

Pubblicato il 30/06/2023

N. 06371/2023REG.PROV.COLL.

N. 09028/2022 REG.RIC.



# REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9028 del 2022, proposto dal Ministero della Giustizia, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso *ex lege* dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria in Roma, via dei Portoghesi, n. 12,

contro

i signori-OMISSIS- rappresentati e difesi dagli avvocati Orazio Abbamonte e Ezio Maria Zuppari, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia,

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, Napoli, Sezione Settima, -OMISSIS- resa tra le parti, avente ad oggetto sanzione disciplinare della sospensione di un mese.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dei signori -OMISSIS-

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 maggio 2023 il Cons. Antonella Manziona e udito per gli appellati l'avvocato Ezio Maria Zuppari, anche su delega dell'avvocato Orazio Abbamonte;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

1. Il Ministero della Giustizia appella la sentenza segnata in epigrafe con cui il T.a.r. per la Campania, sede di Napoli, ha accolto l'impugnazione degli atti del procedimento disciplinare sfociato nell'irrogazione a ciascuno degli odierni appellati della sanzione della sospensione dal servizio per la durata di un mese, con corresponsione del solo assegno alimentare d'importo pari alla metà dello stipendio e degli altri assegni per carichi di famiglia.

2. In punto di fatto, va premesso che gli appellati sono tutti e quattro membri della banda musicale della Polizia penitenziaria, la cui sede è ubicata presso la Scuola di formazione e aggiornamento del Corpo di Polizia e del personale dell'amministrazione penitenziaria di -OMISSIS-. Oggetto della contestazione di addebito è stato l'utilizzo improprio, protratto per anni, dell'istituto del permesso mensile retribuito di cui all'articolo 33, comma 3, della legge n. 104 del 1992, tale cioè da aver inciso *«in maniera sensibile sulla programmazione del servizio istituzionale»*.

2.1. In maggior dettaglio, i lavoratori hanno sostenuto che la richiesta di fruizione in giornate festive, peraltro rispettosa nella tempistica delle regole interne dettate dalla direzione della Scuola (ordine di servizio n. 405 del 7 ottobre 2016, che ne prevede l'anticipazione al giorno 20 del mese precedente), troverebbe giustificazione nelle peculiarità gestionali del servizio, connotato da una pressoché generalizzata impossibilità di pianificare gli eventi e le manifestazioni per le quali viene disposta la presenza degli orchestrali, per lo più in giornate festive, oltre che nel preventivo avallo dei vertici della struttura, in particolare il Maestro e la Direttrice della Scuola. Ciò malgrado l'articolazione ordinaria dell'attività lavorativa degli appartenenti alla banda si sviluppi solo su cinque giorni settimanali, dal lunedì al venerdì, con orario predeterminato.

2.2. Va ancora ricordato come la presunta anomalia sia stata stigmatizzata all'esito di apposita verifica amministrativa sulla gestione della Scuola disposta dal Capo di Gabinetto del Ministro della Giustizia ed effettuata dal competente Ispettorato Generale, che ne riferiva al Provveditorato regionale della Campania del Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria con nota n. 10968 del 16 marzo 2017.

