CASSAZIONE.net

54712/16

sentenza N. 3209
R. Gen. N. 30543/2015
U.P. del 01/12/2016

REPUBBLICA ITALIANA

In nome del Popolo Italiano

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SECONDA SEZIONE PENALE

Composta da

FRANCO FIANDANESE	Presidente
GEPPINO RAGO	Relatore
LUIGI AGOSTINACCHIO	
IGNAZIO PARDO	
FABIO DI PISA	

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso proposto da

RR , nata il X 1954 contro la sentenza del 13/02/2015 della Corte di Appello di Firenze;

visti gli atti, il provvedimento impugnato e il ricorso;

udita la relazione svolta dal consigliere dott. G. Rago;

udito il Pubblico Ministero, in persona del Sostituto Procuratore generale Giuseppina Casella, che ha concluso chiedendo il rigetto;

udito il difensore, avv.to Vinicio Vannucci (per la parte civile), che ha concluso chiedendo l'inammissibilità del ricorso, e l'avv.to Giovani Capria (per l'imputata) che ha concluso chiedendo l'accoglimento del ricorso.

RITENUTO IN FATTO

1. RR – condannata per il delitto di cui all'art. 640 n. 2 cod. pen. per avere utilizzato i permessi retribuiti di cui all'art. 33 L. 104/1992, relativi ai giorni 29 settembre, 3,6 e 8 ottobre 2008, non per assistere il familiare disabile ma per recarsi all'estero in viaggio con la propria famiglia - ha proposto ricorso per cassazione contro la sentenza in epigrafe deducendo:

1.1. LA VIOLAZIONE DELL'ART. 33 L. 104/1992: la ricorrente sostiene che la *ratio legis* della suddetta norma, non consiste solo nella salvaguardia della salute

CASSAZIONE.NET

CASSAZIONE.net

psicofisica della persona affetta da grave *handicap*, così come ritenuto da entrambi i giudici di merito, ma anche nella «realizzazione del completo equilibrio del lavoratore impegnato, oltre che nel proprio lavoro, anche nella talora gravosissima cura del soggetto disabile». Ciò comporterebbe, quindi, ad avviso della ricorrente, l'insindacabilità da parte del datore di lavoro delle modalità con le quali il lavoratore utilizza quei permessi e ciò perché «non esiste alcuna norma, né di carattere generale né di tipo regolamentare, che stabilisca quali siano le modalità di fruizione dei permessi oppure che disciplini il potere di controllo, ad ulteriore conferma che la libertà di scelta viene rimessa al soggetto avente titolo ad ottenere il beneficio di legge». In altri termini, essendo quei giorni destinati al recupero delle energie psico-fisiche del fruitore dei permessi, questi non sarebbero altro che «tre giorni feriali di libertà».

1.2. L'APPLICAZIONE DELL'ART. 131 BIS COD. PEN.: la ricorrente, infine, ha chiesto che le sia applicata la causa di non punibilità prevista dalla suddetta norma stante le modalità del fatto e l'esiguità del danno.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. LA VIOLAZIONE DELL'ART. 33 L. 104/1992: pacifici il fatto, la questione di diritto sottoposta dalla ricorrente a questa Corte consiste nello stabilire se i permessi retribuiti di cui all'art. 33 L. 104/1992 devono essere utilizzati per assistere la persona *handicappata* (come hanno ritenuto entrambi i giudici di merito), oppure se, essendo destinati al recupero delle energie psico-fisiche del fruitore dei permessi, questi li può utilizzare anche come «tre giorni feriali di libertà».

Questa Corte ritiene infondata l'interpretazione proposta dalla ricorrente per le ragioni di seguito indicate.

1.2. IL QUADRO NORMATIVO

Il testo originario dell'art. 33/3 legge cit. disponeva: «Successivamente al compimento del terzo anno di vita del bambino, la lavoratrice madre o, in alternativa, il lavoratore padre, anche adottivi, di minore con handicap in situazione di gravità, nonchè colui che assiste una persona con handicap in situazione di gravità, parente o affine entro il terzo grado, convivente, hanno diritto a tre giorni di permesso mensile, fruibili anche in maniera continuativa a condizione che la persona con handicap in situazione di gravità non sia ricoverata a tempo pieno».

