La condotta negatoria di permessi ex l. 104/92: attenti alla configurabilità del reato di abuso d'ufficio.

Alcune riflessioni su Cass. Pen. Sez. VI, N° 36957/05

Il funzionario che non concede il permesso previsto dall'art. 33 l. 104/92 al familiare di persone con disabilità richiedente, può patire una condanna per abuso d'ufficio ex art. 323 c.p.?
Leggendosi Cass. Pen. Sez. VI, N° 36957/05, la risposta non potrà che essere positiva.
Ovviamente appare necessario un approfondimento.
Premesse.
L'art. 33 l. 104/92 prevede *"che la lavoratrice madre o, in alternativa, il lavoratore padre di minore affetto da handicap, successivamente al terzo anno di vita,hanno diritto a tre giorni di permesso mensile fruibili anche continuativamente, sempre che il minore non sia ricoverato a tempo pieno"*.
La norma afferma che i legittimati "hanno diritto". Non afferma "possono richiedere".
Domanda: l'eventuale richiesta originaria di usufruire dei permessi *ex* l. 104/92 è sottoposta ad atto autorizzatorio dell'ente datore di lavoro, ovvero ancora ad una mera verifica della sussistenza dei presupposti previsti dalla legge?
Non è difficile riferire che si tratta di una mera verifica della sussistenza dei presupposti previsti per legge, da cui decorre l'esigibilità del diritto soggettivo assoluto della persona con disabilità di godere dei permessi concessi al familiare lavoratore.
E' noto, d'altra parte, che la disciplina dei permessi è esclusivamente volta a garanzia e tutela della persona con disabilità e delle mutevoli e non prevedibili necessità di quest'ultima, motivo per cui la fruizione dei permessi deve essere autonoma e flessibile. Non è un privilegio, ma una necessità a cui segue il riconoscimento di un diritto.
Tutto questo, depone, quindi, per una impossibilità a negarne il "beneficio".
E' pur vero che ciò deve contemperarsi con le esigenze lavorative del datore di lavoro.
Ma sebbene il testo della norma così affermi, pare che lo stesso legislatore non si sia poi preoccupato particolarmente di approfondire questa aspetto, manifestando, *ex se*, una prevalenza per la tutela dell'interesse del disabile rispetto a quello dell'organizzazione del lavoro.
D'altra parte, è configurabile come permesso eccezionale ed urgente e, comunque, fortemente limitato nel tempo (massimo tre giorni).
La madre di una bimba affetta da sindrome di down, si è così rivolta alla magistratura penale, adducendo che il funzionario aveva abusato del suo ufficio, negandogli ed impedendogli la fruizione del permesso mensile.
Ovviamente, l'analisi del Giudice Penale è tutta imperniata sul fatto, sull'assenza di cause di giustificazioni, sul nesso di causalità e sull'elemento psicologico (colpa o dolo) del soggetto agente.
Nel caso di specie – a dire il vero costellato già da diversi pregressi rapporti di tensione tra il funzionario e la dipendente mamma della bambina – è stata riconosciuta la sussistenza di tutti gli elementi del reato penale.
Si è ritenuto, così, sussistente il dolo del danneggiare la madre della bimba nel negare la possibilità di usufruire del permesso, tra l'altro non motivando la negazione dello stesso e, per di più, senza avere ancora ricevuto la risposta richiesta alla USL locale circa le condizioni di salute della bimba e le necessità di questa di usufruire dei permessi.
La Corte di Cassazione Penale, così, evidenzia come *"tutto il sistema della legge sulla tutela delle persone handicappate poggia su esigenze di impellenza e di urgenza dei soggetti che si vogliono tutelare, ivi compresa la norma che regola la presente fattispecie, disposizione che mira ad assicurare una assistenza al minore colpito da gravi affezioni (…) assistenza che si estrinsechi non solo in cure mediche ma anche in manifestazioni affettive (come la vicinanza della madre) per*
il maggior tempo possibile, compatibilmente con le esigenze di lavoro, in modo da contemperare queste ultime con le esigenze dei figli handicappati".