3. Al termine dell'inchiesta disciplinare che ne è conseguita, il funzionario istruttore ha redatto una relazione, distinta per ciascun dipendente ma connotata da sostanziale omogeneità di contenuti, nella quale, ricostruiti i fatti e il procedimento, ha condiviso le conclusioni dell'Ispettorato Generale circa la scorrettezza comportamentale riscontrata. *«Per quanto riguarda l'art. 33 della Legge n. 104 del 1992, la disposizione, nel prevedere il diritto a fruire di tre giorni di permesso mensile retribuito coperto da contribuzione figurativa, rende evidente, già dal solo tenore letterale, che si tratta di facoltà di assentarsi in giorno lavorativo, tenendo concettualmente non compatibile con l'idea del permesso la fruizione del beneficio in giorno festivo normalmente non destinato all'espletamento di attività lavorativa»*. Ha chiarito anche come ad avviso dell'Amministrazione il fatto che l'indicazione, per lo più di competenza dell'ufficio "stampo-cerimoniale" del Capo del Dipartimento, di prestare servizio in occasione di una qualche festività pervenga a ridosso della stessa, non ne muta l'assetto generale, né pregiudica i diritti dei lavoratori, che comunque, ove davvero necessitati a non essere presenti in ragione di sopravvenute esigenze urgenti di assistenza al familiare disabile, ben possono motivare la richiesta di astensione, documentandola. Al contrario, *«il presentare, comunque, richiesta di fruire dei permessi di recuperare riposi, anche in caso in cui non ci fosse stata effettiva prestazione lavorativa assume eventuali contorni di scorrettezza istituzionale concorrendo comunque nell'errore dei superiori deputati alla concessione degli stessi»* (così ancora la relazione ispettiva).

4. Le deliberazioni del Consiglio centrale di disciplina del Corpo di Polizia penitenziaria hanno a loro volta aderito alla ricostruzione, precisando che «*le condotte poste in essere dall'incolpato [segnatamente, da ciascuno di essi] non risultano essere consone all'etica professionale di un appartenente ad un corpo dello Stato, in quanto la fruizione dei citati permessi legge nei giorni festivi, è ammissibile solo per il personale che svolge il servizio organizzato in turni che coprono le 24 ore per tutti i giorni della settimana, compresi festivi, escludendo, quindi, quelle attività lavorative, come quella dei dipendenti addetti alla banda musicale, il cui orario è articolato su cinque giorni lavorativi, nella specifica conformazione otto/quindici e dodici.*» Anche ad ammettere che la richiesta di permesso in giorno festivo fosse giustificata da una qualche finalità “cautelare”, ovvero l'esigenza di scongiurare di vedersi impiegati in servizio festivo o prefestivo senza un congruo anticipo, con quanto ne sarebbe potuto conseguire in termini di disagio nell'assistenza all'invalido, ad ulteriormente connotare di scorrettezza deontologica il comportamento tenuto, rimarcano la circostanza che «*non risulta in atti alcuna richiesta di revoca di permessi presentata dal [...] quando la banda non abbia poi espletato la sua attività nei giorni festivi.*»

4.1. I decreti impugnati hanno disposto in conformità, irrogando la sanzione disciplinare della sospensione dal servizio per la durata di un mese.

5. Il Tribunale adito ha motivato l'accoglimento del ricorso ritenendo gli stessi in contrasto con la corretta lettura della normativa di riferimento, per come esplicitata peraltro nella invocata circolare del D.A.P. del 15 aprile 2008 -di recente confermata da altra, prot. GDAP-0017489 del 18 gennaio 2021 - che equipara a giornata lavorativa la fruizione di un permesso *ex lege* n. 104 del 1992 in giornata festiva, dando così luogo al diritto al suo recupero. «*Il tenore letterale delle circolari sopra riportate induce, in secondo luogo, a escludere che il recupero del riposo settimanale debba essere negato – in caso di fruizione del permesso di cui all'articolo 33 della legge n. 104 del 1992 – ai lavoratori dipendenti il cui rapporto di servizio sia articolato su cinque giorni lavorativi anziché, come vorrebbe l'Amministrazione, sulle 24 ore per tutti i giorni della settimana; fermo restando che i ricorrenti hanno dimostrato che la Banda svolge le proprie prestazioni anche durante le manifestazioni che si tengono in giorni festivi.*»

5.1. Andrebbe inoltre effettivamente esclusa anche l'avvenuta compromissione della regolarità del servizio, necessaria alla sussistenza dell'addebito, dato che sia la fruizione del permesso, sia il suo recupero ove cadente in giorno festivo, venivano regolarmente autorizzati dalla Direzione dell'Istituto e dal Maestro.

