

## CASSAZIONE PENALE - Sezione II - sentenza n. 24470 del 17 maggio 2017

### ASSISTENZA AL FAMILIARE PORTATORE DI HANDICAP: IL CONCETTO DI CONVIVENZA E DI COABITAZIONE

*Non può ritenersi di per sé falsa l'indicazione di essere convivente con la madre, in quanto non necessariamente incompatibile con la diversa dimora con moglie e figli, né con la legittima fruizione del congedo di cui all'art. 42 comma 5 del d.lgs. 151/2001, giacché quel che rileva è, comunque, la prestazione di un'assistenza assidua e continuativa alla portatrice di handicap.*

*In tema di assistenza al familiare portatore di handicap il concetto di convivenza non può essere ritenuto coincidente con quello di coabitazione poiché in tal modo si darebbe un'interpretazione restrittiva della disposizione che, oltre che arbitraria, sembra andare contro il fine perseguito dalla norma di agevolare l'assistenza degli handicappati, di talché sarebbe incomprensibile escludere dai suddetti benefici il lavoratore che conviva costantemente, ma limitatamente ad una fascia oraria della giornata, con il familiare handicappato al fine di prestargli assistenza in un periodo di tempo in cui, altrimenti, di tale assistenza rimarrebbe privo.*

*omissis*

### Ritenuto in fatto

1. Con sentenza in data 6.12.2012 il Giudice per l'udienza preliminare del Tribunale di Genova, all'esito di giudizio abbreviato, assolveva perché il fatto non costituisce reato R.F.M. dal delitto di truffa aggravata ai danni della ASL 3 genovese per aver falsamente asserito di essere convivente con la madre affetta da gravi disabilità, palesando la necessità di assisterla, ottenendo così dall'ente di appartenenza un congedo straordinario retribuito per l'assistenza alla predetta, e svolgendo invece attività libero-professionale quale medico psichiatra presso la casa di quest'ultima.

Il R., medico psichiatra residente anagraficamente presso la madre, portatrice di handicap grave, e di fatto dimorante, invece, con moglie e figlia presso altra abitazione, aveva ottenuto autorizzazione di svolgere attività intramoenia, comprensiva di utilizzare lo studio professionale presso tale abitazione. Successivamente gli era stato concesso un periodo di aspettativa retribuita al 100%, ai sensi dell'art. 42 comma 5 d.lgs. 151/2001, per assistere la propria madre, ma le indagini avevano consentito di verificare l'utilizzo dello studio presso l'abitazione di quest'ultima per visite private, in tale periodo, come riconosciuto anche da un paziente sorpreso sul posto dai carabinieri. La sentenza di primo grado, sulla base delle dichiarazioni rese dalla badante della madre del R., G.T.P., e di numerose altre dichiarazioni assunte mediate indagini difensive, ha ritenuto che l'imputato avesse proseguito l'attività libero-professionale, ma solo sporadicamente e in minima parte rispetto all'attività professionale nel periodo precedente l'aspettativa, e ciò in violazione della normativa di cui beneficiava, ma senza incidenza determinante sull'ipotesi di reato contestata, avendo comunque tale attività consentito all'imputato di assistere la madre, grazie alla sua quotidiana presenza presso l'abitazione di questa, in tal modo integrando la semplice assistenza domestica della badante.

2. Decidendo sull'appello proposto dal Procuratore Generale della Repubblica presso la Corte di Appello di Genova, con sentenza del 6.11.2015 la Corte territoriale, riformando la pronuncia del primo giudice, invece, riconosceva la penale responsabilità del R. in ordine al reato ascrittogli, condannandolo alla pena ritenuta di giustizia.

La Corte territoriale, infatti, mostrava di condividere il giudizio di attendibilità della teste G. espresso dal giudice dell'udienza preliminare, ricordando che questo l'aveva correttamente definita "teste chiave", ma mostrava anche ripetutamente di ritenere le prime dichiarazioni rilasciate dalla teste "più genuine" di quelle dalla stessa rese all'udienza del 17.12.2012, che avevano attenuato la portata delle prime, ed ha contestato, invece, l'attendibilità delle testimonianze acquisite dalla difesa, rilevando una convergenza di interessi tra l'imputato ed i suoi pazienti visitati in nero. Premesso, quindi, che l'assistenza prevista per la concessione del congedo in questione deve avere necessariamente carattere personale e non delegabile, la Corte d'Appello riteneva provata una "intensa attività professionale dell'imputato nel periodo di congedo", benché esercitata nell'abitazione della madre, ed affermava che tale attività e la prestazione lavorativa della G. portavano ad escludere che lo stesso avesse prestato alla madre il tipo di assistenza che costituisce il presupposto del congedo in questione.

