
L'esclusività della modalità telematica di deposito dell'atto endoprocessuale non è a pena di inesistenza

L'esclusività della modalità telematica di deposito dell'atto endoprocessuale prevista dall'art. 16 bis, comma I, del D.L. n. 179 del 2012, (secondo cui "nei procedimenti civili, contenziosi o di volontaria giurisdizione, innanzi al Tribunale, il deposito degli atti processuali e dei documenti da parte dei difensori delle parti precedentemente costituite ha luogo esclusivamente con modalità telematiche"), pur nella controvertibilità della soluzione, non può implicare ed imporre la redazione dell'atto in "forma" immateriale, non cartacea, ma digitale, e la considerazione in termini di giuridica inesistenza dell'atto che si discosti da tale schema.

Non v'è dubbio che è la stessa modalità del deposito (telematico) prescritta dalla legge che vincola l'atto ad una certa forma (per l'appunto, telematica); si potrebbe financo obiettare che la modalità di deposito cartacea costituisce una eccezione e che la stessa deve, anzi, espressamente essere autorizzata.

Ciò nondimeno - ed anzi, quanto appena detto conferma la fragilità degli argomenti a favore della tesi della inesistenza del deposito cartaceo - non può ritenersi che ciò porti ad escludere la possibilità di applicare in tale ipotesi il principio di conservazione degli atti imperfetti.

Tribunale di Spoleto, sezione lavoro, sentenza del 15.11.2018

...omissis...

1. I FATTI E GLI ATTI DI PARTE. Il sig. Fdddd. ha opposto l'ordinanza del 26 aprile 2018 con la quale, a definizione della fase sommaria, è stato ritenuto legittimo il licenziamento e l'odierno opponente è stato altresì condannato al pagamento delle spese processuali.

A fondamento della propria opposizione, il lavoratore, ripercorsi i fatti che hanno dato origine al provvedimento disciplinare nonché le posizioni dalle parti assunte tanto nella fase pregiudiziale quanto in quella contenziosa, ha censurato l'ordinanza impugnata (e l'orientamento giurisprudenziale dalla stessa accolto, per effetto del quale il licenziamento è stato, dunque, ritenuto illegittimo), contestando, in radice, la stessa ricorrenza di una ipotesi di giusta causa e del fatto contestato; ha rilevato - ma la deduzione è evidentemente connessa - l'insindacabilità della modalità di fruizione dei permessi di cui alla L. n. 104 del 1992; ha, infine, contestato la legittimità del

provvedimento espulsivo, in quanto la condotta considerata, sussunta all'interno della assenza ingiustificata dal lavoro, sarebbe punibile a norma dell'art. 9 del C.C.N.L. di categoria con sanzione conservativa.

Quanto ai fatti, in via di estrema sintesi, premesso che al dipendente si ascrive l'abuso nella fruizione dei permessi di cui alla L. n. 104 del 1992, l'odierno opponente non ha, a ben vedere, censurato le risultanze degli accertamenti investigativi posti in essere dalla parte datoriale quanto, piuttosto, ne ha evidenziato la superficialità contestando, dunque, le deduzioni sulla scorta degli stessi tratte.

Ha, in particolare, osservato nei quattro giorni contestati:

a) in data 14.9.2016 avrebbe, in realtà dormito presso l'abitazione materna per far ritorno a casa alle h. 11.00 a bordo di una motocicletta e non di uno scooter per poi far ritorno nuovamente presso l'abitazione materna;

b) in data 6.10.2016 (come per gli altri giorni contestati) la madre del ricorrente si era già trasferita presso l'abitazione del sig. M. sicché quest'ultimo si sarebbe allontanato solo momentaneamente per accompagnare la figlia a scuola, per andare a fare la spesa (ove ha incontrato un amico) e riprendere la figlia a scuola, andando anche presso l'abitazione materna solo per prendere alcuni effetti personali e controllare l'impianto di riscaldamento che era andato in blocco;

c) in data 26.10.2016, sempre con la madre momentaneamente dimorante presso la sua abitazione, avrebbe unicamente accompagnato la figlia presso una zia, sorella della madre, che aveva organizzato un pranzo e che, a seguito della mancata partecipazione in ragione del fatto che la madre dell'istante non avrebbe riposato la notte precedente, aveva manifestato il desiderio di vedere la nipote;

d) in data 27.10.2016 si sarebbe allontanato unicamente per poco tempo andando presso l'abitazione materna al solo scopo che non vi fossero danni cagionati dagli eventi sismici immediatamente precedenti, dietro richiesta della madre che ancora dimorava presso l'abitazione del figlio.

Per tutti tali fatti, dunque, il dipendente non contestato i principi di diritto richiamati dal giudice della prima fase quanto, piuttosto, la loro concreta applicazione ed attinenza al caso concreto.

Da qui le conclusioni di cui all'atto di opposizione.

1.2. Si è costituita la società resistente che, oltre a contestare nel merito l'opposizione, ne ha anzitutto eccepito l'inammissibilità o l'inesistenza in ragione del fatto che l'atto introduttivo sarebbe stato presentato in modalità cartacea e non telematica.

Nel merito ha rilevato la correttezza della statuizione del giudice della prima fase, rilevando che, in realtà, il ricorrente avrebbe prestato assistenza in un numero ristretto di ore rispetto al monte orario complessivo dei turni per cui era stata chiesta la fruizione dei permessi; ha, ancora, osservato, richiamando sul punto sempre le statuizioni dell'ordinanza impugnata, che, non solo il ricorrente non avrebbe svolto alcuna attività di assistenza, ma che non sarebbe stata neanche necessaria la richiesta di fruizione dei permessi, potendosi attendere altri familiari.

1.3. Esaurita la discussione, la causa è stata trattenuta in decisione.

2. QUESTIONI DI RITO: AMMISSIBILITÀ DELL'ATTO DI OPPOSIZIONE.

A riguardo, occorre svolgere alcune precisazioni in punto di rito, dal momento che la parte opposta sembra dolersi, della modalità di introduzione del giudizio di opposizione, atteso che il ricorso in opposizione è stato presentato con atto cartaceo e non in via telematica.

L'assunto è infondato e ciò per un duplice ordine di considerazioni.

La prima.

Deve osservarsi che, come rilevato dalla S.C., "...non è possibile ipotizzare la formazione del giudicato su alcune statuizioni e non su altre della ordinanza, atteso che quest'ultima è destinata ad acquisire il carattere della definitività nella sola ipotesi in cui l'opposizione non venga promossa. Di conseguenza non può operare il principio del divieto di *reformatio in peius*, in quanto lo stesso trova il suo fondamento nelle norme che disciplinano le impugnazioni, non applicabili alla fattispecie. Ne discende che qualora all'esito della fase sommaria la domanda di impugnazione del licenziamento venga accolta solo parzialmente, la instaurazione del giudizio di opposizione ad opera di una delle parti, consente all'altra di riproporre con la memoria difensiva la domanda o le difese non accolte, e ciò anche nell'ipotesi in cui per la parte che si costituisce sia spirato il termine per proporre un autonomo atto di opposizione..." (cfr. Cass. civ., sez. Lav., 26 febbraio 2016, n. 3836).