Successivamente, l'art. 20/1 della L. 8 marzo 2000, n. 53, dispose che «Le disposizioni dell'articolo 33 della legge 5 febbraio 1992, n. 104, come modificato dall'articolo 19 della presente legge, si applicano anche qualora l'altro genitore

CASSAZIONE.NET

CASSAZIONE.net

non ne abbia diritto nonchè ai genitori ed ai familiari lavoratori, con rapporto di lavoro pubblico o privato, che assistono con continuità e in via esclusiva un parente o un affine entro il terzo grado portatore di handicap, ancorche' non convivente»: com'è evidente, la novità di questa norma consisteva nell'aver introdotto la locuzione: «[...] che assistono con continuità e in via esclusiva un parente [...]». E' questa, dunque, la norma che, all'epoca dei fatti (settembre – ottobre 2008) si applicava.

L'art. 24 della legge n. 183 del 2010 (quindi successivamente al fatto commesso dall'imputata), eliminò i requisiti della "continuità ed esclusività" dell'assistenza per fruire dei permessi mensili retribuiti.

Attualmente, la norma – a seguito dell'art. 6 dlgs 119/2011 - così dispone «A condizione che la persona handicappata non sia ricoverata a tempo pieno, il lavoratore dipendente, pubblico o privato, che assiste persona con handicap in situazione di gravità, coniuge, parente o affine entro il secondo grado, ovvero entro il terzo grado qualora i genitori o il coniuge della persona con handicap in situazione di gravità abbiano compiuto i sessantacinque anni di età oppure siano anche essi affetti da patologie invalidanti o siano deceduti o mancanti, ha diritto a fruire di tre giorni di permesso mensile retribuito coperto da contribuzione figurativa, anche in maniera continuativa».

Peraltro, va segnalato che la Corte Cost. con sentenza n. 213/2016, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 33, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, come modificato dall'art. 24, comma 1, lettera a), della legge 4 novembre 2010, n. 183, nella parte in cui non include il convivente tra i soggetti legittimati a fruire del permesso mensile retribuito per l'assistenza alla persona con handicap in situazione di gravità, in alternativa al coniuge, parente o affine entro il secondo grado.

1.3. *LA RATIO LEGIS*

E' molto importante stabilire quale sia la *ratio legis* perché essa può contribuire alla corretta interpretazione della norma.

Sul punto, questa Corte ritiene di far proprie le considerazioni da ultimo effettuate sul punto, dalla Corte Cost. che, con la sentenza 213/2016, alla stregua dell'evoluzione della normativa, ha rilevato che «Il permesso mensile retribuito di cui al censurato art. 33, comma 3, è, dunque, espressione dello Stato sociale che eroga una provvidenza in forma indiretta, tramite facilitazioni e incentivi ai congiunti che si fanno carico dell'assistenza di un parente disabile grave. Trattasi di uno strumento di politica socio-assistenziale, che, come quello del congedo straordinario di cui all'art. 42, comma 5, del d.lgs. n. 151 del 2001, è basato sul riconoscimento della cura alle persone con handicap in situazione di

CASSAZIONE.NET

CASSAZIONE.net

gravità prestata dai congiunti e sulla valorizzazione delle relazioni di solidarietà interpersonale ed intergenerazionale.

3.3.– La tutela della salute psico-fisica del disabile, costituente la finalità perseguita dalla legge n. 104 del 1992, postula anche l'adozione di interventi economici integrativi di sostegno alle famiglie "il cui ruolo resta fondamentale nella cura e nell'assistenza dei soggetti portatori di handicap" (sentenze n. 203 del 2013; n. 19 del 2009; n. 158 del 2007 e n. 233 del 2005).

Nel novero di tali interventi si iscrive il diritto al permesso mensile retribuito in questione.

