



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 335 del 2014, proposto dal signor -OMISSIS-, rappresentato e difeso dal prof. avv. Domenico Garofalo, con studio in Bari alla via Dante Alighieri n. 396 e con domicilio digitale come da P.E.C. iscritta al registro generale degli indirizzi elettronici (ReGIndE);

contro

Ministero della Giustizia - Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria e Provveditorato regionale dell'amministrazione penitenziaria in Puglia, in persona dei legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'Avvocatura distrettuale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Bari alla via Melo n. 97;

per l'annullamento

- del provvedimento del 19 novembre 2013, -OMISSIS-, notificato al ricorrente in data 12 dicembre 2013, con il quale il Provveditore regionale dell'Amministrazione penitenziaria per la Puglia ha rigettato il ricorso gerarchico presentato dal ricorrente in data 1° ottobre 2013 avverso l'ordine di servizio del 5 settembre 2013-OMISSIS-, a firma del Direttore della Casa

circondariale di Trani, riguardante la fruizione dei permessi previsti dalla legge n. 104/1992;

- di tutti gli atti connessi al provvedimento del 19 novembre 2013, - OMISSIS-, presupposti e/o successivi ad esso;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero della Giustizia - Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria e Provveditorato regionale dell'Amministrazione penitenziaria in Puglia;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 giugno 2020 il dott. Lorenzo Ieva;
Dato atto che l'udienza si tiene mediante collegamento da remoto in videoconferenza, secondo quanto disposto dall'art. 4, comma 1, del decreto-legge 30 aprile n. 28, mediante la piattaforma in uso presso la Giustizia amministrativa di cui all'allegato 3 al decreto del Presidente del Consiglio di Stato del 22 maggio 2020 n. 134;

Dato atto a verbale della presenza del prof. avv. Domenico Garofalo, per il ricorrente, a seguito del deposito di note di udienza, ai sensi dell'art. 4, comma 1, del decreto-legge 30 aprile n. 28;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.- Con ricorso depositato come in rito, il prefato commissario capo di polizia penitenziaria ha impugnato il provvedimento di rigetto del ricorso gerarchico presentato avverso l'ordine di servizio emanato dal direttore della Casa circondariale di Trani presso cui prestava servizio.

In particolare, il ricorrente censurava la violazione di legge, in riferimento alla corretta applicazione degli artt. 2, 3, 32 e 38 Cost., nonché l'eccesso di potere per violazione della circolare del Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria 15 aprile 2008 prot. n. 0131598 e per motivazione illogica, insufficiente, incongrua e contraddittoria del provvedimento.

Tanto, con riferimento al contenuto degli atti impugnati nella misura in cui precludono la possibilità di fruire dei permessi previsti dall'art. 33 della legge 5 febbraio 1992 n. 104, per esigenze del portatore di handicap in situazione di gravità, anche nelle giornate già programmate per la fruizione delle ferie (o congedo ordinario).

In fatto, il funzionario di polizia in questione assicura la propria assistenza, ai sensi della legge 5 febbraio 1992 n. 104, sia al figlio, affetto da una grave patologia, sia alla propria anziana madre non autosufficiente.

Insorgendo le esigenze prevalenti di assistenza del disabile, il lavoratore pubblico in questione chiede di potersi assentare quando necessari, nonché invoca il diritto al recupero successivo delle ferie non godute, qualora abbia dovuto prestare assistenza, quando collocato in ferie.

Contesta il requisito, invero non stabilito espressamente né evincibile indirettamente dalla legge 5 febbraio 1992 n. 104, introdotto dall'ordine di servizio in questione confermato dal provvedimento gerarchico, siccome impugnati, della fruibilità del diritto all'assenza dal servizio, solo quando non assente ad altro titolo, segnatamente non già collocato in ferie.

2.- Resisteva l'intimata Amministrazione penitenziaria, costituendosi con l'avvocatura erariale e con produzione di documenti. Indi, replicava alla tesi di controparte contestando l'insussistenza di alcun diniego di recupero delle giornate di ferie (o congedo ordinario) non godute, rimanendo intatto il diritto alla fruizione dei permessi di cui all'art. 33 della legge 5 febbraio 1992 n. 104.

Rappresentava infine che l'ordine di servizio gravato avesse la mera funzione di armonizzare il diritto dell'assistenza al portatore di handicap in situazione di gravità con le esigenze di organizzazione dei servizi penitenziari "evitando che l'esercizio di tale diritto frustri le finalità pubbliche".