Tale impostazione, è del resto coerente con la struttura del rito cd. Fornero, per come si è venuta delineando ad opera della giurisprudenza a sezioni unite della S.C. nonché della Corte Costituzionale (cfr. Cass. civ., sez. un., 18 settembre 2014, n. 19674 e Corte Cost. 20 maggio 2015, n. 78), ove si sottolinea, in via di sintesi, che il rito è caratterizzato dalla suddivisione del primo grado di giudizio in due distinte fasi, l'una a cognizione sommaria e l'altra a cognizione piena e che la fase di opposizione non si configura quale un giudizio di impugnazione e non si pone alla stregua di una *revisio prioris instantiae*, per la ragione che alla prima fase, teoricamente maggiormente concentrata e destrutturata, a cognizione sommaria, segue, qualora sia proposta opposizione, la fase a cognizione piena in cui il procedimento si espande in tutta la sua interezza.

Detta seconda fase è regolata sulla falsariga delle disposizioni proprie del processo del lavoro, richiamando per il resistente l'obbligo di costituirsi, a pena di decadenza, a mente dell'art. 416 c.p.c. il quale è da intendersi riferito alle domande riconvenzionali, necessariamente fondate sugli stessi fatti costitutivi posti a base della domanda principale, come si ricava dal comma 51 dell'art. 1, a mente del quale con il ricorso in opposizione non possono essere proposte domande diverse da quelle indicate dal comma 47, e dal comma 56, che prevede la separazione della domanda riconvenzionale fondata fatti costitutivi differenti da quelli posti a base della domanda principale.

Ma, al di là di tale precisazione, la previsione nel rito di un termine di decadenza di trenta giorni per proporre opposizione la sola finalità di impedire che l'ordinanza acquisisca carattere di definitività, che altrimenti discenderebbe qualora l'ordinanza, che chiude la prima fase, non venga opposta.

Ne consegue che, una volta che una parte si sia attivata proponendo opposizione - con ciò impedendo che l'ordinanza sommaria acquisti il carattere della stabilità - tutto può essere rimesso in discussione anche dalla parte che non ha proposto una autonoma opposizione, lasciando spirare i relativi; ciò in quanto la fase a cognizione

piena non è, appunto, una revisio prioris instantiae, ma, utilizzando le parole della Corte di legittimità "...una prosecuzione del giudizio di primo grado, ricondotto in linea di massima al modello ordinario, con cognizione piena, a mezzo di tutti gli "atti di istruzione ammissibili e rilevanti"..."

Senonché il fatto che la presente fase costituisca una prosecuzione della prima fase, non muta il fatto che:

- l'ordinanza che chiude la prima fase debba essere fatta oggetto di opposizione perché possano esserne ridiscusse le statuizioni e non acquisisca valore di giudicato;
- la seconda fase in cui il primo grado si articola è, dunque, meramente eventuale e facoltativa e non necessaria;
- alla stessa, ove proposta, inoltre viene assegnato un nuovo numero di ruolo, potendo essere assegnata allo stesso giudice (noti, e dunque non ci si attarderà, sono i pronunciamenti anche del Giudice delle Leggi sul punto) ma anche a giudici differenti;
- in tale ottica, dunque, il giudice rappresenta un giudizio nuovo e l'atto che lo introduce un atto introduttivo, non soggetto all'obbligo di deposito per via telematica.

Alla luce di quanto precede deve dunque escludersi la valenza dell'atto introduttivo del giudizio di opposizione alla stregua di un atto endo-processuale.

2.1. Non è tutto.

Per vero, giova preliminarmente richiamare art. 16 bis, comma 1, del D.L. n. 179 del 2012, convertito in L. n. 221 del 2012, il quale prevede che, dal 30 giugno 2014, "nei procedimenti civili, contenziosi o di volontaria giurisdizione, innanzi al Tribunale, il deposito degli atti processuali e dei documenti da parte dei difensori delle parti precedentemente costituite (cd. "atti endoprocessuali") ha luogo esclusivamente con modalità telematiche. Allo stesso modo si procede per il deposito degli atti e dei documenti da parte dei soggetti nominati o delegati dall'autorità giudiziaria".

L'art. 44, comma 1 D.L. n. 90 del 2014 prevede poi che le disposizioni di cui ai commi da 1 a 3 del citato art. 16 bis D.L. n. 179 del 2012 si applicano esclusivamente ai procedimenti innanzi al tribunale ordinario iniziati dal 30 giugno 2014. Invece, per i procedimenti iniziati prima del 30 giugno 2014, le predette disposizioni si applicano a decorrere dal 31 dicembre 2014; fino a tale data, il deposito degli atti processuali e dei documenti può essere effettuato, alternativamente, con modalità telematiche o su supporto analogico.

Alla luce di tali disposizioni, nei procedimenti di nuova instaurazione, quale quello posto all'attenzione del giudicante, la cancelleria non può accettare il deposito in forma cartacea degli atti endoprocessuali di parte, salve le eccezioni di cui ai commi 8 e 9 art.16 bis D.L. n. 179 del 2012 cit. In realtà, l'art. 13 della Circolare 23 ottobre 2015 prevede espressamente che "dal 30 giugno 2014, nei casi in cui sussiste l'obbligo di cui al cit. art. 16 bis D.L. n. 179 del 2012, le cancellerie non possono più accettare il deposito di atti e documenti cartacei provenienti da professionisti nominati dal giudice". A ben vedere, sebbene il predetto obbligo di non accettazione sia previsto con particolare riguardo agli atti dei professionisti nominati dal giudice, lo stesso non potrebbe non operare come regola generale, posto che lo stesso art. 13 prevede come presupposto della non accettazione "l'obbligo di cui al citato art. 16 bis D.L. n. 179 del 2012", ossia quello relativo al deposito telematico.

Orbene, il problema che ora occorre affrontare riguarda la sanzione conseguente alla violazione della citata norma dettata in materia di deposito telematico, in assenza di una specifica sanzione processuale comminata dalla medesima per l'inosservanza della forma richiesta.

2.2. E' indubbio che l'art. 16 bis del D.L. n. 179 del 2012 nulla preveda in caso di inosservanza del deposito telematico obbligatorio per gli atti endoprocedimentali successivi al 30.6.2014, dovendosi, se del caso, far discendere implicitamente dall'utilizzo dell'avverbio "esclusivamente", che l'opzione del legislatore sia, senza dubbio, quella di escludere qualsiasi forma di deposito equipollente, escludendo, dunque, la possibilità di invocare il principio della libertà delle forme di cui all'art. 121 c.p.c., "trattandosi di una forma determinata, imposta dal legislatore" (in tal senso, ordinanza del Tr. Trani 24 novembre 2015 Presidente estensore Labianca).

Invero, anche il Tribunale di Foggia in un caso relativo al deposito in forma cartacea di un reclamo (v. Trib. Foggia 15.5.2015; v. anche Trib. Torino 6.3.2015) ha ritenuto che il deposito di un atto processuale non è un atto del processo, sostanziandosi in "... un'attività materiale priva di requisito volitivo autonomo e non può quindi considerarsi atto del processo, né ai fini di cui all'art. 121 né ai sensi dell'art. 156 c.p.c. Pur volendo, peraltro, ritenere la modalità telematica una forma imposta dalla legge per il deposito degli atti processuali, resta il fatto che l'art. 121 prevede il principio della libertà delle forme laddove la legge non richieda delle forme determinate, e quindi, anche per questa via, resta precluso il richiamo all'art. 121 c.p.c." (cfr. cit. ordinanza).