3. Ha proposto ricorso per cassazione l'imputato deducendo con diversi motivi di impugnazione violazioni di legge e vizio di motivazione in ordine:

- alla diversa valutazione, nel giudizio di appello, delle dichiarazioni della testimone G., definita "teste chiave" nella sentenza di primo grado;
- alla valutazione delle risultanze delle dichiarazioni rese nell'ambito delle investigazioni difensive prodotte dalla difesa;
- all'interpretazione dell'art. 42 del d.lgs. n. 151/2001 nella parte in cui l'impugnata sentenza veniva a far coincidere il concetto di "convivenza" con quello di coabitazione, ritenendo che la necessità di assistenza venga meno in presenza di una badante.

3.1. Con motivo aggiunto depositato in data 23.01.2017 il ricorrente ha dedotto, altresì, il vizio di motivazione e la violazione dell'art. 6 CEDU, anche alla luce della giurisprudenza delle sezioni unite di questa Corte, con riferimento alle dichiarazioni della testimone G., la cui diversa valutazione da parte della Corte territoriale non è stata preceduta dall'assunzione diretta della testimonianza su cui si fondava la sentenza che veniva riformata.

### **Considerato in diritto**

4. Il ricorso è fondato e meritevole di accoglimento.

5.1. Va premesso, infatti, che non può riconoscersi alcuna falsità nell'affermazione del R., nella dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà, di essere convivente con la propria madre, atteso che, come questa Corte di Cassazione ha già avuto modo di affermare, in coerenza con l'assunto del ricorrente, in tema di assistenza al familiare portatore di handicap il concetto di convivenza non può essere ritenuto coincidente con quello di coabitazione poiché in tal modo si darebbe un'interpretazione restrittiva della disposizione che, oltre che arbitraria, sembra andare contro il fine perseguito dalla norma di agevolare l'assistenza degli handicappati, di talché sarebbe in-

comprensibile escludere dai suddetti benefici il lavoratore che conviva costantemente, ma limitatamente ad una fascia oraria della giornata, con il familiare handicappato al fine di prestargli assistenza in un periodo di tempo in cui, altrimenti, di tale assistenza rimarrebbe privo (Sez. 5, n. 8625 dell'1.06.2000, Rv. 216715).

Conseguentemente, non può ritenersi di per sé falsa, ai fini che qui interessano, l'indicazione del R. di essere convivente con la madre, in quanto non necessariamente incompatibile con la diversa dimora del predetto con moglie e figli, né con la legittima fruizione del congedo di cui all'art. 42 comma 5 del d.lgs. 151/2001, giacché quel che rileva è, comunque, la prestazione di un'assistenza assidua e continuativa alla portatrice di handicap.

4.2. Sulla base di tali presupposti, il primo giudice aveva ritenuto di riconoscere tale continuativa assistenza, in quanto non incompatibile con prestazioni lavorative che lo stesso giudice ha ritenuto effettuate solo sporadicamente presso l'abitazione della madre del R., alla luce delle dichiarazioni del teste chiave G. e di quelle dei colleghi e pazienti dell'odierno ricorrente, acquisite dalla difesa.

La Corte territoriale, invece, ha ritenuto non attendibili le testimonianze acquisite dalla difesa, rilevando una convergenza di interessi tra l'imputato ed i suoi pazienti visitati in nero, mentre ha riconosciuto la qualità di teste chiave propria della G., badante della madre del R., assumendo però che, nella sostanza, il primo giudice non avrebbe adeguatamente valorizzato tali dichiarazioni: nel valutare queste ultime, infatti, la sentenza impugnata ha ripetutamente sottolineato come dovesse attribuirsi maggiore attendibilità alle prime dichiarazioni rese dalla badante, con s.i.t. del 15.09.2011, definite "più genuine" di quella rese al giudice all'udienza del 17.10.2012, che avevano attenuato la portata dalle prime, così rilevando che durante le indagini la G. aveva riferito che il R. effettuava visite sia la mattina che il pomeriggio, e che negli ultimi anni lo stesso aveva dormito presso l'abitazione della madre solo pochissime volte, "precisamente tre-quattro volte". Sulla base di tali dichiarazioni, oltre che della documentazione sequestrata, la Corte di Appello ha ritenuto essere provata un'intensa attività professionale svolta dal ricorrente nel periodo di congedo, presso l'abitazione della madre, ed ha affermato che tale attività e la prestazione lavorativa della G. portavano ad escludere che lo stesso avesse prestato alla madre il tipo di assistenza che costituisce il presupposto del congedo in questione.

