

**LA LETTERA DI UN GRUPPO DI SOTTUFFICIALI DI TREVISO**

**(pubblicata sul Nuovo Giornale dei Militari giugno 2002)**

Gentile direttore, siamo un gruppo di sottufficiali in servizio presso il 3°RMV di Treviso che le scrive per chiederle dei chiarimenti sull'indennità di Alta Valenza Operativa, in particolare sui criteri previsti dalle norme in vigore per la corresponsione della stessa.

Il pagamento dell' A.V.O. ci ha sempre creato delle forti perplessità in quanto, fin dalla sua istituzione nel '99, ha dato luogo a delle forti ingiustizie non solo all'interno del nostro reparto ma anche , e in modo più evidente, rispetto ad un vicino reparto dove ha sede il 51° Stormo, dal quale il personale 3° R.M.V. dipende logisticamente e presso il quale lo stesso svolge quotidianamente oltre che i servizi armati e non, anche la normale attività lavorativa.

A quanto pare nella determinazione delle tipologie di attività lavorativa per cui viene riconosciuta la corresponsione dell'AVO, la legge dia un'ampia discrezionalità ai comandanti i quali possono autonomamente individuare all'interno del loro reparto quali siano stati i militari "altamente operativi " e quindi meritevoli della suddetta indennità. Ciò che ci è parso strano è che tale indennità non è stata semplicemente corrisposta in aggiunta alle normali competenze mensili, ma, contestualmente, vi è stata una decurtazione delle ore straordinarie non pagate e non ancora recuperate, derivanti sia dai servizi e sia dalla normale attività lavorativa.

Queste ore sono state forfettizzate con uno o più giorni di AVO.

Tali decurtazioni hanno creato però un forte malcontento per diversi motivi. Per l'ingiusta forfettizzazione delle ore straordinarie che sono state pagate per un valore inferiore ad un terzo di quello reale che avrebbero avuto se fossero state pagate come straordinario. Per il fatto che la decurtazione sia avvenuta senza un previo accordo con gli interessati, molti dei quali avevano programmato la fruizione delle ore come licenza o permessi per fronteggiare le esigenze personali. In alcuni casi i recuperi erano già stati effettuati e gli interessati si sono visti pertanto costretti a recuperare le ore in difetto. In alcuni casi hanno dovuto addirittura restituire il corrispettivo economico calcolato però sul valore reale delle ore.

Da sempre la discrezionalità affidata ai comandanti nel pagamento dello straordinario ha dato spazio a inaccettabili scelte partigiane. A questa condizione, che già di per sé costituisce una fonte di malcontento, si somma oggi questa indennità che anziché premiare le condizioni di particolare impiego operativo, le umilia prima con le ingiustificate diversità dei criteri di applicazione esistenti tra reparto e reparto e all'interno dello stesso, poi concretizzandosi in una ridicola ed inaccettabile forfettizzazione.

Gentile direttore, per concludere le chiediamo se sia possibile fare chiarezza sulla corresponsione di tale emolumento, in modo tale da farci comprendere che cosa prevede esattamente la legge a riguardo e quali siano i poteri di intervento concessi invece ai comandanti. E' mai possibile che esistano leggi così ingiuste e che danno tanto potere ai comandanti?

Ringraziandola in anticipo per il suo interessamento le porgiamo i nostri più cordiali saluti e sentiti ringraziamenti per l'opera di informazione che svolge quotidianamente attraverso il suo giornale.

## **LA RISPOSTA DEI CONSULENTI**

### NOTA TECNICA SULL A.V.O.

Con riguardo ai criteri previsti dalla legge per la corresponsione dell'indennità di AVO, bisogna fare una distinzione fra le disposizioni che l'hanno istituita come assegno accessorio allo scopo di compensare determinate condizioni di impiego operativo e quelle che invece, in un secondo momento, ne hanno previsto l'utilizzo non come emolumento aggiuntivo ma, sostanzialmente, come indennità alternativa allo straordinario o al recupero delle ore non pagate.

