Pubblicato il 12/07/2017

**N. 03423/2017REG.PROV.COLL.**

**N. 07310/2008 REG.RIC.**

****

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 7310 del 2008, proposto da:   
Margiotta Vito, Dongiovanni Antonio, Vella Salvatore, Angeloni Paolo, Giuliano Pasquale, Leoci Cosimo, Marasciuolo Gennaro, Leotta Salvatore, Baldoni Danilo, Savoca Mario, Mastria Salvatore, Avantaggiato Marco, Androsiglio Rosario, Busso Sebastiano, Mirarchi Francesco, Straface Santo, Veraldi Antonio, Truglia Renato, Catalano Giuseppe, Iannotti Roberto, Geraci Calogero, Lilli Massimo, Giordano Aldo, Trovato Rosario, Calò Pasquale, Lo Presti Pietro, D'Andrè Angelo, Bonifacio Antonino, Brucato Maurizio, Corbo Carmine, Gandolfo Paolo Giovanni, Insardà Vincenzo, rappresentati e difesi dall'avvocato Antonio Governa, con domicilio eletto presso lo studio Giancarlo Berchicci in Roma, viale Carlo Felice,103;

***contro***

Ministero dell'Economia e delle Finanze - Comando Generale della Guardia di Finanza, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, 12;

***per la riforma***

della sentenza del T.A.R. CALABRIA - CATANZARO :SEZ. I n. 00892/2007, resa tra le parti, concernente accertamento diritto al pagamento straordinari dal 1997 al 2004

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Ministero dell'Economia e delle Finanze – Comando generale della Guardia di Finanza;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 30 marzo 2017 il Cons. Oberdan Forlenza e uditi per le parti gli avvocati Corleone, in dichiarata sostituzione di Governa, e l'Avvocato dello Stato Verdiana Fedeli;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con l’appello in esame, i ricorrenti, militari della Guardia di Finanza, impugnano la sentenza 2 luglio 2007 n. 892, con la quale il TAR per la Calabria, sez. I, ha respinto il ricorso da loro proposto e volto al riconoscimento del diritto ad ottenere il pagamento degli straordinari maturati nel periodo 1 gennaio 1997 – 31 dicembre 2004.

La sentenza impugnata – dato atto che gli attuali appellanti hanno svolto nel periodo innanzi indicato ore di straordinario autorizzate e non liquidate – ha affermato che “il pagamento delle prestazioni per ore di straordinario effettuate trova la propria preclusione nell’art. 44 del regolamento interno della Guardia di Finanza”.

Rileva la sentenza che la disposizione citata non pone un divieto di compensare le ore di straordinario, ma prevede che le stesse “siano fatte oggetto di una specifica e tempestiva richiesta di recupero delle ore”.

Ciò al fine “di non gravare il bilancio dell’amministrazione rispetto a prestazioni che non sono state oggetto di programmazione e quindi di compatibilità con le risorse della finanza pubblica”.

In definitiva, secondo la sentenza, “la mancata attivazione della procedura di recupero dello straordinario prestato comporta dunque la rinuncia al pagamento delle ore straordinarie effettuate oltre il monte ore programmato”.

Avverso tale decisione vengono proposti i seguenti motivi di appello (come desumibili dalle pagg. 7 – 10 ric.):

*error in iudicando*; violazione art. 63, co. 4, l. n. 121/1981; ciò in quanto:

a) la disposizione citata obbliga ufficiali ed agenti di pubblica sicurezza ed il personale che svolge la propria attività nell’ambito delle amministrazioni del comparto sicurezza “ad effettuare prestazioni di lavoro straordinario con diritto al compenso, quando le esigenze di servizio lo richiedano; ne consegue che “la normativa di cui al D.M. 30 novembre 1991 (regolamento interno della G.d.F.) ha carattere organizzativo interno, e non può essere interpretata in senso contrario a quanto dispone la legge”;b) l’art. 44 D.M. 30 novembre 1991, in base al quale “il riposo compensativo deve essere fruito entro il trimestre successivo al mese nel quale le predette ore sono state prestate”, di fatto “introduce una clausola di decadenza per l’esercizio di un diritto (il pagamento degli straordinari) che la legge non prevede in alcun modo, sovvertendo, in tal modo, l’ordine delle fonti normative”; peraltro, la circolare 10 ottobre 2007 prot. n. 0330811/2007 del Comando generale della Guardia di Finanza prolunga fino al 31 dicembre dell’anno successivo il termine massimo per la fruizione del riposo. In ogni caso, è onere dell’amministrazione disporre la necessaria programmazione dei turni di servizio, al fine di consentire il recupero delle ore di straordinario aggiuntive mediante riposo compensativo, e ciò indipendentemente dalla richiesta dell’interessato, pena il pagamento delle medesime.

Si è costituito in giudizio il Ministero dell’Economia e delle Finanze – Comando generale della Guardia di Finanza, il quale – eccepita in via subordinata la intervenuta prescrizione quinquennale “su tutte le somme eventualmente dovute dalla data di presentazione del ricorso introduttivo” - ha concluso per il rigetto dell’appello, stante la sua infondatezza.

All’udienza pubblica di trattazione, la causa è stata riservata in decisione.

DIRITTO

2. L’appello è fondato, con conseguente riforma della sentenza impugnata, nei sensi e limiti di seguito esposti.

2.1. La giurisprudenza amministrativa ha già avuto modo di affrontare il tema della retribuibilità o meno delle ore di straordinario, svolte dal personale militare (e segnatamente, dai militari della Guardia di Finanza) in eccedenza rispetto al monte ore stabilito, affermando:

- “anche nel rapporto di pubblico impiego dei militari della Guardia di finanza trova applicazione la regola per la quale la retribuibilità del lavoro straordinario è in via di principio condizionata all'esistenza di una previa e 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'art. 97 Cost. , deve essere improntata l'azione della p.a., anche militare” (Cons. Stato, sez. IV, 26 febbraio 2013 n. 1186; Id, 26 marzo 2012 n. 1749);

- “deve escludersi che l'Amministrazione sia di norma tenuta a pagare le ore di lavoro straordinario prestate in eccedenza al limite massimo previsto dal monte ore autorizzato e senza che risulti comprovata l'effettiva autorizzazione preventiva a svolgere il lavoro extra orario: per questo genere di prestazioni eccedenti infatti il militare ha solo il diritto eventualmente a fruire di corrispondenti riposi compensativi” (Cons. Stato, sez. IV, n. 1186/2013 cit.);

- in presenza di esigenze urgenti ed indifferibili, non può discutersi che il militare della Guardia di finanza, cui sia stato ordinato lo svolgimento di prestazioni lavorative eccedenti l'ordinario orario di lavoro, abbia sempre diritto al corrispettivo dell'attività; tale corrispettivo, peraltro, è da individuare, previa adeguata informazione, non solo nella relativa retribuzione, per prestazioni nel limite del "monte ore" per il quale esiste copertura finanziaria, ma anche, in caso diverso, nella maturazione di riposi compensativi corrispondenti alle ore di lavoro effettivamente prestate, da fruirsi compatibilmente con le esigenze di servizio, contemperandosi ragionevolmente ed equamente - in tal modo - le esigenze personali del dipendente e quelle dell'organizzazione del lavoro e degli uffici, precisandosi altresì che “non possono ritenersi legittime quelle eventuali disposizioni (di natura regolamentare o provvedimentale) che pretendano di condizionare il diritto ai predetti riposi compensativi ad apposite, formali richieste del singolo interessato, da prodursi in tempi e secondo procedure fissate unilateralmente dall'Amministrazione militare, il cui mancato rispetto produrrebbe la perdita del beneficio stesso” (Cons Stato, sez. IV, 12 maggio 2008 n. 2170).