A questo punto alcune precisazioni.
Si ritiene che la singola fruizione di giornata di permesso non sia sottoposta ad alcuna autorizzazione. Una volta riconosciuto il diritto al beneficio, esso può essere usufruito dal lavoratore nei casi di necessità.
Nel caso di specie, infatti, la sussistenza del reato di abuso d'ufficio pare da doversi imputare più che altro al "pervicace atteggiamento vessatorio" nei confronti della dipendente – riguardo ovviamente la libertà di usufruire dei permessi – che non già al singolo atto negatorio.
Certo è che esso è un beneficio e non già un privilegio. Anche se un'eccessiva estensione dei potenziali soggetti beneficiari/richiedenti di esso (non più limitata agli stretti congiunti del disabile), ne ha forse trasformato la visione collettiva in un "privilegio di licenza arbitraria ed autonoma dal posto di lavoro" anziché una necessità terapeutica/affettiva a favore delle persone con disabilità.

Avv. Francesco Marcellino
fmarcellino@videobank.it

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati: Udienza pubblica
Dott. TROJANO Pasquale Presidente del 07/07/2005 Dott. DI
VIRGINIO Adolfo Consigliere SENTENZA Dott. MILO Nicola
Consigliere N. 1065 Dott. COLLA Giorgio Consigliere REGISTRO
GENERALE Dott. CONTI Giovanni Consigliere N. 4202/2005 ha
pronunciato la seguente:
SENTENZA sul ricorso proposto da:
, n. a---------- il ----------; nei confronti della
sentenza in data 7 ottobre 2004 della Corte d'appello di
Palermo; udita in pubblica udienza la relazione fatta dal
Consigliere Dott. Giorgio Colla;
udito il Procuratore generale nella persona del Sostituto
Dott. BAGLIONE Tindari, che ha concluso per il rigetto del
ricorso; uditi i difensori avv. BIONDO Fabrizio per le parti
civili, ---------- e Associazione ----------, e avv.
CAUDULLO Raffaele per l'imputato.
FATTO E DIRITTO Con la sentenza in epigrafe, la Corte
d'appello di Palermo
ha confermato quella del Tribunale di ----------in data 24
settembre 2003, appellata da ----------, con la quale il
medesimo era stato condannato, con la concessione delle
attenuanti generiche e del danno patrimoniale di speciale
tenuità, alla pena di mesi due e giorni venti di reclusione per
il reato di abuso di ufficio, oltre che al risarcimento dei
danni nei confronti delle parti civili, ----------, nella
misura di 6.000 euro e nei confronti della Associazione -------
------- nella misura di 1.500 euro (in ----------l'11 marzo
1999). Al ---------- era stato addebitato di avere abusato