5.2. Sarebbe stato infine violato il principio di proporzionalità, avuto riguardo alla ben più lieve sanzione (la censura) irrogata alla Direttrice dell'Istituto, preposta al controllo sulla corretta applicazione (anche) delle norme contrattuali.

6. Il Ministero della Giustizia contesta la decisione articolando tre distinte censure.

6.1. In primo luogo lamenta violazione e errata interpretazione della circolare prot. GDAP – 0131598 del 15 aprile 2008 del D.A.P., che consentirebbe al solo personale c.d. “turnista” di fruire in giorno festivo dei permessi *ex lege* n. 104 del 1992, laddove quello appartenente alla banda musicale non può essere qualificato tale, pur essendo chiamato a prestare servizio spesso la domenica o in occasione di altre festività. Tale evenienza, infatti, per quanto diffusa, si baserebbe pur sempre sul consenso del dipendente (anche tacito) e implicherebbe comunque il successivo recupero delle ore (effettivamente) lavorate o la loro retribuzione quale straordinario.

6.2. Con un secondo motivo di gravame ha impugnato il capo della sentenza che ha ritenuto violato il principio di proporzionalità, invocando al contrario la rispondenza della sanzione ai criteri Engels

(c.d. *criminal charge*) sotto il profilo della dissuasività e afflittività della sanzione irrogata ex art. 6 CEDU, tenuto conto peraltro dell'ampia discrezionalità sottesa a tale tipologia di valutazioni.

6.3. Con un terzo motivo ha infine ritenuto insussistente qualsivoglia disparità di trattamento rispetto alla valutazione del comportamento della Direttrice della Scuola: la diversità dei ruoli e delle funzioni, infatti, giustificherebbe anche la diversità delle scelte.

7. Si sono costituiti in giudizio i signori -OMISSIS- gli ultimi tre individuati nominativamente attraverso la procura alla lite.

7.1. Con successiva memoria hanno controdedotto puntualmente alla tesi dell'Amministrazione, richiamando la finalità fondamentale di cura e assistenza dei soggetti portatori di *handicap* sottesa alla disciplina dell'art. 33 della l. n. 104 del 1992. La circolare GDAP del 18 gennaio 2021, invocata dal primo giudice, è inequivoca, laddove afferma che *«anche nei giorni già programmati per la fruizione del congedo ordinario ovvero del riposo settimanale, il dipendente ha diritto a chiedere la fruizione di essi a diverso titolo e, in particolare, ex art. 33, comma 3, legge n. 104/1992, ove dimostri il sopraggiungere, nei medesimi giorni, delle prevalenti esigenze di assistenza del soggetto portatore di handicap in situazione di gravità affidato alle sue cure»*. Inoltre, mancherebbe totalmente la prova che le loro richieste, oggetto di regolare programmazione e autorizzazione, abbiano effettivamente determinato quel *«turbamento nella regolarità o nella continuità del servizio di istituto»*, che legittima l'irrogazione della sanzione della sospensione dal servizio giusta la formulazione letterale in tal senso dell'articolo 5, comma 3, lettera h), del decreto legislativo n. 449 del 1992.

8. In vista dell'udienza, l'Amministrazione ha depositato memoria e gli appellati memoria di replica, ciascuno per ribadire le proprie contrapposte prospettazioni. In particolare questi ultimi, ad ulteriore riprova delle modalità "estemporanee" di pianificazione della partecipazione della banda ad eventi domenicali o festivi, ne ha fornito un elenco esemplificativo riferito all'anno 2016 (che risulterebbero poco più di una decina, autorizzati a pochi giorni dal loro svolgimento, ferma restando in alcuni casi lo sviluppo della trasferta su più giorni, comprensivi dell'intero fine settimana o comunque "a cavallo" dello stesso).