Infatti, alla luce dei suoi presupposti e delle vicende normative che lo hanno caratterizzato, la *ratio legis* dell'istituto in esame consiste nel favorire l'assistenza alla persona affetta da handicap grave in ambito familiare.

Risulta, pertanto, evidente che l'interesse primario cui è preposta la norma in questione – come già affermato da questa Corte con riferimento al congedo straordinario di cui all'art. 42, comma 5, del d.lgs. n. 151 del 2001 – è quello di "assicurare in via prioritaria la continuità nelle cure e nell'assistenza del disabile che si realizzino in ambito familiare, indipendentemente dall'età e dalla condizione di figlio dell'assistito" (sentenze n. 19 del 2009 e n. 158 del 2007).

Tanto più che i soggetti tutelati sono portatori di handicap in situazione di gravità, affetti cioè da una compromissione delle capacità fisiche, psichiche e sensoriali tale da «rendere necessario un intervento assistenziale permanente, continuativo e globale nella sfera individuale o in quella di relazione», secondo quanto letteralmente previsto dall'art. 3, comma 3, della legge n. 104 del 1992.

L'istituto del permesso mensile retribuito è dunque in rapporto di stretta e diretta correlazione con le finalità perseguite dalla legge n. 104 del 1992, in particolare con quelle di tutela della salute psico-fisica della persona portatrice di handicap».

Si può, quindi, affermare, sulla base delle chiare parole della Corte Cost., condivise da questa Corte di legittimità, che la norma ha una duplice finalità:

a) in primo luogo, è preposta ad «assicurare in via prioritaria la continuità nelle cure e nell'assistenza del disabile che si realizzino in ambito familiare, indipendentemente dall'età e dalla condizione di figlio dell'assistito»;

b) in secondo luogo, costituisce, contemporaneamente, un intervento economico integrativo di sostegno alle famiglie «il cui ruolo resta fondamentale nella cura e nell'assistenza dei soggetti portatori di handicap».

L'istituto del permesso mensile retribuito è, dunque, in rapporto di stretta e diretta correlazione «con la finalità di tutela della salute psico-fisica della persona portatrice di handicap».

1.4. LA SENTENZA N. 4106/2016 DI QUESTA CORTE

CASSAZIONE.NET

CASSAZIONE.net

Questa Corte, con la sentenza n. 4106/2016, decidendo in una fattispecie (parzialmente) assimilabile a quella in esame, ha interpretato l'art. 33 legge cit., nei seguenti termini: «La suddetta legge è tutta parametrata sugli interessi della persona handicappata e su una serie di benefici a favore delle persone che ad essa si dedicano.

In tale ottica, i suddetti permessi lavorativi, sono soggetti ad una duplice lettura: a) vengono concessi per consentire al lavoratore di prestare la propria assistenza con ancora maggiore "continuità"; b) vengono concessi per consentire al lavoratore, che con abnegazione dedica tutto il suo tempo al famigliare handicappato, di ritagliarsi un breve spazio di tempo per provvedere ai propri bisogni ed esigenze personali.

Qualunque sia la lettura che si voglia dare della suddetta normativa (e, comunque, l'una non esclude l'altra), quello che è certo è che, da nessuna parte della legge, si evince che, nei casi di permesso, l'attività di assistenza dev'essere prestata proprio nelle ore in cui il lavoratore avrebbe dovuto svolgere la propria attività lavorativa.

Anzi, tale interpretazione si deve escludere laddove si tenga presente che, per la legge, l'unico presupposto per la concessione dei permessi è che il lavoratore assista il famigliare handicappato "con continuità e in via esclusiva": ma, è del tutto evidente che tale locuzione non implica un'assistenza continuativa di 24 ore, per la semplice ed assorbente ragione che, durante le ore lavorative, il lavoratore non può contemporaneamente assistere il parente.

E' evidente, quindi, che la locuzione va interpretata *cum grano salis*, nel senso che è sufficiente che sia prestata con modalità costanti e con quella flessibilità dovuta anche alle esigenze del lavoratore.