La sentenza impugnata, pertanto, si fonda su un diverso giudizio di attendibilità sia delle prove dichiarative acquisite con indagini difensive, sia delle dichiarazioni di quella che, pure, entrambe le sentenze definiscono "teste chiave", la badante G..

4.2.1. La sentenza di primo grado, in particolare, ha valutato le dichiarazioni acquisite dalla difesa esaminandole singolarmente, tanto da fondare anche su di queste la sua ricostruzione dei fatti, mentre la sentenza della Corte di appello, nel ribaltare integralmente la pronuncia del primo giudice, non si è fondata in alcun modo su tali dichiarazioni, complessivamente e sommariamente svalutate perché definite non attendibili: tale percorso argomentativo, però, prescindendo dall'esame specifico di dichiarazioni invece singolarmente e dettagliatamente vagliate dal primo giudice, non si concilia con il costante insegnamento di questa Suprema Corte, secondo cui "il giudice di appello che riformi totalmente la decisione di primo grado ha l'obbligo di deli-

neare le linee portanti del proprio, alternativo, ragionamento probatorio e di confutare specificamente i più rilevanti argomenti della motivazione della prima sentenza, dando conto delle ragioni della relativa incompletezza o incoerenza e non può, invece, limitarsi ad imporre la propria valutazione del compendio probatorio perché preferibile a quella coltivata nel provvedimento impugnato" (Cass., Sez. 5, n. 8361 del 17.01.2013 Rv. 254638). È fondato, pertanto, il motivo di ricorso con il quale viene dedotta la mancanza di "motivazione rafforzata" nella sentenza impugnata.

4.2.2. Anche le dichiarazioni di quella che è stata definita "teste chiave" sono state, nella sostanza, valutate diversamente nelle due sentenze, pur avendo entrambe definito attendibile la G. : tale giudizio, però, è stato espresso senza riserve dal giudice per l'udienza preliminare del Tribunale di Genova, e senza alcuna distinzione tra le dichiarazioni rese dinanzi alla polizia giudiziaria e quelle rese, invece, dinanzi al giudice, mentre la Corte territoriale ha valorizzato solo le prime, definite "più genuine", senza in alcun modo soffermarsi sulle seconde, che pure si riconosceva avevano "attenuato la portata" delle precedenti.

Sono fondate, pertanto, le censure addotte dal ricorrente con i motivi aggiunti, laddove ha dedotto che le difformi valutazioni espresse dalla Corte di Appello in relazione all'attendibilità di tali prove dichiarative sono viziate dalla mancanza di un nuovo esame della testimone, richiesta invece dall'insegnamento delle sezioni unite di questa Corte di Cassazione: si è, infatti, evidenziato che la previsione contenuta nell'art.6, par.3, lett. d) della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, relativa al diritto dell'imputato di esaminare o fare esaminare i testimoni a carico ed ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a discarico, come definito dalla giurisprudenza consolidata della Corte EDU - che costituisce parametro interpretativo delle norme processuali interne - implica che il giudice di appello, investito della impugnazione del pubblico ministero avverso la sentenza di assoluzione di primo grado, anche se emessa all'esito del giudizio abbreviato, con cui si adduca una erronea valutazione delle prove dichiarative, non può riformare la sentenza impugnata, affermando la responsabilità penale dell'imputato, senza avere proceduto, anche d'ufficio, ai sensi dell'art. 603, comma terzo, cod. proc. pen., a rinnovare l'istruzione dibattimentale attraverso l'esame dei soggetti che abbiano reso dichiarazioni sui fatti del processo, ritenute decisive ai fini del giudizio assolutorio di primo grado. (Sez. Unite, n. 27620 del 28.04.2016 - dep. 6.07.2016, Dasgupta, Rv. 267487; così anche Sez. Unite del 19.01.2017, Patalano).

4.3. Si impone pertanto l'annullamento della sentenza impugnata, con rinvio ad altra sezione della Corte di appello di Genova, che procederà a nuovo giudizio, previa rinnovazione della istruzione dibattimentale con riferimento alle prove dichiarative ritenute rilevanti ai fini del decidere, uniformandosi principi sopra enunciati.

#### **P.Q.M.**

Annulla la sentenza impugnata e rinvia per nuovo giudizio ad altra sezione della Corte di appello di Genova.