9. All'udienza pubblica del 23 maggio 2023, la causa è stata trattenuta in decisione.

## DIRITTO

10. L'appello è fondato, nei sensi e limiti seguenti.

11. Va premesso che l'apprezzamento dei fatti rilevanti a fini disciplinari e l'irrogazione delle relative sanzioni al dipendente pubblico sono rimessi alla discrezionalità dell'Amministrazione e sindacabili dal giudice amministrativo solo quando dagli atti del procedimento e dal provvedimento emerge che questa è incorsa in un travisamento dei fatti, è caduta in contraddizioni o illogicità, ovvero ha esercitato il proprio potere in maniera arbitraria, applicando una misura che risulti manifestamente eccessiva in rapporto ai beni giuridici protetti dalla norma e al grado di pericolo o di danno a essi arrecato.

12. A differenza di quanto sostenuto nella sentenza impugnata, tuttavia, il Collegio ritiene che gli atti censurati non presentino i vizi d'incoerenza e difetto di proporzionalità denunciati dagli appellati.

13. Punto essenziale della controversia è l'esatta interpretazione *-recte*, applicazione - dell'istituto dei permessi mensili per l'assistenza a familiari in situazione di *handicap* grave previsti dall'art. 33, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, rubricata «*Legge-quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate*». Il reiterato utilizzo improprio degli stessi, e le conseguenze che ne sono derivate all'Amministrazione, costituisce infatti il nucleo centrale dell'illecito contestato.

14. La l. n. 104 del 1992 rappresenta ancora oggi la normativa organica a tutela dei soggetti diversamente abili il cui scopo, in estrema sintesi e semplificazione, era - e rimane - quello di rimuovere le cause invalidanti, promuovendo l'autonomia e favorendo la socializzazione e l'integrazione dei soggetti che ne sono portatori. Principali destinatari della stessa sono dunque direttamente i disabili *lato sensu* intesi, seppure non manchino i riferimenti anche a chi vive o si relazione in maniera stratta con loro. Il presupposto è infatti che l'autonomia e l'integrazione sociale si raggiungono garantendo alla persona handicappata adeguato sostegno, sia sotto forma di servizi esterni, sia attraverso il rafforzamento delle possibilità di aiuto da parte del suo nucleo familiare. Da qui, ad esempio, le disposizioni sul coinvolgimento dei familiari nei programmi di cura e riabilitazione della persona con handicap, in un percorso integrato di prestazioni sanitarie e sociali (art. 7, comma 1), ovvero la disciplina degli interventi di carattere socio-psicopedagogico, di assistenza sociale e sanitaria a domicilio, di aiuto domestico e di tipo economico (art. 8, comma 1, lett. a).

14.1. In tale cornice, da ultimo enfaticamente invocata dagli appellati a sottolineare la finalità "nobile" del proprio operato, si colloca anche l'art. 33 della l.n.104 del 1992. La norma dunque, seppure evidentemente essa pure mirante al più ampio riconoscimento dei diritti e dell'integrazione sociale delle persone handicappate, deve confrontarsi con l'interesse dei datori di lavoro e per tale ragione individua precisi limiti ad una fruizione non giustificata delle tutele che prevede. Essa cerca cioè di realizzare un punto di equilibrio, che anche la prassi interpretativa e la giurisprudenza hanno sviluppato, che non perda mai di vista i diritti fondamentali della persona con disabilità, ravvisandolo nella connotazione dell'handicap e della sua situazione di gravità e nelle rigorose formalità di accertamento di entrambe. Le modalità applicative degli istituti a loro volta vanno collocate e lette in tale cornice di doveroso temperamento di esigenze in contrasto.

14.2. La norma prevede dunque i c.d. permessi orari giornalieri (comma 1), il diritto a vedersi assegnata una sede di lavoro più vicina possibile al domicilio della persona da assistere e il divieto di trasferimento senza il consenso (comma 5), la priorità nell'accesso al lavoro agile o ad altre forme di lavoro flessibile, di recente introduzione (comma 6-bis, inserito dal d.lgs. 30 giugno 2022, n. 105), nonché, per quanto qui di interesse, i permessi mensili (tre giorni).