Di conseguenza, se è considerata assistenza continua quella che il lavoratore presta nei giorni in cui lavora (e, quindi, l'assistenza che presta dopo l'orario di lavoro, al netto, pertanto, delle ore in cui, lavorando, non assiste il parente handicappato), ne consegue che non vi è ragione per cui tale nozione debba mutare nei giorni in cui il lavoratore usufruisce dei permessi: infatti, anche in quei giorni egli è libero di graduare l'assistenza al parente secondo orari e modalità flessibili che tengano conto, *in primis*, delle esigenze dell'handicappato; il che significa che nei giorni di permesso, l'assistenza, sia pure continua, non necessariamente deve coincidere con l'orario lavorativo, proprio perché tale modo di interpretare la legge andrebbe contro gli stessi interessi dell'handicappato (come ad es. nelle ipotesi in cui l'handicappato, abbia bisogno di minore assistenza nelle ore in cui il lavoratore presta la propria attività lavorativa)».

Sulla base delle suddette considerazioni, questa Corte, quindi, disattese l'interpretazione restrittiva che della norma era stata data dai giudici di merito

CASSAZIONE.NET

CASSAZIONE.net

secondo i quali, invece, il lavoratore che usufruiva dei permessi doveva prestare l'assistenza alla persona handicappata proprio negli orari lavorativi.

1.5. LA FATTISPECIE IN ESAME

Questa Corte, nel confermare e ribadire il proprio precedente appena citato, osserva che il caso di specie è diverso da quello deciso nella sentenza n. 4106/2016.

Infatti, nel caso in esame, si discute se sia lecito, per il lavoratore che chieda di usufruire dei permessi retribuiti, di non assistere la persona *handicappata* e, quindi, per usare le stesse parole della ricorrente, di utilizzare quei giorni come se fossero giorni feriali da utilizzare come meglio gli aggrada.

Ora, per quanto detto, non vi è alcun dubbio che la norma in commento, sia una norma che prevede un'agevolazione anche per chi assiste una persona handicappata: ma, tale agevolazione, presuppone, pur sempre, che chi ne usufruisce, continui a prestare assistenza.

L'agevolazione (peraltro notevole), consiste, quindi, nel fatto che il beneficiario del premesso ha a disposizione l'intera giornata per programmare al meglio l'assistenza in modo tale da potersi ritagliare uno spazio per compiere quelle attività che non sono possibili (o comunque difficili) quando l'assistenza è limitata in ore prestabilite e cioè dopo l'orario di lavoro.

In altri termini, i permessi servono a chi svolge quel gravoso di assistenza a persona handicappate, di poter svolgere un minimo di vita sociale, e cioè praticare quelle attività che non sono possibili quando l'intera giornata è dedicata prima al lavoro e, poi, all'assistenza.

Ma, è ovvio che l'assistenza dev'esserci.

La ricorrente, a favore della propria tesi, osserva che, sebbene successivamente, la locuzione che richiedeva l'assistenza continuativa ed esclusiva è stata eliminata: il che, starebbe a significare che, i permessi andrebbero considerati come veri e propri periodi feriali dei quali il lavoratore potrebbe disporre a suo piacimento.

La suddetta tesi non è condivisibile.

In primo luogo, perché, come si è detto, all'epoca dei fatti, la normativa prevedeva proprio che i permessi potevano essere concessi a coloro che assistevano con continuità e in via esclusiva le persone handicappate.

In secondo luogo, a ben vedere, la suddetta condizione fu, successivamente, abrogata, molto probabilmente per evitare interpretazioni restrittive ed eccessivamente fiscali, come quella secondo la quale il lavoratore doveva utilizzare il permesso solo per prestare assistenza, sicchè, se nelle ore in cui avrebbe dovuto lavorare, era sorpreso, a svolgere altre attività (anche di svago)

CASSAZIONE.NET

CASSAZIONE.net

invece che a curare l'handicappato, era imputabile di truffa: interpretazione questa che questa Corte, con la sentenza n. 4106/2016 cit., ha disatteso.