Secondo la prospettazione dell'amministrazione, l'utilizzazione delle giornate di ferie non consente l'accesso alle giornate di permesso ai sensi della legge 5 febbraio 1992 n. 104, in quanto il dipendente è già assente dal servizio. I

permessi per l'assistenza al disabile andrebbero dunque utilizzati solo al fine di potersi assentare dal servizio nelle giornate in cui è invece prevista la presenza.

3.- All'udienza del 9 giugno 2020, fissata ai sensi dell'articolo 84, comma 6, del decreto-legge 17 marzo 2020 n. 18, convertito con modificazioni nella legge 24 aprile 2020 n. 27, la controversia veniva indi trattenuta in decisione.

4.- Il ricorso è fondato.

4.1.- *In primis*, è necessario precisare e distinguere nozione e contenuto del diritto alle ferie e del diritto ai permessi di assistenza al portatore di *handicap*.

4.1.1.- Il diritto alle ferie è un diritto costituzionalmente garantito e irrinunciabile (art. 36, comma 3°, Cost.), peraltro oggetto di disciplina europea (T.A.R. Valle d'Aosta, sez. I, 17 gennaio 2020 n. 1), valevole per tutti gli ambienti di lavoro, anche pubblici, contenuta nel d.lgs. 8 aprile 2003 n. 66 (attuazione direttive 93/104/C.E. e 2000/34/C.E.) e art. 31, par. 2, della Carta dei diritti dell'Unione Europea, più volte modificato, da fruirsi nel tempo stabilito dall'amministrazione, tenuto conto delle esigenze di servizio e degli interessi del lavoratore, ai sensi dell'art. 36 d.P.R. 10 gennaio 1957 n. 3 e dell'art. 2109, comma 2°, codice civile.

Le ferie hanno la funzione di consentire il recupero delle energie psico-fisiche del lavoratore, onde poterne salvaguardare la salute e consentire il proficuo impiego al servizio dell'Amministrazione.

4.1.2.- Il diritto del lavoratore a fruire di tre giorni di permesso mensile retribuito anche in maniera continuativa (art. 33, comma 3, legge 5 febbraio 1992 n. 104) è correlato invece all'assistenza di una persona con *handicap* in situazione di gravità. In materia trovano, inoltre, applicazione le ulteriori misure previste dal testo unico sui congedi parentali d.lgs. 26 marzo 2001 n. 151, alla ricorrenza dei relativi presupposti.

Le assenze per assistenza a persona disabile hanno la funzione di consentire alla persona gravemente portatrice di handicap o disabilità di potersi avvalere

dell'assistenza di un proprio familiare e talora comporta per chi assiste dispendio di energie psico-fisiche.

4.2.- Potendosi ingenerare talvolta sovrapposizioni o interferenze tra l'esercizio dei due diritti, in considerazione della necessità di assicurare la funzionalità dei peculiari servizi penitenziari, che postulano l'assicurazione in servizio di un dato contingente di personale adeguato per la custodia dei detenuti e altre attività correlate, il Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria ha invero, da tempo, emanato una chiara nota prot. -OMISSIS- del 14 marzo 2008, nonché circolari in tema, tra cui la n.-OMISSIS- del 9 settembre 2010 e la n.-OMISSIS- del 29 marzo 2011.

Disposizioni queste che tracciano in modo esaustivo la disciplina di specie, applicabile nell'ambiente lavorativo degli istituti penitenziari.

4.3.- Gli impugnati provvedimenti – alla loro lettura, invero non facile – hanno invece violato le surriferite disposizioni dell'Amministrazione centrale, nella misura in cui hanno tentato d'introdurre elementi estranei alla valutazione propria inerente alla fruizione dei due diversi istituti (permessi di assistenza e ferie).

Più specificamente, la decisione del ricorso gerarchico del Provveditorato regionale per la Puglia del 19 novembre 2013 ha fondato il rigetto sulla base della considerazione per la quale costituisce *conditio sine qua non* per poter fruire dei permessi di cui all'art. 33 della legge 5 febbraio 1992 n. 104 il “trovarsi in servizio effettivo” e non già in una condizione lavorativa attiva a qualsiasi titolo.

Ugualmente, l'impugnato ordine di servizio del 5 settembre 2013-OMISSIS- della Direzione degli Istituti penali di Trani rimanda alla nota del 2 settembre 2013 del Provveditorato regionale per la Puglia, che a sua volta conferma una precedente propria nota del 30 luglio 2013 prot. n. 2358, che ritiene ostativa al diritto del permesso per assistenza disabili (art. 33 legge n. 104 cit.) la fruizione delle ferie.

La prospettazione dell'Amministrazione periferica del Ministero però contraddice l'avviso espresso dal Ministero.