2.2.1. Per vero, da parte di un primo orientamento (v. Trib. Asti del 23.3.2015; v. anche Tribunale di Trani, sezione civile, area A, sulla questione del reclamo, rel. Sardone del 20.10.2015), si è affermato, ancorché con riferimento al deposito degli atti introduttivi in forma diversa da quella telematica, che non sussiste alcuna norma che sanziona con l'inammissibilità il mancato rispetto della modalità prevista, ritenendo necessario valorizzare i principi di libertà delle forme e del raggiungimento dello scopo. Pertanto, nei casi di non agevole soluzione in cui la cancelleria ha accettato l'atto, sussisterebbero margini per ritenere integrato il principio del raggiungimento dello scopo, allorquando, pur non essendo il deposito conforme allo schema normativo previsto come esclusivo (v. in argomento, Cass. S.L. 21447/2007, Cass. 12391/2013 in tema di deposito effettuato a mezzo posta), l'atto sia stato comunque accettato dalla cancelleria, integrando quella presa di contatto tra l'ufficio giudiziario e il depositante, in modo tale da porre l'atto a conoscenza del Giudice e della controparte, dopo aver superato i controlli sul contenuto e l'esistenza degli atti da parte della cancelleria. Si invoca, sulla scorta di tale filone interpretativo, il principio sancito dalla S.C. (v. Cass. 5150/09 e 12509/2015) secondo cui "l'invio a mezzo posta dell'atto processuale destinato alla cancelleria (nella specie, memoria di costituzione in giudizio comprensiva di domanda riconvenzionale) - al di fuori delle ipotesi speciali relative al giudizio di cassazione, al giudizio tributario ed a quello di opposizione ad ordinanza ingiunzione - realizza un deposito dell'atto irrituale, in quanto non previsto dalla legge, ma che, riguardando un'attività materiale priva di requisito volitivo autonomo e che non deve necessariamente essere compiuta dal difensore, potendo essere realizzata anche da un nuncius, può essere idoneo a raggiungere lo scopo, con conseguente sanatoria del vizio ex art. 156 c.p.c., comma 3: in tal caso, la sanatoria si produce con decorrenza dalla data di ricezione dell'atto da parte del cancelliere ai fini processuali, ed in nessun caso da quella di spedizione".

2.2.2. L'altro orientamento giurisprudenziale, invece, (cfr. Tribunale di Torino 6.3.2015 e Trib. Foggia 15.5.2015), fa discendere, come detto, l'inammissibilità quale corollario dell'avverbio "esclusivamente" di cui al citato art. 16 bis D.L. n. 179 del

2012, pur se non seguito da alcuna sanzione espressa da parte del Legislatore, ai principi di certezza del diritto e di ragionevole durata del processo che hanno ispirato la riforma del processo civile telematico, essendo il deposito telematico funzionale ad un più rapido ed immediato accesso agli atti e documenti del processo, per il giudice e le parti costituite" (cfr. cit. pronuncia); "la scelta legislativa, quindi, anche se non espressa (il legislatore non fa alcun riferimento alla categoria della inammissibilità quale sanzione processuale discendente dal deposito di un atto depositato telematicamente), appare incompatibile con la diversa categoria della nullità e della connessa sanabilità per il raggiungimento dello scopo, posto che la nullità attiene a vizi dell'atto e non a vizi del deposito, che resta un'attività materiale priva di requisito volitivo autonomo, donde il richiamo alla categoria della inammissibilità appare, per questa via, preferibile".

2.3. La soluzione più rigorosa e propensa alla declaratoria di inammissibilità dell'atto depositato con modalità difformi da quelle previste viene giustificata in forza di più argomenti, anche alternativi tra loro che possono così sinteticamente compendiarsi:

a) per taluni Tribunali, il deposito in cancelleria è attività meramente materiale priva di contenuto volitivo, riferita alla sola modalità di trasmissione degli atti all'ufficio e dunque estranea al concetto di forma: donde la non sanabilità del vizio (stante l'inapplicabilità del principio di libertà delle forme ex 121 c.p.c., e dell'ultimo capoverso dell'art. 156 c.p.c.) e la sanzione dell'inammissibilità coerente coi canoni della certezza del diritto e della ragionevole durata del processo, in mancanza della quale l'avverbio "esclusivamente" voluto dal legislatore perderebbe ogni significato e portata precettiva. Latori di questa tesi sono stati Trib. L'Aquila, ord. 22 giugno 2016 (in www.quotidianogiuridico.it), Trib. Lodi, ord. 4 marzo 2016 (in www.ilcaso.it), Trib. Foggia, ord. 15 marzo 2015 (in www.processociviletelematico.it) e Trib. Torino, ord. 6 marzo 2015 (in www.lanuovaproceduracivile.com), Tribunale di Trani ord. del 24 novembre 2015;

b) in base ad un secondo indirizzo, convergente sul piano pratico con il precedente, la norma istitutiva dell'obbligo di deposito telematico mirerebbe al soddisfacimento di finalità pubblicistiche (sovraordinate rispetto agli interessi delle parti) di accelerazione ed efficienza dei processi, sicché il vizio inficiante il deposito cartaceo in tali casi sarebbe insanabile indipendentemente dalla sua riconduzione - o meno - alla categoria delle forme degli atti, Su questa posizione si è attestato il Tribunale di Locri, con l'ordinanza del 12 luglio 2016 (in pluris-cedam.uleigiuridica.it, Giurisprudenza di merito);

c) secondo poi un ultimo indirizzo giurisprudenziale, l'obbligatorietà del deposito telematico atterrebbe all'essenza stessa dell'atto, imponendo normativamente una nuova modalità - informatica e non più analogica - di creazione dell'atto, che dunque, se elaborato in veste cartacea, sarebbe nella fattispecie giuridicamente inesistente: tale tesi è stata espressa dal Tribunale di Vasto con l'ordinanza del 15 aprile 2016 (in pluris-cedam.utetgiuridica.it, Giurisprudenza di merito: "...è opinione di questa Tribunale che l'opzione tra la natura cartacea e quella informatica del documento non sottende un problema di forma, ma una ben più radicale questione che afferisce, all'essenza stessa del documento. di talché appare inconferente il richiamo sia al principio processuale di libertà delle forme, sia a quello di tassatività delle nullità (per cui non può essere pronunciata la nullità per inosservanza di forme di alcun atto del processo, se la nullità non è comminata dalla legge), sia a quello del cd. raggiungimento dello scopo (per cui la nullità per inosservanza di specifici requisiti di forma non può mai essere pronunciata se 1 atto ha raggiunto lo scopo cui è destinato), per il dirimente rilievo che tutti i richiamati principi attengono, per l'appunto, alla forma degli atti processuali e non a profili afferenti alla loro stessa

natura. Ne consegue che - rispetto agli atti processuali che, per espresso obbligo di legge, devono essere depositati telematicamente (e, quindi, redatti in modo informatico) -l'atto creato in modalità cartacea non è semplicemente nullo, ma è da considerarsi giuridicamente inesistente, in quanto, essendo stato redatto in modo assolutamente non previsto dalla normativa ed essendo totalmente privo degli estremi e dei requisiti essenziali per la sua qualificazione come atto del tipo normativamente considerato, è non soltanto inidoneo a produrre gli effetti processuali propri degli atti riconducibili al corrispondente tipo, ma è addirittura non passibile di considerazione sotto il profilo giuridico. L'atto processuale cartaceo, infatti, non è sottoscritto con firma digitale, non viene depositato nel rispetto delle regole tecniche e delle specifiche tecniche previste dalla normativa regolamentare del P. C. T. e non supera le barriere dei controlli della cancelleria (che certifica il deposito dell'atto e dei documenti allegati e mette a disposizione del giudice e delle altre parti processuali l'atto depositato telematicamente e i relativi allegati). Per questi motivi, discostandosi in modo assoluto dallo schema legale tipico previsto come esclusivo, non può essere ritenuto idoneo al raggiungimento dello scopo del connesso deposito telematico, che non è soltanto quello di creare una presa di contatto tra l'ufficio giudiziario ed il depositante, ma anche quello di veicolare le richieste della parte al giudice al fine di sollecitare la sua decisione, mediante un supporto smaterializzato e decentralizzato che consenta, da un lato, un più rapido ed immediato accesso agli atti e documenti del processo per il giudice e per le parti e dall'altra una diversa e più efficiente ed economica gestione dello scambio di dati e informazioni in ambito processuale rispetto al supporto cartaceo, nell'ottica di favorire la progressiva dematerializzazione del fascicolo cartaceo, per le ragioni di economia processuale e di ragionevole durata del processo cui è ispirato il P.C.T...").