15. Alcune indicazioni sulla fruizione dei permessi mensili si rinvencono già in una risalente circolare dell'INPS, n. 53 del 2008, che ha precisato come «*sul datore di lavoro incombe il diritto-dovere di verificare in concreto l'esistenza dei presupposti di legge per la concessione dei permessi citati, rispetto alla quale non ha alcuna ulteriore discrezionalità, al di là della verifica della sussistenza dei requisiti di legge*». L'Amministrazione, cioè, è chiamata ad esercitare un controllo sulla correttezza formale della domanda, non avendo alcuna discrezionalità sull'accordare o meno quanto richiesto dal proprio dipendente.

16. Ciascun ordinamento ha poi individuato le modalità più consone per garantire la piena fruizione di ridetti istituti normativi, arrecando il minor danno possibile alla gestione del servizio, la cui organizzazione deve comunque fare i conti con le assenze cicliche, e non in giorni fissi, dei lavoratori interessati. In tale ottica si giustificano le indicazioni finalizzate a conoscere preventivamente, nei limiti del possibile, le esigenze di assistenza dei propri familiari disabili,

cosicché l'Amministrazione, resane edotta, possa sopperire alla temporanea carenza di risorse umane, attingendo a quelle disponibili, ovvero ricalibrando i propri obiettivi in ragione della stessa. Quanto detto si colloca anche in una logica di omogeneità di trattamento, strumentale allo sviluppo di un armonico ambiente lavorativo, evitando che le (legittime) esigenze di un collega chiamato a prestare assistenza ad un disabile si ripercuotano negativamente sull'organizzazione del lavoro di tutti gli altri.

16.1. E' di tutta evidenza, tuttavia, che ove ciò non sia possibile per la sopravvenienza di esigenze estemporanee di assistenza, la pianificazione preventiva deve recedere a fronte delle stesse, legittimando la presentazione di richieste motivate al di fuori di qualsiasi cadenza e programmazione originaria.

17. In linea di massima, dunque, si richiede al lavoratore di comunicare in anticipo alla propria amministrazione con scadenze predeterminate il "piano" dei giorni di assenza per assistenza del disabile. Il che è quanto accaduto anche nel caso di specie, stante che l'ordine di servizio n. 405 del 7 ottobre 2016, facendo salvo quanto già sancito nel precedente, n. 331 del 18 aprile 2011, impone di consegnare ridetto programma all'ufficio segreteria entro e non oltre il decimo giorno antecedente il mese di riferimento. Ciò peraltro in funzione del rispetto dell'ulteriore regola che l'Amministrazione si è pure data a tutela di tutti i propri dipendenti, nel rispetto delle loro esigenze di vita personale e familiare, ovvero la pubblicizzazione dei turni di lavoro riferiti al mese successivo almeno sette giorni prima del suo inizio. La disposizione fa tuttavia espressamente salva la possibilità, *«ricorrendo situazioni di urgenza, imprevedibili e straordinarie, di derogare al programma presentato, nel solo interesse del disabile, previa documentata motivazione rimessa alla valutazione dell'autorità dirigente»*.

18. Su altro fronte si colloca la disciplina dei riposi settimanali, costituzionalmente garantita all'evidente scopo di consentire al lavoratore uno spazio temporale irrinunciabile che gli permetta il recupero delle energie psico-fisiche e la piena estrinsecazione della personalità nei modi a lui più consoni.