del suo ufficio nello svolgimento delle funzioni di Direttore del Circolo didattico del Comune di ----------, per avere negato a ----------, insegnante presso il suddetto Circolo e madre di una bambina affetta da "sindrome di down", la fruizione di un permesso mensile al quale la stessa aveva diritto secondo legge, procurando in tal modo alla medesima un danno ingiusto. Riteneva la Corte d'appello la intenzionalità dell'imputato di cagionare il danno alla ----------, conoscendo il ---------- la disciplina della tutela delle persona handicappate, come si desumeva dal fatto che con una lettera del 9 marzo 1999, inviata alla Usl n. 9 di Marsala, nel sollecitare nuovi accertamenti da parte dell'ente sullo stato di salute della bambina (in quanto, in base al certificato esibito dalla insegnante, la sindrome era indicata come "suscettibile di variazione"), riconosceva espressamente la validità della suddetta certificazione e - implicitamente - di essere tenuto a concedere il permesso richiesto, permesso, del resto, già concesso negli anni precedenti. Il diniego era dunque dovuto, secondo la Corte d'appello (per la quale, peraltro, la sindrome di down doveva ritenersi irreversibile), non per dubbi o perplessità nascenti dal tenore del certificato, non potendo il ---------- sostituirsi all'ente competente a esprimere una revisione della diagnosi sullo stato della figlia della ----------, ma "per una vera e propria ritorsione posta in essere contro la donna a causa della pregressa conflittualità esistente con la donna stessa", derivante da contrasti insorti, con lei ed altri insegnanti, perché il Circolo didattico non aveva potuto funzionare per la mancanza di numero legale (sul forte stato di tensione la Corte richiamava le testimonianze dei testi ---------- e ----------). Tale stato di rancore era confermato dal comportamento tenuto dall'imputato nei giorni seguenti al diniego di permesso, in quanto il ---------- aveva rifiutato di indicare le
cause del rifiuto del permesso; aveva sottoposto la ---------- a procedimento disciplinare; le aveva impartito l'ordine di fare rientro a scuola, nonostante il malore che l'aveva colpita, come da certificato medico dell'11 marzo 1999 (attestante tachicardia parossistica), e le aveva negato il congedo per malattia che aveva richiesto. Con il ricorso per Cassazione il ---------- deduce i seguenti motivi. Violazione degli artt. 323 c.p. nonché 4 e 33 della l. 5 febbraio 1992, n. 104 sulla tutela delle persone affette da handicap. Il certificato rilasciato sulla affezione della figlia della ---------- escludeva che la patologia fosse "stabilizzata" o "progressiva", ma indicava che era

"suscettibile di variazione", il che non poteva logicamente significare che si trattasse di sindrome che poteva regredire. La sua situazione era quindi di dubbio. La lettera inviata alla Usl, lungi dal rivelare il dolo, ne manifestava la mancanza, in quanto concludeva chiedendo se permanesse in capo alla figlia della ---------- la sindrome anzidetta e quale fosse la situazione aggiornata del suo stato di handicap. Non solo mancava l'elemento soggettivo, ma, in particolare, il tipo di dolo richiesto per la consumazione del reato in esame, dolo che, come noto, richiede l'intenzionalità dell'evento. La finalità che lo aveva ispirato era quella di tutelare un interesse pubblico al regolare svolgimento del servizio scolastico e non quella di cagionare un danno alla ----------. Violazione degli artt. 53 e 58 della l. 24 novembre 1981, n. 689 e difetto di motivazione sulla negazione della sostituzione della pena detentiva con quella pecuniaria, sul presupposto delle "peculiari modalità dei fatti" e della particolare intensità del dolo, desumibile dal pervicace atteggiamento vessatorio nei confronti della parte civile. Violazione di legge e vizio di motivazione quanto alla determinazione delle spese liquidate in favore della parte civile per mancata indicazione dei criteri di valutazione. Il ricorso non merita accoglimento. Per quanto riguarda il primo motivo, non è controverso che l'art. 33 della l. 5 febbraio 1992, n. 104 prevede che la lavoratrice madre o, in alternativa, il lavoratore padre di minore affetto da handicap, successivamente al terzo anno di vita,hanno diritto a tre giorni di permesso mensile fruibili anche continuativamente, sempre che il minore non sia ricoverato a tempo pieno. Neppure è controverso che la insegnante ---------- aveva in passato sempre fruito di tali permessi.

L'imputato deduce la sua mancanza di dolo per le ragioni sopra esposte, mancanza che sarebbe comprovata dal fatto che il certificato medico esibito dalla ---------- attestava che l'affezione della bambina non era "stabilizzata" o "progressiva", ma "suscettibile di variazione": egli aveva chiesto un parere alla autorità competente sulla situazione della bambina al fine di avere contezza se lo sviluppo della patologia fosse in fase di regressione e la dipendente avesse tuttora, conseguentemente, diritto al permesso. Non solo, dunque, mancava il dolo del reato, ma mancava quel tipo particolare di dolo (intenzionale) richiesto per il reato contestato, perché egli non aveva agito per danneggiare la insegnante, ma per tutelare la finalità di interesse pubblico consistente nel regolare funzionamento della funzione didattica. Si deve rilevare al riguardo che la sentenza