2.4. A riguardo, non è superfluo richiamare la pronuncia 12 maggio 2016, n. 7665 la quale, affermando un principio di diritto nell'interesse della legge pur non essendovi tenuta dal momento che, nella fattispecie concreta il ricorso era inammissibile, ha ritenuto che nei procedimenti contenziosi incardinati dinanzi ai tribunali dal 30 giugno 2014, anche nella disciplina antecedente alla modifica dell'art. 16 bis del D.L. n. 179 del 2012, inserito dall'art. 1, comma 19, n. 2, della L. n. 228 del 2012, introdotta dal D.L. n. 83 del 2015, il deposito per via telematica, anziché con modalità cartacee, dell'atto introduttivo del giudizio, ivi compreso l'atto di citazione in opposizione a decreto ingiuntivo, non dà luogo ad una nullità della costituzione dell'attore, ma ad una mera irregolarità, sicché ove l'atto sia stato inserito nei registri informatizzati dell'ufficio giudiziario, previa generazione della ricevuta di avvenuta consegna da parte del gestore di posta elettronica certificata del Ministero della giustizia, è integrato il raggiungimento dello scopo della presa di contatto tra la parte e l'ufficio giudiziario e della messa a disposizione delle altre parti (Sez. 2, Sentenza n. 9772 del 12/05/2016, Rv. 639888 - 01).

Non ignora lo scrivente che il precedente richiamato attiene, a ben guardare, ad una fattispecie esattamente opposta alla presente in cui ad essere effettuato, con modalità telematiche, era un atto introduttivo e non un atto endoprocessuale, laddove per i primi non era prevista alcuna obbligatorietà nelle forme di deposito, mentre nella presente fattispecie l'atto (sulla cui natura ci si è prima intrattenuti) è depositato in via cartacea.

3. Ebbene, a giudizio di questo Tribunale, l'esclusività della modalità telematica di deposito dell'atto endoprocessuale prevista dall'art. 16 bis, comma 1, del D.L. n. 179 del 2012, (secondo cui "nei procedimenti civili, contenziosi o di volontaria giurisdizione, innanzi al Tribunale, il deposito degli atti processuali e dei documenti da parte dei difensori delle parti precedentemente costituite ha luogo esclusivamente con modalità telematiche"), pur nella controvertibilità della soluzione, non può implicare

ed imporre la redazione dell'atto in "forma" immateriale, non cartacea, ma digitale, e la considerazione in termini di giuridica inesistenza dell'atto che si discosti da tale schema.

Non v'è dubbio che è la stessa modalità del deposito (telematico) prescritta dalla legge che vincola l'atto ad una certa forma (per l'appunto, telematica); si potrebbe financo obiettare che la modalità di deposito cartacea costituisce una eccezione e che la stessa deve, anzi, espressamente essere autorizzata.

Ciò nondimeno - ed anzi, quanto appena detto conferma la fragilità degli argomenti a favore della tesi della inesistenza del deposito cartaceo - non può ritenersi che ciò porti ad escludere la possibilità di applicare in tale ipotesi il principio di conservazione degli atti imperfetti.

Con maggior impegno esplicativo, non vi è dubbio che l'atto cartaceo non telematico possa deviare dal paradigma legale previsto dal D.L. n. 179 del 2012 e che, quindi, lo stesso non sia stato creato in modalità telematica.

Ora, deve, anzitutto, osservarsi che tale difformità non è presidiata da alcuna sanzione espressa in termini di inammissibilità dell'atto che si sia formato in modalità difforme da quel modello legale di talché già tale esclude di poter far applicazione della sanzione che parte attrice vorrebbe far discendere dal mancato rispetto delle forme.

Ma non è tutto.

Per vero, non si ritiene di errare laddove si osservi che in tali ipotesi il vizio che ci occupa non è vizio genetico dell'atto che riguarda la sua stessa costituzione ma riguarda la sua forma la quale, a sua volta, è conseguenza della modalità di deposito: detto altrimenti, in dette ipotesi, il vizio riguarda non l'atto in sé ma il procedimento "dinamico" della sua trasmissione e del suo deposito in cancelleria, essendo questo, a ben vedere, ciò che la legge impone.

Diversamente opinando, ad avviso di questo Giudice, si incorre nell'errore logico di sovrapporre le regole della forma e della validità dell'atto con quelle del suo deposito a meno che non si voglia affermare - ma ciò è decisamente da escludere - che l'atto venga a giuridica esistenza solo al momento della sua trasmissione con modalità telematiche giacché, ancora, è proprio la modalità di deposito dell'atto che ne determina tanto la forma quanto l'esistenza.

3.1. Ma, riprendendo quanto sopra detto, la conferma che ciò non sia possibile la si ricava proprio dal fatto che il legislatore ha comunque ammesso, ancorché entro determinati ambiti la possibilità di un deposito in cancelleria dell'atto in modalità cartacea: ciò conferma inevitabilmente che la modalità cartacea ovvero telematica non attiene (e non può essere diversamente) al momento della giuridica esistenza dell'atto atteso che, qualora così fosse, tale differente modalità non potrebbe essere mai consentita.

In questo, anzi, risiede il punto di contatto - la eadem ratio - che unisce le situazioni apparentemente opposte se non radicalmente antitetiche tra l'ipotesi oggetto del presente giudizio e quella, invece, oggetto della pronuncia Cass. 12 maggio 2016, n. 9772.

Lo scopo del deposito telematico non è, infatti, quello di portare l'atto all'interno di quel luogo virtuale ove sono destinati esclusivamente a vivere gli atti processuali

successivi alla costituzione in giudizio ma rimane pur sempre quello di veicolare gli atti all'interno del processo allo scopo di condurre ove possibile ad una decisione nel merito, senza operare alcuna commistione tra le regole poste ad substantiam actus e quelle che, invece, attengono alle modalità di deposito.

4. Sicché, quando il deposito non viene eseguito per via telematica, bensì in modo tradizionale (cioè, con consegna materiale in cancelleria), l'atto, pur irregolare, non potrà essere dichiarato inammissibile, avendo comunque l'atto instaurato il rapporto processuale, essendone consentita la visione e, con essa, il rituale e tempestivo esercizio del diritto di difesa, essendo comunque visibile l'avvenuto inoltre dell'atto.

Sempre questo aspetto non può che condurre a superare le argomentazioni sopra indicate in ordine al fatto che l'atto cartaceo non supererebbe i controlli di cancelleria in quanto l'atto endoprocessuale depositato in modalità cartacea, ancorché in maniera irregolare, supera gli stessi controlli di cancelleria che supererebbe, in ipotesi, un atto introduttivo depositato in modalità cartacea.