Tutto ciò sta, quindi, a significare che l'abrogazione della condizione dell'assistenza con continuità e in via esclusiva, è servita solo a chiarire la norma ma non a mutare e a stravolgerne l'essenza e la *ratio* che consiste, pur sempre, nell'assicurare «in via prioritaria la continuità nelle cure e nell'assistenza del disabile che si realizzino in ambito familiare, indipendentemente dall'età e dalla condizione di figlio dell'assistito».

E' evidente, infatti, che l'assistenza non è fattualmente ipotizzabile nelle ipotesi in cui, come quello in esame, il fruitore dei permessi, si disinteressi completamente dell'assistenza, partendo per l'estero: i permessi, infatti, non possono e devono essere considerati come giorni di ferie (perché a tal fine è preposto un ben preciso e determinato istituto giuridico), ma solo come un'agevolazione che il legislatore ha concesso a chi è si è fatto carico di un gravoso compito, di poter svolgere l'assistenza in modo meno pressante e, quindi, in modo da potersi ritagliarsi in quei giorni in cui non è obbligato a recarsi al lavoro, delle ore da poter dedicare esclusivamente alla propria persona.

In conclusione, la censura dev'essere disattesa alla stregua del seguente principio di diritto: «*colui che usufruisce dei permessi retribuiti ex art. 33/3 L. 104/1992, pur non essendo obbligato a prestare assistenza alla persona handicappata nelle ore in cui avrebbe dovuto svolgere attività lavorativa, non può, tuttavia, utilizzare quei giorni come se fossero giorni feriali senza, quindi, prestare alcuna assistenza alla persona handicappata. Di conseguenza, risponde del delitto di truffa il lavoratore che, avendo chiesto ed ottenuto di poter usufruire dei giorni di permesso retribuiti, li utilizzi per recarsi all'estero in viaggio di piacere, non prestando, quindi, alcuna assistenza*».

2. L'APPLICAZIONE DELL'ART. 131 BIS COD. PEN.

Anche la suddetta richiesta va disattesa.

La condotta dell'imputata, in sé, è grave e, quindi, non può essere ritenuta di particolare tenuità sia perché è una condotta che è gravata sulla collettività, sia perché, come ha stigmatizzato la Corte territoriale, «dimostra la strumentalizzazione della malattia della madre per allungare una programmata vacanza per la quale non le restavano più giornate di ferie [....] tale comportamento è espressione di un illegittimo malcostume, conseguenza di una mal riposta fiducia nella lealtà del dipendente che dimostra che l'omissione dell'effettuazione di controlli può essere facilmente utilizzata dal dipendente che se ne voglia approfittare per proprio tornaconto personale [...]».

La richiesta va, quindi, respinta alla stregua del seguente principio di diritto: «*la condotta di chi, durante il periodo in cui usufruisce dei permessi retribuiti ex*

CASSAZIONE.NET

CASSAZIONE.net

art. 33/3 L. 104/1992 si rechi all'estero in gita di piacere, commettendo quindi il reato di truffa, non può essere considerato un fatto di particolare tenuità»

3. Il ricorso, stante la questione di diritto affrontata, non è manifestamente infondato.

Di conseguenza, il reato, da ritenersi consumato, al più tardi, il 08/10/2008, nelle more (ed esattamente il 08/08/2016), si è prescritto considerato il tempo massimo di anni sette e mesi sei, oltre i 120 giorni di sospensione.

La declaratoria di prescrizione comporta, peraltro, la conferma delle statuizioni civili.

P.Q.M.

ANNULLA

senza rinvio la sentenza impugnata perché il reato è estinto per prescrizione.
Conferma le statuizioni civili e condanna la ricorrente alla rifusione in favore della parte civile Comune di Pisa delle spese del grado che liquida in euro 4.000,00 oltre spese generali nella misura del 15% CPA ed Iva

Così deciso il 01/12/2016

Il Consigliere estensore — Il Presidente

Geppino Rago — Franco Fiandanese

DEPOSITATO IN CANCELLERIA
SECONDA SEZIONE PENALE
IL 23 DIC. 2016
Il Cancelliere
IL CANCELLIERE
Daniele Colapietro

CASSAZIONE.NET