impugnata contiene una motivazione certamente congrua e immune da censure di logicità sull'elemento soggettivo del reato, specificando le ragioni per cui, nel caso, il dolo dell'imputato era proprio diretto a danneggiare la ---------- per i gravi rapporti di tensione che si erano creati nell'ambito della istituzione scolastica, in quanto tra il ---------- e la ---------- (ma anche tra il ---------- e il corpo insegnante in genere) esisteva una particolare situazione di attrito in quanto si erano create disfunzioni nel funzionamento del Circolo didattico per assenze. Ora è noto che a fronte di una motivazione analitica, particolareggiata e immune da censure, la Corte di cassazione non può sostituire alle ragioni che sostengono il convincimento del giudice di merito quello proprio, sovrapponendo a tali ragioni altre argomentazioni, eventualmente più favorevoli all'imputato, che conducano a un risultato diverso nella ricostruzione del fatto non solo sotto l'aspetto oggettivo ma anche sotto il profilo soggettivo. Non solo. Ma accanto alle ragioni addotte dalla Corte di merito, non può questa Corte non rilevare come il comportamento dell'imputato dimostri il vero dolo di danno in quanto il ---------- ha negato il permesso che alla ---------- spettava senza avere ancora ricevuto una risposta da parte della Unità sanitaria locale sulle condizioni della bambina, laddove tutto il sistema della legge sulla tutela delle persone handicappate poggia su esigenze di impellenza e di urgenza dei soggetti che si vogliono tutelare, ivi compresa la norma che regola la
presente fattispecie, disposizione che mira ad assicurare una assistenza al minore colpito da gravi affezioni, quale la sindrome di down, assistenza che si estrinsechi non solo in cure mediche ma anche in manifestazioni affettive (come la vicinanza della madre) per il maggior tempo possibile, compatibilmente con le esigenze di lavoro, in modo da contemperare queste ultime con le esigenze dei figli handicappati. Il ----------, anche per tali ragioni, avrebbe dovuto concedere per il mese in corso il permesso richiesto, riservandosi eventualmente di negarlo nei mesi successivi al ricevimento del parere medico della Usl ove tale parere fosse stato espresso nel senso di un regresso della malattia ciò che, per vero, appare, e non poteva apparire all'imputato, alquanto improbabile, considerato il grave tipo di affezione della bambina e il modo di redazione della certificazione che non poteva non suscitare perplessità sulla possibilità di miglioramento di una patologia del tipo di quelle in argomento. Anche il secondo motivo è privo di fondamento, in quanto la concessione della sanzione sostitutiva

della detenzione è rimessa all'apprezzamento del giudice di merito, che deve motivare sul diniego: nella specie, il beneficio è stato escluso con motivazione adeguata in considerazione delle modalità dei fatti nonché dalla particolare intensità del dolo, desumibile "dal pervicace atteggiamento vessatorio nei confronti della ----------". È infine infondato il terzo motivo di ricorso, dato che le spese sostenute dalla parte civile non hanno superato i limiti imposti dalla tariffa e il ricorrente non ha adempiuto all'onere che gli incombeva di specificare quali voci della tariffa forense o quali spese fossero state esposte in maniera ritenuta incongrua. Il ricorso va, dunque, rigettato e al rigetto consegue la condanna del ricorrente al pagamento delle spese processuali. Consegue, altresì, la condanna del ---------- alla rifusione delle spese sostenute dalle parti civili in questa fase, liquidate come in dispositivo. P.Q.M. Rigetta il ricorso e condanna il ricorrente al pagamento delle spese processuali. Lo condanna altresì a rifondere alle costituite parti civili - ---------- e Associazione Italiana Persone Down - la complessiva somma di euro 3.500, di cui 2.820 per onorari, oltre IVA e CPA.. Così deciso in Roma, il 7 luglio 2005. Depositato in Cancelleria il 10 ottobre 2005