Ancora una volta, opinare diversamente significherebbe attribuire alla modalità cartacea e telematica di deposito prerogative che non le competono, ovvero valutare in termini differenti le attività di cancelleria, solo svolte in termini diversi, ma con la stessa valenza nei controlli, a seconda che la modalità di trasmissione sia telematica o cartacea.

5. IL MERITO: SULLA LEGITTIMITÀ DEL LICENZIAMENTO.

Oggetto della presente opposizione, in disparte alcune discrasie sull'accertamento dei fatti (su cui infra), è la valutazione della condotta del dipendente che abusi della fruizione dei permessi di cui alla L. n. 104 del 1992, dedicandosi, integralmente o in maniera prevalente, ad attività personali in luogo dei compiti di assistenza.

Proprio tale considerazione offre l'occasione per fare immediatamente due puntualizzazioni.

Anzitutto (e lo si affronta immediatamente stante la sua portata potenzialmente dirimente) è evidentemente infondato il rilievo di parte opponente laddove intende sussumere tale condotta nel novero delle sanzioni di tipo conservativo.

Ed infatti, al lavoratore non si contesta, in tali casi l'assenza dal posto di lavoro o l'abbandono ingiustificato dello stesso o l'omessa giustificazione dell'assenza, fattispecie contemplate dall'art. 9 del C.C.N.L. di categoria; anzi, in tali casi è evidente che l'assenza del dipendente fosse anche integralmente nota al datore di lavoro e giustificata.

Ciò che si contesta, come si diceva, è l'abuso delle prerogative proprie dei permessi di cui alla L. n. 104 del 1992, per essersi il dipendente dedicato ad attività personali quando aveva chiesto ed ottenuto un permesso per prestare la propria attività di assistenza.

È ius receptum che l'interpretazione dell'atto di licenziamento, ai fini della determinazione della contestazione mossa al lavoratore e la valutazione, sotto il profilo oggettivo e soggettivo del comportamento del lavoratore stesso, al fine di stabilire se esso sia di entità tale da integrare giusta causa o giustificato motivo di recesso del datore di lavoro, integrano accertamenti di fatto riservati al giudice del merito e non incensurabili in sede di legittimità se sostenuti da adeguata e corretta motivazione (cfr. Cass. 13 giugno 1984, n. 3522; nonché Cass. Civ. sez. lav. 13 luglio

2018, n. 18744, in cui, dalla motivazione del provvedimento, si ricava che i Giudici di merito avevano qualificato la condotta contestata come assenza arbitraria e non come indebita fruizione dei permessi di cui alla L. n. 104 del 1992).

Inoltre, la contestazione dell'addebito deve soddisfare i requisiti di specificità (Cass. 17 maggio 2005, n. 10292) e di immutabilità relativamente ai fatti contestati (cfr. Cass. 23 marzo 2006, n. 6454): ciò perché rappresenta un essenziale elemento di garanzia per il lavoratore (cfr Cass. 23 agosto 2006, n. 18377).

Sicché è evidente che si esula dalla fattispecie punita con sanzione conservativa, come comprovato dal fatto che la lettera di licenziamento è espressamente motivata sul, ritenuto, "evidente abuso...del diritto alla fruizione dei permessi ex L. n. 104 del 1992...".

5.1. Ancora, non può non osservare il Tribunale che non sono condivisibili le deduzioni in ordine alle concrete modalità di esercizio della fruizione dei permessi, laddove si adombri il dubbio in ordine alla non necessità della loro richiesta (vieppiù anche per il periodo non oggetto di contestazione) in quanto vi era anche il fratello dell'opponente che avrebbe potuto svolgere analoga prestazione di assistenza.

È evidente, infatti, che se sono più le persone che, se del caso ciascuna in un proprio periodo, prestano assistenza al familiare, ciascuno di essi ha diritto a godere dei permessi di cui alla L. n. 104 del 1992, a nulla rilevando la circostanza che vi sia, astrattamente, in un dato momento anche altro familiare disponibile che possa svolgere tale attività.

Non rileva, cioè, che l'attività di assistenza ricada in modo non esclusivo sul dipendente, essendo, invece, richiesto, che il dipendente che chiedi di poter fruire del permesso ex L. n. 104 del 1992, sia colui che, in un determinato periodo di tempo, svolga la predetta attività di assistenza.

Va da sé, ancora, che non rileva il fatto che l'attività lavorativa dell'altro familiare possa, più agevolmente di quella del ricorrente assicurare l'attività di assistenza allorquando sia comunque il dipendente a onerarsi di tale compito.

In questo ambito, è evidente che il datore di lavoro non possa certo sindacare la concreta modalità di fruizione del permesso e, con essa, a ben vedere la scelta di quale familiare debba prestare la propria opera di assistenza, potendosi, di contro, unicamente accertare se a fronte della richiesta di fruizione del permesso di cui alla L. n. 104 del 1992, il dipendente effettivamente svolga attività di assistenza al familiare ovvero si dedichi ad attività sue proprie, così tradendo la ratio per cui il permesso è stato concepito e, quindi, accordato; ciò che non può accadere è, in sostanza, che un dipendente richieda e fruisca del permesso di cui alla L. n. 104 del 1992, allorquando alla stessa materialmente provveda altro familiare.

Tanto precisato, prima di esaminare i fatti oggetto di contestazione, è bene ripercorre brevemente i principi in materia.

5.2. Si osserva che la concessione dei permessi comporta un disagio per il datore di lavoro, giustificabile solo a fronte di un'effettiva attività di assistenza. Pertanto, l'uso improprio del permesso costituisce un abuso del diritto, in forza del disvalore sociale alla stessa attribuibile, tale da determinare nel datore di lavoro la perdita della fiducia nei confronti del lavoratore e legittimare la sanzione del licenziamento per giusta causa (cfr. Cass. n. 5574/2016; Cass. n. 17968/2016).

Più nel dettaglio, la L. n. 104 del 1992, art. 33, comma 3, come sostituito dalla L. 4 novembre 2010, n. 183, art. 24, comma 1, lett. a), anche a seguito delle modifiche apportate dal D.Lgs. 18 luglio 2011, n. 119, per la parte che interessa, prevede che "...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. Il predetto diritto non può essere riconosciuto a più di un lavoratore dipendente per l'assistenza alla stessa persona con handicap in situazione di gravità...".

La L. n. 183 del 2010, art. 24, al comma 1, lett. c), ha aggiunto, della L. n. 104 del 1992, art. 33, il comma 7 bis secondo cui "...ferma restando la verifica dei presupposti per l'accertamento della responsabilità disciplinare, il lavoratore di cui al comma 3 decade dai diritti di cui al presente articolo, qualora il datore di lavoro o l'INPS accerti l'insussistenza o il venir meno delle condizioni richieste per la legittima fruizione dei medesimi diritti. Dall'attuazione delle disposizioni di cui al presente comma non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica...".

La ratio della norma di cui della L. n. 104 del 1992, art. 33, comma 3, emerge dalla piana lettura del testo normativo ed è inequivocabile: il diritto a fruire di tre giorni di permesso mensile retribuito coperto da contribuzione figurativa spetta al "lavoratore dipendente...che assiste persona con handicap in situazione di gravità...", ponendosi, pertanto, nell'ottica del legislatore, in una relazione causale e funzionale rispetto all'esigenza di assistenza, la quale è causa stessa del riconoscimento del permesso.