Su tale ultimo aspetto si è altresì affermato che il diritto al riposo compensativo per le ore di straordinario effettuate in eccedenza “corrispondendo ad un dovere organizzativo dell'amministrazione, era in effetti subordinato ad un'istanza del dipendente, richiesta dall'art. 44 del citato Regolamento . . . .è però da osservare sul punto che l' art. 28 del D.P.R. n. 170 del 2007, norma sopravvenuta al regolamento, accolla all'amministrazione il dovere di cui si tratta tenendo presenti le richieste del personale (presentate nel corso del procedimento di organizzazione dei turni), ma non sembra configurare la domanda come una "conditio sine qua non" per l'esercizio del diritto al riposo compensativo; l'art. 28 sembra quindi avere una portata innovativa sul punto ed un senso riduttivo della portata della norma precedente. Pertanto, in assenza di domande di turnazione e considerato che l'amministrazione è necessariamente a conoscenza dei dati inerenti le prestazioni svolte in eccedenza (come delle esigenze del servizio), essa permane nel potere-dovere di riconoscere d'ufficio i turni di riposo compensativi anche in assenza di una specifica istanza del dipendente” (Cons. Stato, sez. IV, 10 maggio 2012 n. 2715).

2.2. Il Collegio, nella decisione della presente controversia, non ritiene di doversi discostare dai principi espressi (ed ormai consolidati) dalla giurisprudenza della Sezione.

Pertanto, l’appello proposto deve essere accolto (con riferimento ad entrambi i motivi proposti), nella parte in cui si richiede che venga affermata la sussistenza del diritto degli appellanti a fruire, per il periodo considerato, di riposi compensativi a fronte di ore di straordinario svolte in eccedenza al monte ore stabilito (e, come tali - in quanto non previamente programmate e prive quindi di copertura finanziaria - non retribuibili).

E ciò indipendentemente dalla presentazione di richiesta, da parte dei medesimi appellanti, di voler fruire di riposo compensativo, sussistendo un preciso dovere dell’amministrazione di disporre tale riposo “di autorità”, in assenza di una richiesta dell’interessato, onde dare attuazione ai principi, immediatamente precettivi, di cui all’art. 36.

D’altra parte, la stessa amministrazione, lungi dal contestare il diritto degli appellanti al riposo compensativo, si limita, in sostanza, a negare il diritto dei medesimi a ricevere un corrispettivo pecuniario per il lavoro straordinario svolto.

In definitiva, l’appello deve essere accolto, nei sensi e limiti innanzi precisati, con conseguente riforma della sentenza impugnata ed accoglimento del ricorso instaurativo del giudizio di I grado, sempre nei sensi e limiti innanzi chiariti.

Il che rende superfluo l’esame della fondatezza dell’eccezione di prescrizione proposta, in quanto riferita a “tutte le somme eventualmente dovute”.

Fermo l’intervenuto accertamento del diritto al riposo compensativo, nei sensi innanzi esposti, resta fermo il potere dell’amministrazione di verificare, in concreto e per il periodo cui inerisce la domanda proposta in giudizio (1 gennaio 1997 – 31 dicembre 2004), le ore di straordinario effettivamente svolte da compensare con riposo compensativo, laddove lo stesso non sia stato già disposto e fruito.

Stante la natura delle questioni trattate e l’accoglimento solo parziale dell’appello, sussistono giusti motivi per compensare tra le parti spese ed onorari di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta),

definitivamente pronunciando sull’appello proposto da Margiotta Vito ed altri, come in epigrafe indicati (n. 7310/2008 r.g.), lo accoglie, nei sensi e limiti di cui in motivazione, e, per l’effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie, nei predetti sensi e limiti, il ricorso instaurativo del giudizio di I grado.

Compensa tra le parti spese ed onorari di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 30 marzo 2017 con l'intervento dei magistrati:

Filippo Patroni Griffi, Presidente

Oberdan Forlenza, Consigliere, Estensore

Leonardo Spagnoletti, Consigliere

Luca Lamberti, Consigliere

Nicola D'Angelo, Consigliere

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  |  |  |
|  |  |  |
| **L'ESTENSORE** |  | **IL PRESIDENTE** |
| **Oberdan Forlenza** |  | **Filippo Patroni Griffi** |
|  |  |  |
|  |  |  |
|  |  |  |
|  |  |  |
|  |  |  |

IL SEGRETARIO