### **AVO COME COMPENSO PER PARTICOLARI CONDIZIONI**

L'art. 8 del D.P.R. 255/99 – recepimento del provvedimento di concertazione per le forze armate – , ha istituito l'AVO prevedendone la corresponsione nella misura giornaliera indicata nell'allegata tabella suddivisa in fasce differenziate a seconda del grado di provenienza, per un massimo di 60 giorni.

In base al citato articolo l'AVO doveva essere corrisposta “in relazione a particolari condizioni di prolungato impegno in attività operative per i giorni di effettiva navigazione o di impiego in esercitazioni o in operazioni fuori dall'ordinaria sede di servizio.

Tale disposizione è stata modificata da un successivo provvedimento di concertazione recepito con il D.P.R. 139/2001 il quale, all'art. 9 co. 2, integrava le condizioni di applicazione, prevedendone la corresponsione “in relazione alle particolari condizioni di prolungato impegno in attività operative e addestrative, specificatamente programmate dai rispettivi stati maggiori, per i giorni di effettiva navigazione e di impegno e fino ad un massimo di sessanta giorni all'anno”.

Ciò che appare dal dato letterale del comma 2, oltre all'incremento delle misure giornaliere, è una diversa definizione delle condizioni per il riconoscimento di tale emolumento, con l'introduzione di una “specificata programmazione dei rispettivi stati maggiori “ e con l'eliminazione dell'inciso che conteneva la possibilità di corresponsione per le sole attività svolte fuori dall'ordinaria sede di servizio.

In riferimento ai criteri di applicazione, entrambe le norme citate si limitano ad esprimere dei criteri di principio dando modo così all'Amministrazione di individuare, nell'ambito del suo potere discrezionale, le fattispecie concrete cui riconoscere il citato compenso.

Se da una parte è vero che l'Amministrazione è libera di operare delle scelte discrezionali individuando i

soggetti titolati a percepire l'AVO, è altrettanto vero che la stessa, nel determinare le fattispecie concrete, è sempre vincolata al rispetto ai principi generali della buona amministrazione sanciti dalla costituzione e ai principi generali del diritto, i quali costituiscono i limiti entro cui può svolgersi ogni attività della Pubblica Amministrazione.

In base a questo obbligo, anche l'Amministrazione Militare nelle sue scelte discrezionali dovrà seguire dei criteri di logicità e razionalità, garantendo a parità di condizioni soggettive lo stesso trattamento all'insegna del principio di uguaglianza ed equità.

Da quest'ultimo punto di vista, non si può negare come, in seguito all'applicazione di una differenziata serie di circolari e normative interne, si siano create delle ingiustificate disparità di trattamento rispetto alle diverse FF.AA., all'interno delle stesse oltre che all'interno delle stesse singole unità periferiche.

Le circostanze che hanno visto l'amministrazione operare scelte con pesi e misure diverse anche a parità di condizioni di impiego, costituiscono valido motivo per tutelarsi per mezzo delle azioni giudiziarie, presso i competenti organi giurisdizionali, che devono essere intraprese entro i termini di prescrizione che nell'ipotesi più sfavorevole, sono di cinque anni dal momento in cui viene maturato il diritto all'AVO.

#### INDENNITA' DI A.V.O. COME EMOLUMENTO ALTERNATIVO AL COMPENSO STRAORDINARIO O AL RECUPERO DELLE ORE

Questo secondo aspetto dell'A.V.O. riguarda in modo particolare gli interessati che hanno richiesto al N.G.M. dei chiarimenti in merito a quanto è avvenuto nel loro reparto.