Tale essendo la ratio del beneficio e in mancanza di specificazioni ulteriori da parte del legislatore, l'assenza dal lavoro per la fruizione del permesso non può che porsi in relazione diretta con l'esigenza per il cui soddisfacimento il diritto stesso è riconosciuto, ossia l'assistenza al disabile.

5.1. Ancora, è sicuramente condivisibile l'idea che nessun elemento testuale o logico consente di attribuire al beneficio una funzione meramente compensativa o di ristoro delle energie impiegate dal dipendente per l'assistenza prestata al disabile. Tanto meno la norma consente di utilizzare il permesso per esigenze diverse da quelle proprie della funzione cui la norma è preordinata: come si diceva, il beneficio comporta un sacrificio organizzativo per il datore di lavoro, giustificabile solo in presenza di esigenze riconosciute dal legislatore (e dalla coscienza sociale) come meritevoli di superiore tutela.

Ove il nesso causale tra assenza dal lavoro ed assistenza al disabile manchi del tutto, ovvero risulti "tradito" dallo svolgimento di attività personali non può riconoscersi un uso del diritto coerente con la sua funzione e dunque si è in presenza di un uso improprio ovvero di un abuso del diritto, come già ritenuto dalla S.C. in precedenti analoghi (cfr. Cass. Civ. 4 aprile 2018, n. 8209 nonché, in tema di fruizione del congedo parentale, Cass. Civ. 11 gennaio 2018, n. 509).

La fruizione dei permessi ex L. n. 104 del 1992 costituisce, in tal senso, una ipotesi di assenza dal lavoro non semplicemente giustificata, nel senso di nota al datore di lavoro, ma anche "causale", cioè a dire una assenza che deve essere sorretta dall'unica esigenza di prestare un'attività di assistenza, per lo più incompatibili con lo svolgimento di attività nell'interesse del dipendente.

Sicché, alla luce dell'orientamento della Suprema Corte, che, in linea generale e di principio, si condivide ed al quale si intende dare continuità (Cass. n. 4984/2014, conf. Cass. n. 9217/2016, n. 9749/2016 e n. 8784/2015), il comportamento del prestatore di lavoro subordinato che, in relazione al permesso L. n. 104 del 1992, ex art. 33, si avvalga dello stesso non per l'assistenza al familiare, bensì per attendere ad altra attività, integra l'ipotesi dell'abuso di diritto, giacché tale condotta si palesa, nei confronti del datore di lavoro come lesiva della buona fede, privandolo ingiustamente della prestazione lavorativa in violazione dell'affidamento riposto nel dipendente ed integra, nei confronti dell'Ente di previdenza erogatore del trattamento economico, un'indebita percezione dell'indennità ed uno sviamento dell'intervento assistenziale.

Ciò in quanto i permessi devono essere fruiti in coerenza con la loro funzione e in difetto di tale nesso causale e funzionale diretto tra assenza dal lavoro e prestazione di assistenza, devono ritenersi violati i principi di correttezza e buona fede sia nei confronti del datore di lavoro (che sopporta modifiche organizzative per esigenze di ordine generale) che dell'Ente assicurativo (cfr. Cass. Civ. 9217/2016, la quale ha altresì rilevato la rilevanza di tale condotta anche ai fini disciplinari, pure a prescindere dalla figura dell'abuso di diritto "...che comunque è stata integrata tra i principi della Carta dei diritti dell'unione europea (art. 54), dimostrandosi così il suo crescente rilievo nella giurisprudenza europea...").

5.2. Ora, riprendendo quanto si diceva poc'anzi circa la possibilità che tale fatto integri una ipotesi di giusta causa, quanto all'integrazione dei presupposti di legittimità del licenziamento intimato, va al contempo ricordato che la giusta causa è una nozione che la legge, allo scopo di un adeguamento delle norme alla realtà da disciplinare, articolata e mutevole nel tempo; la stessa configura una disposizione ascrivibile alla tipologia delle c.d. clausole generali di limitato contenuto, delineante un modello generico che richiede di essere specificato in sede interpretativa mediante la valorizzazione sia di fattori esterni relativi alla coscienza generale, sia di principi che la stessa disposizione tacitamente richiama.

Tali specificazioni del parametro normativo hanno natura giuridica e la loro disapplicazione è quindi deducibile in sede di legittimità come violazione di legge, mentre l'accertamento della concreta ricorrenza, nel fatto dedotto in giudizio, degli elementi che integrano il parametro normativo e le sue specificazioni, e della loro concreta attitudine a costituire giusta causa di licenziamento, si pone sul diverso piano del giudizio di fatto, demandato al giudice di merito e incensurabile in cassazione se privo di errori logici o giuridici (Cass. n. 8254 del 2004, n. 5095/2011 e, da ultimo, Cass. 6498/2012).

L'attività di integrazione del precetto normativo di cui all'art. 2119 c.c. (norma c.d. elastica), compiuta dal giudice di merito, ai fini della individuazione della giusta causa di licenziamento, mediante riferimento alla "coscienza generale", è, infatti, sindacabile in cassazione a condizione che la contestazione del giudizio valutativo operato in sede di merito non si limiti ad una censura generica e meramente contrappositiva, ma contenga, invece, una specifica denuncia di non coerenza del predetto giudizio rispetto agli standards, conformi ai valori dell'ordinamento esistenti nella realtà sociale (Cass. n. 9266 del 2005, v. pure Cass. n. 4984/2014).

La rilevanza di tale specificazione è presto detta.

5.3. Richiamati i condivisibili principi giurisprudenziali ricordati sub par. 5, ritiene il Tribunale che non sia enucleabile una regola predeterminata ed applicabile indiscriminatamente per tutti i casi in cui si assuma che il dipendente abbia abusato

del proprio diritto a fruire dei permessi di cui alla L. n. 104 del 1992 al fine di valutarne l'incidenza.

Con maggior impegno esplicativo, sarà sicuramente più agevole ritenere integrata una condotta abusiva qualora, ad esempio, il lavoratore devii totalmente dalla funzione propria del permesso dedicandosi ad attività di carattere ludico e personale ed anzi utilizzando il permesso proprio per dedicarsi a tali attività, potendo, in tal caso, essere sufficiente anche un solo episodio (sulla non necessità della reiterazione della condotta Cass. Civ. sez. VI, 4 aprile 2018, n. 8209).

Di contro, in caso dello svolgimento anche di attività di natura (apparentemente) personale, reputa il Tribunale che sia pur sempre necessario, anche, se del caso in un'ottica di valutazione della proporzionalità della sanzione, valutare la condotta concretamente posta in essere, la misura e l'entità della ritenuta violazione rispetto alla funzione propria del permesso, laddove per "violazione" in tal senso si intende lo svolgimento di attività ulteriori non necessariamente incompatibili con la prestazione di assistenza.

Reputa il Tribunale che occorra, in generale, valutare il rapporto comunque intercorrente tra una attività di assistenza eventualmente comunque prestata e che, peraltro, si protrae verosimilmente ben oltre il normale orario del turno di lavoro non espletato per la fruizione del permesso e le esigenze ordinarie della vita del dipendente che certo non vengono meno in occasione ed a causa della fruizione del permesso.

Ciò che occorre indagare, cioè, è la funzione stessa del permesso all'interno, comunque, dell'equilibrio e delle esigenze di vita del dipendente considerate e valutate nella sua interezza.