18.1. Tale affermazione a sua volta, seppure inderogabile, necessita di adattamenti gestionali in relazione alla peculiarità dell'attività lavorativa, ovvero laddove la stessa si concretizzi nella erogazione di una tipologia di servizio alla collettività intrinsecamente continuativo, quale tipicamente il presidio e la tutela della sicurezza del territorio, *lato sensu* intesa. I lavoratori interessati da tali evenienze sono necessariamente "turnisti", ad indicare l'alternanza di persone e orari -il "turno", appunto - utilizzata per garantire la continuità del servizio, che comunque deve svolgersi sempre per tutto l'arco della settimana e del giorno, "spalmandone" il disagio sul maggior numero possibile di dipendenti. I singoli ordinamenti di settore, in particolare attraverso la contrattazione collettiva, hanno individuato le modalità attraverso le quali in concreto si garantisce al dipendente che ha lavorato in un giorno festivo di non perdere il proprio diritto al riposo, seppure differendone la fruizione a scadenze predeterminate, comunque ravvicinate nel tempo, ovvero, più raramente, e in presenza di presupposti dati, monetizzandolo.

19. In relazione al personale della Polizia penitenziaria, ad esempio, dispone in linea generale l'art. 11, commi 4 e 5, della l. 15 dicembre 1990, n. 395, che prevede che: *«Il personale del Corpo di polizia penitenziaria ha diritto ad un giorno di riposo settimanale. Il personale che, per particolari esigenze di servizio, non possa usufruire del giorno di riposo settimanale, ha diritto a goderne, entro le due settimane successive, secondo i criteri stabiliti dall'Amministrazione. La medesima disciplina si applica al personale che, per particolari esigenze di servizio, presta servizio in un giorno festivo non domenicale»*. La tempistica di fruizione del riposo compensativo è stata poi incisa dai decreti di recepimento di accordi sindacali, richiamati dalla norma stessa, che ne rimette

la disciplina a successive concrete determinazioni delle Amministrazioni (per una ricostruzione della cornice giuridica in materia, avuto riguardo alle conseguenze del superamento del termine di quattro settimane, v. Cons. Stato, sez. II, 27 giugno 2022, n. 5269).

19.1. Per il pubblico impiego in generale, ciò trova conferma anche nel d.lgs. 8 aprile 2003, n. 66, di attuazione delle direttive 93/104/CE e 2000/34/CE concernenti taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro, che all'art. 9 prevede il diritto al riposo settimanale, di regola in coincidenza con la domenica, con facoltà di recupero in media nell'arco di quattordici giorni e l'indicazione di una serie di deroghe, in primo luogo per le *«attività di lavoro a turni ogni volta che il lavoratore cambi turno o squadra e non possa usufruire, tra la fine del servizio di un turno o di una squadra e l'inizio del successivo, di periodi di riposo giornaliero o settimanale»*. Trattasi tuttavia di disciplina non applicabile al personale delle Forze di polizia e a quello impiegato nell'ambito di strutture penitenziarie (art. 2).

20. Non vi è dubbio, quindi, che al dipendente "turnista" è consentito chiedere di fruire dei permessi ex art. 33 della l. n. 104 del 1992 anche in giornata festiva, stante che la norma ne prevede l'utilizzo "a giornata", appunto, e dunque indipendentemente dall'articolazione della prestazione lavorativa nell'arco delle 24 ore (si pensi ai servizi notturni) o della settimana, nonché perfino dal numero di ore di lavoro che avrebbe dovuto effettuare in quel giorno. Ma deve trattarsi di giornata per la quale ordinariamente poteva essere chiamato a prestare servizio, perché tale è la regola del proprio rapporto di lavoro, non di "turno" del tutto ipotetico, comunque aggiuntivo (con quanto ne consegue in termini di maggiorazioni retributive), e per giunta di durata imprecisata, seppure utilizzato con incidenza casistica asseritamente frequente.

20.1. Solo nel primo caso, infatti, non potendo la giornata di assenza dal lavoro per assistere il proprio familiare disabile essere considerata tale anche ai fini del recupero delle energie psico-fisiche del dipendente, intrinseci all'istituto del riposo settimanale, ne è corretta la "conservazione", con differimento ad altra data della sua fruizione, al pari dell'avvenuta effettuazione della richiesta prestazione lavorativa.