Il co 4 art 29 Dlgs n°215/01 ha disposto quanto segue:

*” Al personale impiegato in servizi armati e non, al quale non sia possibile concedere recuperi compensativi prima del trasferimento ad altro ente **ovvero per imprescindibili esigenze funzionali, può essere corrisposto, in luogo delle predette giornate di recupero, il compenso di alta valenza operativa nei limiti previsti dalla vigente normativa e nell'ambito delle risorse disponibili nell'apposito Fondo.** “*

Va preliminarmente rilevato come la stessa emanazione di tale disposizione abbia costituito di per sé una violazione delle norme che disciplinano le procedure di concertazione previste per gli appartenenti alle FF.AA. Infatti l'orario di lavoro così come i recuperi compensativi costituiscono materia di concertazione in base alla legge 216/92 e al Dlgs 129/99 che ne disciplinano le procedure definendo le modalità di formulazione dell'accordo tra gli organi di rappresentanza militare e le istituzioni. In base a tali procedure

la definizione degli aspetti normativi economici di tali materie deve seguire una determinata prassi che si conclude con l'emanazione di un Decreto del Presidente della Repubblica che dovrebbe recepire un accordo tra il COCER, gli Stati Maggiori e il Governo. Pur riconoscendo che gli organi di rappresentanza non hanno un potere contrattuale e pertanto un loro eventuale dissenso sull'accordo non impedirebbe la promulgazione sotto forma di D.P.R. del solo accordo tra il Governo e gli Stati Maggiori (vedasi D.P.R.139/99), ve evidenziato come nel caso dell'A.V.O. siano state letteralmente scavalcate le ancorché formali procedure di concertazione.

Nello specifico il co. 4 art. 29 del Dlgs 215, dà la possibilità all'Amministrazione di corrispondere il compenso di alta valenza operativa in alternativa ai recuperi compensativi nei casi e alle condizioni specificamente previste dalla stessa norma ovvero:

“al personale impiegato in servizi armati e non, qualora non sia possibile concedere recuperi compensativi

- prima del trasferimento ad altra sede;
- ovvero per imprescindibili esigenze funzionali;

Innanzitutto l'applicazione della norma deve contenersi tassativamente ai casi delle ore derivanti dai “servizi armati e non”.

Nelle more di una interpretazione logico – sistematica della norma, in ottemperanza a quanto previsto dall'art 12 delle preleggi del cc., non sembra esservi alcun dubbio sul significato da attribuire alla locuzione “servizi armati e non”.

Il dato letterale individua due tipi di servizi: quelli armati e quelli non armati. Per il secondo tipo di servizi, valutando altresì quanto è stato sottoposto come quesito al direttore del Giornale, sembrerebbe esservi stata, invece, da parte del dirigente responsabile, qualche difficoltà interpretativa visto che, nel caso in questione, per servizi non armati sono stati intesi anche le normali attività lavorative.

Anche volendo disconoscere la chiarezza letterale con cui il legislatore ha voluto limitare l'ambito di applicazione, per meglio accertare il significato del termine in questione, può esserci utile una interpretazione sistematica della norma che la inserisca nel sistema costituito dal più generale complesso delle disposizioni che disciplinano un determinato settore.

Sotto questo profilo non possono essere taciute le norme contrattuali facenti riferimento alla definizione in questione.

E' il caso dell'art 10 del D.P.R. 255/99 il quale al co 4 si riferisce ai “servizi armati e non” effettuati oltre il normale orario di lavoro, prevedendone il recupero compensativo nella misura pari al tempo di effettivo impegno lavorativo.

Giova nello specifico osservare l'uso terminologico del legislatore che ha distinto la normale attività di lavoro dai “servizi armati e non”, per i quali in precedenza, a dispetto di quanto invece avveniva per l'attività normale, non veniva riconosciuto il computo 1:1 delle ore prestare in eccedenza all'orario settimanale.

E ancora nelle stesse norme applicative della legge istitutiva dell'orario – L.231/90– ovvero con il D.M. 25 settembre 1990, viene fatto un preciso distinguo tra le normali attività giornaliere richiamate dall'art. 1 e i servizi presidiari di cui all'art. 6 che trovano la loro esatta definizione nelle norme che disciplinano i servizi di presidio.

Lo stesso Stato Maggiore Aeronautica con la direttiva S.M.A. 125/2000, disciplina in modo separato le attività giornaliere al paragrafo 2, distinguendole dai servizi interni di reparto e operativi regolati dal paragrafo 6, in cui si fa uno specifico riferimento ai servizi di presidio richiamando la fattispecie dei “servizi armati e non”.