In ultima analisi tali aspetti pongono il tema della nozione stessa di assistenza e la identificazione dell'esatto contenuto di tale prestazione, sovente interpretato in maniera riduttiva in misura speculare ed alternativa all'orario del turno di lavoro non svolto.

Riservandoci di riprendere in seguito tali valutazioni, reputa il Tribunale di dover valutare i fatti oggetto del presente procedimento.

6. segue: IL MERITO: GLI ESITI DELL'ISTRUTTORIA.

Dall'istruttoria svolta nel corso della prima fase è emerso quanto segue.

La sig.ra S.P. (cfr. verbale del 15.3.2018) ha riferito che tanto l'odierno opponente quanto il cognato si alternavano nell'assistenza notturna alla madre, la quale peraltro aveva avuto ulteriori attacchi di panico a seguito del terremoto.

Ha confermato che nella notte tra il 13 ed il 14 settembre 2016 il sig. M. aveva dormito presso l'abitazione materna, rientrando in casa, che presenta due ingressi distanti 50 m. l'uno dall'altro, alle h. 11.00, per poi uscire alle h. 11.20 (unitamente alla moglie ed alla figlia, come si ricava dalla stessa allegazione del ricorrente).

Ha confermato che il sig. M. utilizza la propria moto anche perché avrebbe preso diverse multe.

Ha ancora confermato, con riferimento all'episodio del 6.10.2016 che la madre del sig. M. già dimorava presso la propria abitazione e che quel giorno uscì di casa per

accompagnare la figlia a scuola alle h. 8.05, rientrando in casa ed uscendo nuovamente per recarsi, prima al supermercato, dove ha anche incontrato la testimone, e quindi a riprendere la figlia a scuola.

Non ha, nello specifico, ricordato alcunché in ordine al fatto che il sig. M. si sia recato presso l'abitazione materna a ritirare alcuni oggetti personali, evidenziando, tuttavia, che ciò era accaduto diverse volte.

Con riferimento all'episodio del 22 ottobre 2016 ha riferito che era il compleanno della propria figlia e che una zia, non avendo potuto partecipare alla festa, chiese espressamente di poterla vedere per poterle consegnare il regalo e pranzare insieme; ha riferito, tuttavia, che, non potendo partecipare a tale pranzo la madre del sig. M. perché nella mattinata non sarebbe stata bene, andarono presso questa zia la figlia del ricorrente e quest'ultimo.

Ha quindi riferito di essere rimasta in casa unitamente al cognato, anch'egli dimorante presso l'abitazione dell'opponente, e di aver preparato il pranzo.

Nulla ha saputo riferire, invece, circa quanto accaduto in data 27.10.2016 ed il fatto che il ricorrente sarebbe andato presso l'abitazione materna a riscontrare eventuali danni.

6.1. Il sig. E.M., invece, ha riferito che la propria madre abbisognava di assistenza notturna che veniva prestata dal teste prima del terremoto e dopo alternandosi con il ricorrente.

Quanto agli episodi, ha riferito che nella notte tra il 13 ed il 14 settembre 2016 il ricorrente ha dormito presso l'abitazione materna, riferendo di essere rientrato presso l'abitazione materna alle h. 8.30/9.00.

Ha quindi riferito che successivamente il ricorrente è andato a prendere la propria moglie e la figlia ed è successivamente rientrato; anch'egli ha riferito dell'esistenza di due ingressi, posti entrambi sulla stessa via; ha, ancora, riferito che il ricorrente utilizzava la moto per fare gli spostamenti avendo preso diverse multe.

Ha, quindi, riferito di essersi trasferito, unitamente alla madre, presso l'abitazione del fratello i primi del mese di ottobre 2016 e che, in data 9 ottobre 2016, il ricorrente si è recato presso l'abitazione della madre per prendere alcuni farmaci ed altri effetti personali.

Con riferimento all'episodio del 22 ottobre 2016 ha riferito di essere rimasto a casa con la propria cognata e la propria madre mentre il ricorrente con la figlia era andato a pranzo da una zia e, infine, ha confermato che in data 27.10.2016, il ricorrente si è recato a controllare la presenza di eventuali danni presso l'abitazione materna, mentre il testimone è rimasto in casa con la madre.

6.2. Il sig. L.S. ha infine confermato il contenuto della relazione investigativa svolta.

7. Così ripercorsi gli esiti dell'attività istruttoria, deve muoversi da alcuni dati acquisiti che valgono nell'interpretazione degli episodi contestati, per così dire dividendoli in due distinti blocchi.

In primo luogo, per quanto riguardo gli episodi del mese di ottobre, tutti i testi escussi hanno confermato che la sig.ra M., madre del ricorrente, unitamente al fratello dello

stesso, sig. E.M., si è trasferita nei primi del mese ed a seguito degli eventi sismici di ottobre a vivere temporaneamente presso l'abitazione del ricorrente.

In secondo luogo, quanto all'episodio di settembre, i testi escussi nella fase sommaria hanno riferito che il ricorrente aveva passato la notte tra il 13 ed il 14 settembre 2016 presso l'abitazione materna in Foligno, facendo ritorno presso la propria abitazione sita in T. la mattina intorno alle h. 11.00, uscendo nuovamente alle h. 11.20 nuovamente alla volta dell'abitazione materna.

Sicché, se da un lato, l'investigatore incaricato dalla resistente non ha visto rientrare il sig. F.M.M. presso la propria abitazione nella giornata del 14.9.2016, tale circostanza è stata riferita dai testimoni escussi.

Orbene, la natura non particolarmente esaustiva dell'accertamento condotto, in tale direzione, non consente di escludere tale circostanza, dovendosi ricordare che è onere del datore di lavoro dare la dimostrazione dei fatti integranti una ipotesi di giusta causa.

A tal riguardo, non è superfluo ricordare che in tema di licenziamento, la L. n. 604 del 1966, art. 5, pone inderogabilmente a carico del datore di lavoro l'onere di provare la sussistenza della giusta causa o del giustificato motivo, sicché il giudice non può avvalersi del criterio empirico della vicinanza alla fonte di prova, il cui uso è consentito solo quando sia necessario dirimere un'eventuale sovrapposizione tra fatti costitutivi e fatti estintivi, impeditivi o modificativi, oppure quando, assolto l'onere probatorio dalla parte che ne sia onerata, sia l'altra a dover dimostrare, per prossimità alla suddetta fonte, fatti idonei ad inficiare la portata di quelli dimostrati dalla controparte (cfr. Cass. 16.8.2016 n. 17108; cfr. Cass. Civ. sez. lav. 29 marzo 2018, n. 7830).

Ed allora, non può non evidenziarsi il carattere assolutamente generico dell'affermazione contenuta nella relazione investigativa laddove, con riferimento proprio alla giornata del 14.9.2016 vi si legge che "...si evidenzia che alle ore 9.00 abbiamo notato una persona anziana, capelli bianchi, presumibilmente la sig.ra M., entrare al civ. 9 di Via S. S. a F...", senza, tuttavia, ritrarre tale circostanza e senza, ad esempio, spiegare in che modo si sia ritenuto di identificare nella persona della sig.ra M. colei che è stata vista entrare nel civico di via S. S..

Sicché, da un lato, tale affermazione rimane, essenzialmente, una petizione di principio, dall'altra, i testi escussi, come si diceva, hanno riferito che nella notte tra il 13.9.2016 ed il 14.9.2016 il ricorrente ha dormito proprio presso l'abitazione materna.