20.2. In tale contesto va letta dunque la risposta, invocata dagli appellati a supporto delle proprie tesi, che l'ufficio competente del D.A.P. ha fornito alle organizzazioni sindacali che ne facevano richiesta (prot. GDAP 0131598 del 15 aprile 2008), laddove afferma che *«al dipendente compete il recupero del riposo maturato nella giornata festiva in cui ha usufruito di un permesso ex legge 104/1992»*.

21. Analogo significato di mero riepilogo delle garanzie del (legittimo) fruitore dell'istituto va attribuita alla successiva circolare del 18 gennaio 2021, richiamata dal primo giudice, che arricchisce il quadro sopra delineato semplicemente *«ribadendo»* il principio di diritto secondo cui è possibile fruire del permesso per assistenza a disabile anche nei giorni già programmati per la fruizione del congedo ordinario o del riposo settimanale, purché si dimostri il sopraggiungere delle prevalenti esigenze di assistenza del soggetto portatore di *handicap* in situazione di gravità affidato alle proprie cure. *«In tale ultimo caso, il dipendente ha diritto a fruire successivamente dei giorni di congedo ordinario ovvero di riposi recupero non goduti a tale titolo, fermo restando il potere organizzativo dell'amministrazione nella programmazione di essi»*.

22. Diversamente dunque da quanto opinato dal primo giudice e argomentato dagli appellati, il tenore letterale delle ridette circolari non può che riferirsi ai lavoratori che "strutturalmente" sono impiegati in turni festivi o prefestivi, garantendo loro la possibilità di astenersi dal servizio per esigenza di assistenza dei familiari disabili nonché, a cascata, di recuperare *ex post* la giornata di riposo che sarebbe loro spettata e che per tale ragione non hanno potuto fruire.

22.1. Va infatti ricordato che la cadenza mensile dei permessi *de quibus* risponde all'esigenza della necessità dell'assistenza quale causa della richiesta, tant'è che laddove la prima per un certo mese non sussista, al lavoratore non è consentito "accumulare" il beneficio, "trascinandone" la fruizione mancata nel mese successivo. I tre giorni dei quali, cioè, non sia avanzata richiesta, in tutto o in parte, vanno "persi", in quanto non vi è stato bisogno di astenersi dal lavoro. Sotto tale aspetto si palesa ancora più grave e oggettivamente privo di giustificazioni l'atteggiamento degli appellati successivo alla richiesta (impropria) del permesso in giornata festiva o prefestiva non lavorativa, stante che una volta "scongiurato" il pericolo che l'avrebbe mossa di essere chiamati in servizio senza un congruo preavviso, non hanno revocato l'istanza, evitando di assentarsi successivamente dal lavoro, nella piena consapevolezza di non avere alcuna giornata da recuperare. Il danno, anche economico, arrecato all'Amministrazione da siffatta distorta lettura interpretativa, è evidente, essendosi concretizzato nella ingiustificata, seppure autorizzata, mancata prestazione lavorativa, a recupero di una giornata festiva non programmata come turno di lavoro, e pertanto non lavorata. Va da sé che le distonie organizzative stigmatizzate dagli appellati, che lamentano un sistematico ricorso alle prestazioni lavorative festive e prefestive, presumibilmente nel rispetto delle regole contrattuali, anche riferite alle previste maggiorazioni remunerative, avrebbero caso mai richiesto da parte dei vertici dell'Istituto un'approfondita analisi delle esigenze di servizio, al fine di valutare possibili rimedi "strutturali" sull'orario, ovvero una più consona razionalizzazione dei procedimenti autorizzatori, quanto meno avuto riguardo agli eventi a data fissa, come le celebrazioni della fondazione del Corpo o altre festività a carattere nazionale. Trattasi tuttavia di questioni che esulano dal perimetro dell'odierna decisione e che lambiscono anche ipotetici profili di una (eventuale) responsabilità dirigenziale, ovvero erariale, la cui valutazione è di esclusiva competenza dell'Amministrazione interessata.