La disposizione del co 4 del dlgs 215/01, condiziona comunque la corresponsione dell'AVO, in luogo dei recuperi, subordinandola alla presenza della "impossibilità di concedere recuperi compensativi prima del trasferimento ad altro ente ovvero per imprescindibili esigenze funzionali".

Il secondo presupposto si sviluppa a sua volta due ulteriori fattori rappresentati dalla "imprescindibilità" e dalle esigenze "funzionali".

In questo caso torna utile la citazione del co 5 art 10 del D.P.R. 255/99 che prevede la possibilità di recuperare tutte le ore eccedenti l'orario di lavoro "entro il 31 dicembre dell'anno successivo a quello in cui sono state effettuate", di guisa, visto l'ampio termine che viene messo a disposizione per il recupero delle ore, le imprescindibili esigenze funzionali devono riferirsi a tutto il periodo di tempo previsto per il recupero. Dovrebbe quantomeno dimostrarsi la presenza delle citate condizioni per un considerevole periodo di tempo che può anche superare l'anno calendariale, evento questo che rileva la eccezionalità di una disposizione che deve oltretutto essere letta nel generale quadro normativo che riconosce la valenza di diritto a tutte le ore eccedenti l'orario settimanale.

Per concludere, va osservato come il legislatore, nella formulazione letterale del co 4 del Dlgs 215/2001, abbia utilizzato la locuzione "esigenze funzionali" che vanno distinte da quelle più generiche di servizio. I motivi di tale scelta lessicale possono essere ricercati nella definizione di "funzione" intesa come l'elemento che caratterizza ogni specifico settore di un ordinamento e che individua nello stesso una differenziazione di incarico, di impiego e quindi di dipendenza gerarchica. Nel caso de quo, sembra inevitabile il richiamo alla funzione svolta dai soggetti destinatari della disposizione per i quali, nelle more della applicazione del dlgs 215, si dovrà procedere inevitabilmente ad una attenta valutazione delle diverse funzioni svolte individualmente o collettivamente all'interno delle singole unità di impiego. Ne consegue che, nella prospettiva di una tale giustificazione lessicale, qualsiasi applicazione indiscriminata, attuata senza un'previa valutazione delle condizioni di "imprescindibilità", relazionate alle "funzioni" svolte dal personale, costituirebbe un illegittimo stravolgimento della norma.

Per concludere, tornando al quesito sottoposto al giornale, va rilevata la presenza di sicuri elementi di illegittimità nell'applicazione del Dlgs 215/01, con riguardo alle forfettizzazioni delle ore derivanti dalle normali attività lavorative e anche dai servizi armati e non rilevato che in ogni caso tale norma non poteva essere applicata per le ore derivanti dai servizi svolti antecedentemente alla data di entrata in vigore del decreto ovvero prima del 26 giugno 2001.

Vi sono pertanto validi motivi per esperire le vie un ricorso giurisdizionale al TAR o Straordinario al Presidente della Repubblica che, nel caso, può essere presentato individualmente o anche collettivamente quando vi siano le condizioni che conducono ad uguali condizioni soggettive. Per quanto riguarda i termini di prescrizione entro cui presentare il ricorso vale quanto già detto in precedenza.

Può essere utile inoltre ricordare come un recente orientamento giurisprudenziale della Corte di Cassazione, riconosca il diritto al cittadino di chiedere alla pubblica amministrazione il risarcimento danno nel caso sia stato leso da un atto illegittimo. La richiesta di risarcimento potrà essere contestuale al ricorso o presentata per mezzo di una autonoma azione civile presso il giudice ordinario, citando in giudizio l'autorità responsabile dell'atto illegittimo o, in alternativa, la pubblica amministrazione.

Da un punto di vista penale è altresì possibile sottoporre il caso alla procura ordinaria chiedendo, tramite un esposto-denuncia dell'accaduto, che venga fatta una valutazione sui fatti, con riferimento particolare alla ingiustificata sottrazione delle ore non recuperate, per accertare se vi sia stato un comportamento configurabile come illecito penale.

**IL CENTRO STUDI GIURIDICI**

**DELL'ASSODIPRO**