuativo e, quindi, una voce della retribuzione globale di fatto che, in quanto tale, deve essere computata nella tredicesima e quattordicesima mensilità, nonché nella retribuzione dovuta per ferie*; Pret. Varese 7 febbraio 1991), si fonda sul rilievo della inesistenza di un principio

di onnicomprensività della retribuzione – inteso come *rilevanza e computabilità di tutto quanto percepito dal lavoratore a tutti gli effetti* – quale regola valevole in generale.

In specie, l'assioma della comprensività non è stato adottato né per la determinazione della retribuzione spettante al lavoratore nel periodo feriale (artt. 36, ultimo comma, Cost. e 2099 c.c.), né in punto di specifica del compenso dovuto nelle festività (artt. 5, legge n. 260/1949 e 3, legge n. 90/1954), di fatto rapportato alla *normale* retribuzione globale, da cui esulano compensi di natura straordinaria, ancorché continuativa (Cass. n. 3407/1987; Cass. n. 5233/1986; Cass. n. 2894/1986).

Donde la facoltà delle parti di determinare, nell'esercizio della loro autonomia contrattuale, le misure, le modalità e i termini di erogazione della retribuzione, con l'unico limite posto dall'art. 36, comma primo, Cost. (Cass. n. 5397/1993; Cass. n. 1069/1984; Cass. n. 1075/1984).

Argomentando diversamente, il lavoro straordinario, anche se svolto in modo continuativo, rimane pur sempre una prestazione accessoria ed eccezionale che non può rivestire di per sé natura di attività ordinaria ove non esistano – e siano provati rigorosamente – una norma collettiva, anche aziendale, o un patto

individuale derogativo di maggior favore, in forza dei quali il lavoro reso oltre l'orario normale, pur restando straordinario ai fini della maggiorazione retributiva prevista, possa costituire un'attività ordinaria il cui compenso vada a incidere sul calcolo delle spettanze indirette, la cui quantificazione sia riferita alla normale retribuzione (Cass. n. 1151/1996; Cass. n. 52/1991; Cass. n. 10374/1990).

Con riguardo invece agli *istituti a base omnicomprendensiva*, e in particolare modo all'indennità spettante al lavoratore alla cessazione del rapporto di lavoro, mentre la stessa, nella vigenza dell'art. 2121 c.c. ante legge n. 297/1982, veniva calcolata moltiplicando l'ultima retribuzione per il numero degli anni di servizio con inclusione delle prestazioni di straordinario continuativo e con scorporo di quelle a carattere saltuario (i c.d. picchi anomali) (Cass. nn.

8064/1998; 8016/1998; 8005/1998; 2713/1997), il trattamento di fine rapporto è computato sommando gli importi corrisposti di anno in anno a titolo non occasionale e con esclusione di quanto dovuto a titolo di rimborso spese divisi per 13,5.

Occorre cioè aver riguardo al nesso di causalità fra l'erogazione della prestazione retributiva e il rapporto di lavoro, nel senso che sono da escludere dalla retribuzione utile ai fini del calcolo del TFR *solo* quelle somme che siano attribuite per cause del tutto eventuali, imprevedibili e fortuite rispetto alla normale vicenda lavorativa (Cass. n. 4933/1989; Cass. n. 825/1990).

Per l'effetto, il compenso per lavoro straordinario incide sulla base di calcolo del trattamento di fine rapporto qualora consista in una prestazione caratte-

rizzata da continuità (Cass. n. 8293/2007; Cass. n. 15889/2004), a meno che la disciplina collettiva non disponga altrimenti (Cass. n. 11946/2004; Cass. n. 7432/1999; Cass. n. 11815/1998) tramite la riformulazione di una esplicita volontà delle parti contraenti che evidenzii una previsione diversa da quella di legge (Cass. n. 1255/1988; Cass. n. 7326/95; Cass. n. 8474/96).

Il tutto dietro riscontro da parte del lavoratore (eventualmente tramite l'allegazione di statini-paga: Cass. n. 15889/2004) del carattere abituale delle prestazioni eccedente l'orario normale di lavoro, (Cass. n. 2251/1994), il che è a dire della sua rispondenza a esigenze aziendali non già eventuali, imprevedibili e fortuite (Cass. n. 1202/1994), ma sistematiche e non saltuarie (Cass. n. 5261/1988; Cass. n. 7676/1987).