23. Di fatto, dunque, correttamente il Ministero ha imputato agli appartenenti alla banda musicale della Polizia penitenziaria un reiterato utilizzo improprio dell'istituto dei permessi di cui all'art. 33 della l. n. 104 del 1992, ravvisando in tale comportamento una violazione dei «*principi etici del servizio pubblico, danneggiandone la prestazione e riducendo il senso di affidamento e soddisfazione sociale verso lo stesso* [...]». Né il disvalore riconosciuto a tali condotte, nell'ambito peraltro di una valutazione connotata, come ricordato in premessa, da amplissima discrezionalità, può ritenersi attenuato dalla circostanza che non vi sarebbe stato quel «*turbamento nella continuità e regolarità del servizio*» richiesto dall'art. 5, comma 3, lettera h), del decreto legislativo 30 ottobre 1992, n. 449, per l'irrogazione della sanzione della sospensione dal servizio, giusta l'avallo delle assenze da parte dei superiori gerarchici della struttura. Come riportato, infatti, nella motivazione del provvedimento impugnato, ridetto turbamento non deve essere individuato necessariamente in una qualche oggettiva carenza nello svolgimento delle *performances* di competenza degli orchestrali, ovvero nella mancata presenza a qualsivoglia evento per il quale ne sia stata richiesta l'esibizione. Esso consegue necessariamente all'aver ottenuto di recuperare le giornate non lavorate nell'arco di 30 o 60 giorni, come per regola, imponendo per forza una calibratura delle presenze facendo affidamento su un numero più ridotto di risorse umane.

24. Né, infine, può essere condivisa la conclusione assunta dal primo giudice con riferimento alla ritenuta violazione del principio di proporzionalità della sanzione anche avuto riguardo alla circostanza che alla Direttrice della Scuola, che pure ha autorizzato i recuperi compensativi, è stata irrogata la semplice censura.

25. Anche a prescindere, peraltro, dalla sussistenza di tale specifica censura in termini comparativi, e non assoluti (laddove il ricorso di primo grado richiama l'esito del giudizio a carico della Direttrice nel primo motivo di ricorso, per escludere la natura "truffaldina" o proattiva della condotta degli interessati, e non nel terzo, ove lamenta solo la "plateale" sproporzione della sanzione rispetto alle contestazioni mosse), non essendo noti i contenuti esatti delle argomentazioni

difensive dell'interessata, né, men che meno, la ripartizione dei compiti di controllo tra la stessa e il vertice gerarchico della Banda, ovvero il Maestro, non è possibile inferirne profili di incongruenza del giudizio finale. Ciò a tacere del fatto che comunque l'eventuale errata valutazione della gravità della (diversa) condotta di un dipendente, impatta tutt'al più sulla correttezza della stessa, ma non si ripercuote sulla legittimità della scelta riferita ad altri, cui la prima non è sovrapponibile né per ruolo, né per elemento materiale.

26. Per tutto quanto sopra detto l'appello va accolto e per l'effetto, in riforma della sentenza del T.a.r. per la Campania n. -OMISSIS- va respinto il ricorso dei signori -OMISSIS-Resta, con conseguente conferma della sanzione della sospensione dal servizio per un mese.

26.1. La peculiarità della vicenda e la novità di alcune delle questioni trattate giustifica la compensazione delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto, in riforma della sentenza del T.a.r. per la Campania segnata in epigrafe, respinge il ricorso di primo grado.

Spese del doppio grado 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 degli articoli 5 e 6 del Regolamento (UE) 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 degli appellati.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 23 maggio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Giulio Castriota Scanderbeg, Presidente

Giovanni Sabato, Consigliere

Francesco Frigida, Consigliere

Antonella Manzione, Consigliere, Estensore

Alessandro Enrico Basilico, Consigliere

L'ESTENSORE  
Antonella Manzione

IL PRESIDENTE  
Giulio Castriota Scanderbeg

## IL SEGRETARIO

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