Tantoché il successivo ordine di servizio del 12 novembre 2013-OMISSIS-, seppure abbia, da un lato, formalmente confermato l'ordine di servizio del 5 settembre 2013-OMISSIS-, ha invero, dall'altro lato, in realtà sostanzialmente ricondotto la questione alle disposizioni emanate sul punto dal Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria.

4.4.- Infatti, già la nota chiara nota prot. -OMISSIS-del 14 marzo 2008 del superiore D.A.P. ha affermato che la fruizione dei permessi di cui all'art. 33, comma 3, legge n. 104 cit. in una giornata festiva non assorbe il riposo spettante ed eventualmente programmato in tale giornata, così come deve ritenersi che anche la fruizione dei permessi *de quibus* in giornata dedicata a ferie concesse non ne elida la fruizione in un periodo successivo, previa intesa con l'amministrazione.

Mentre, le più ampie citate circolari del 2010 e del 2011 dell'Amministrazione centrale prevedono sì la programmazione della fruizione dei permessi ai sensi della legge n. 104 cit., ma pur sempre derogabile, in base alle esigenze del disabile.

Segnatamente, la prima circolare n-OMISSIS- del 9 settembre 2010, al punto n. 7.2, prevede che la continuità dell'assistenza al disabile possa esprimersi in un programma assistenziale, del quale dev'essere informata l'amministrazione, in modo da consentire l'organizzazione dei servizi di presidio. Nei limiti possibili, trattasi di una forma di collaborazione, secondo buona fede, del lavoratore alle esigenze dell'amministrazione datore di lavoro.

Mentre, la seconda circolare n.-OMISSIS- del 29 marzo 2011, al punto 4.1.2, lettera *b*), precisa che il programma mensile predisposto possa variare, qualora si verificano condizioni eccezionali (o, *rectius*, non prevedibili), tali da comportare il cambiamento delle giornate dedicate all'assistenza. In tal caso, si onera il dipendente di una tempestiva comunicazione, anche telefonica, seguita dalla possibile documentazione giustificativa.

4.5.- Pertanto, da tempo, il Ministero ha chiaramente inquadrato *secundum legem* le questioni che insorgono, nell'ipotesi di concomitanza tra diritto alle ferie e diritto all'assistenza del disabile, tantoché – come sopra evidenziato – la stessa Amministrazione periferica ha ulteriormente modificato il precedente ordine di servizio, ritornando invero, nella sostanza del contenuto dispositivo, proprio sulla posizione espressa dall'Amministrazione superiore.

Dirimente è la considerazione per cui non vi sia alcuna lesione all'organizzazione del servizio, in caso di sostituzione dell'assenza per ferie con l'assenza per assistenza al disabile. In entrambe le ipotesi infatti il lavoratore è pur sempre assente dal servizio e la turnazione nella vigilanza e negli altri servizi correlati all'ambiente di lavoro tipico degli Istituti penitenziari è stata comunque già predisposta e assicurata.

Viene in rilievo soltanto la necessità di dover coordinare i due istituti (ferie e assenza per assistenza al disabile), atteso vieppiù che il riconoscimento delle ferie, in successive ulteriori giornate, rimane in ogni caso contraddistinto dal potere organizzativo dell'amministrazione.

5.- In conclusione, il ricorso va accolto nei sensi di cui in motivazione, con l'annullamento degli atti impugnati e, segnatamente, della decisione sul ricorso gerarchico avverso l'ordine di servizio come in epigrafe gravati, non rintracciandosi nella normativa, neanche interna all'Amministrazione, alcuna preclusione della fruizione dei permessi, ai sensi dell'art. 33, comma 3, legge 5 febbraio 1992 n. 104, nelle giornate già assegnate a ferie (ossia congedo ordinario), fermo restando il potere organizzativo nella successiva riprogrammazione di queste ultime.

6.- Le spese possono compensarsi, in ragione delle peculiarità e parziale novità delle questioni trattate.

P.Q.M.

il Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, sezione II, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi di cui in motivazione.

Spese compensate.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003 n. 196, e dell'articolo 9, paragrafo 1, del Regolamento (U.E.) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare il ricorrente.

Così deciso in Bari, nella camera di consiglio del giorno 9 giugno 2020, tenutasi mediante collegamento da remoto in videoconferenza, secondo quanto disposto dall'articolo 84, comma 6, del decreto-legge 17 marzo 2020 n. 18, convertito con modificazioni nella legge 24 aprile 2020 n. 27, con l'intervento dei magistrati:

Giuseppina Adamo, Presidente

Francesco Cocomile, Consigliere

Lorenzo Ieva, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Lorenzo Ieva

IL PRESIDENTE

Giuseppina Adamo

IL SEGRETARIO

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.