A sua volta, l'investigatore, che ha confermato il contenuto della propria relazione, ha riferito che, in relazione al giorno 14.9.2016, ha visto il ricorrente uscire dalla propria abitazione alle h. 11.20 per giungere presso l'abitazione materna a bordo della vettura della moglie presso l'abitazione materna ove si è intrattenuto almeno sino alle h. 14.00.

Senonché, come si diceva, con riferimento a tale episodio deve ritenersi acquisita la circostanza, riferita dai testimoni, per cui il ricorrente abbia effettivamente dormito presso l'abitazione materna: è ben vero, infatti, che l'abitazione del sig. M. consta di due ingressi, l'uno posto a 50 metri dall'altro, senonché non è certo inverosimile che il ricorrente non sia stato notato rientrare.

Inoltre, se per un verso il fratello del ricorrente, sig. E.M., ha dichiarato di essere rientrato presso la propria abitazione alle h. 8.30/9.00, ciò non significa affatto, come si legge nell'ordinanza impugnata, che in questo momento sia cessata la funzione di

assistenza da parte dell'opponente, immediatamente "sostituito" dal fratello, essendo comunque verosimile che il sig. F.M.M. abbia continuato a prestare la propria attività di assistenza, nonostante il rientro del fratello, dal momento che il fatto che fossero presenti anche altre persone, non esclude affatto che il ricorrente abbia svolto la propria attività di assistenza né, allo stesso modo, impone di ritenere che l'alternanza fra i due fratelli nell'assistenza alla madre si traduca automaticamente nel fatto che al rientro di uno sia immediatamente conseguita la cessazione dell'attività di assistenza dell'altro.

Sicché, dovendosi ritenere accertato che il lavoratore si sia trattenuto, anche dopo il rientro del fratello, presso l'abitazione materna, in quanto così riferiscono i testi, e che vi abbia fatto comunque ritorno uscendo di casa alle h. 11.20 insieme alla moglie ed alla figlia, in questo primo episodio l'obbligo di assistenza sarebbe stato violato (ammesso che di obbligo e di violazione sia corretto discorrere) in uno spazio estremamente esiguo di tempo, pari a quello necessario a consentire al sig. F.E.M. di uscire da casa della madre, andare presso la propria abitazione e farvi quindi ritorno.

Quanto, poi, all'elemento di fatto controverso, cioè a dire il rientro in casa da parte del sig. M., deve notarsi che la circostanza è stata riferita dai testimoni escussi e che, a fronte di quanto dichiarato da costoro, non per nulla è inverosimile che il lavoratore possa non essere stato visto rientrare presso la propria magari a bordo della sua moto, come da questi dichiarato e non essendo stati offerti in questa sede, elementi, neanche fotografici, che depongono in senso contrario, come ad esempio il fatto che la moto con cui il ricorrente avrebbe fatto rientro non si sia in realtà mai mossa dall'abitazione.

Del resto, dalla lettura della relazione investigativa si legge unicamente che alle h. 6.00 gli investigatori si siano recati "nei pressi dell'abitazione del sig. M....", vedendolo uscire alle h. 11.20 per andare a casa della madre e permanervi almeno sino alle 14.00.

Né, è appena il caso di notare, sussiste alcuna incompatibilità fra quanto appena dichiarato e quanto visto dagli investigatori laddove rilevano che il ricorrente si sia recato presso l'abitazione materna alle h. 11.20 non già con la moto ma con l'auto della coniuge.

A riguardo, è sufficiente notare che il ricorrente non ha mai negato di essere andato, quella mattina, con la macchina della moglie, ma ha affermato unicamente di aver fatto rientro presso la propria abitazione quella mattina a bordo della propria moto e di essere successivamente uscito con la vettura della moglie: le due circostanze non sono, dunque, confliggenti.

7.2. La valutazione degli altri episodi, come si diceva, deve essere condotta alla luce di un dato di fatto, parimenti emerso nel corso dell'istruttoria della fase sommaria, rappresentato dall'avvenuto trasferimento, a partire dal mese di ottobre 2016 del sig. E.M. e della sig.ra M., presso l'abitazione del lavoratore.

Anche tale circostanza è emersa, infatti, all'esito dell'istruttoria e la stessa non è stata in alcun modo superata né in occasione della fase sommaria né tantomeno in questa sede, di talché la stessa deve ritenersi acquisita, riferita dai testimoni escussi, deve ritenersi acquisita al compendio probatorio.

Tanto premesso, con riferimento all'episodio del 6.10.2016, gli investigatori contestato che il ricorrente sia uscito di casa alle h. 08.05 per accompagnare la propria figlia alla

scuola materna, per poi fare ritorno a casa da dove è nuovamente uscito alle h. 11.00 andando al supermercato ove è rimasto sino alle h. 11.53.

Quindi, recatosi a scuola per riprendere la figlia, si è nuovamente recato presso l'abitazione materna dove si trovava ancora alle h. 14.00.

Il lavoratore non contesta tali elementi di fatto, salvo specificare, da un lato, che alla data in contestazione la madre si era già trasferita presso la propria abitazione e che, pertanto, si era recato presso la abitazione di quest'ultima in Foligno per controllare l'impianto di riscaldamento che era andato in blocco e riordinare l'abitazione.

Come visto, i testi escussi hanno confermato la circostanza dell'avvenuto trasferimento e, con riferimento al giorno specifico, la sig.ra S.P. non ha saputo fornire orari precisi mentre il fratello del ricorrente ha confermato integralmente la dinamica dei fatti descritta dal sig. M. precisando che questi si era recato presso l'abitazione materna a prendere effetti personali e farmaci.

Sicché, anche in tal caso, dando per provato l'avvenuto trasferimento della madre del ricorrente, il tempo in cui il sig. M. si sarebbe "sottratto" ai propri "doveri di assistenza" sarebbe circoscritto ai momenti in cui questi si è recato a fare la spesa e, ancora, ha accompagnato e prelevato la figlia alla scuola materna e, infine, si è recato presso l'abitazione materna.

Anche in questo caso la relazione investigativa non consente di aggiungere null'altro al compendio istruttorio, posto che interrompe la propria descrizione dei fatti alle h. 14.00, in quanto la stessa è strettamente ancorata al turno di servizio del ricorrente.

Sostanzialmente pacifica è la giornata del 26 ottobre 2016 in cui sono gli stessi testi di parte ricorrente ad affermare che questi si è recato, unitamente alla propria figlia, al pranzo organizzato dalla zia mentre la propria madre è rimasta presso l'abitazione del dipendente in Trevi in ragione di problemi di salute che l'avevano afflitta durante tutto il giorno, in compagnia della moglie e del fratello del ricorrente, anch'egli, si ribadisce, trasferitosi presso tale abitazione.

Analogamente, deve ritenersi in relazione alla giornata del 27 ottobre 2016, ove è pacifico che il ricorrente si sia allontanato da casa intorno le h. 12.18, per andare presso l'abitazione della madre unitamente alla figlia.

In questo caso la relazione investigativa non dice quanto si sia trattenuto mentre il fratello del ricorrente ha affermato, confermando la versione dei fatti fornita dal sig. M., al fine di verificare eventuali danni causati dalle scosse sismiche della notte precedente.

Il solo dato di fatto realmente differente rispetto agli episodi del 6, 26 e 27 ottobre è rappresentato dal fatto che in tali date i testi riferiscono che la sig.ra A.M. si era trasferita presso l'abitazione del figlio.

Ne consegue che, in questo differente quadro fattuale, anzitutto una differente proporzione oraria tra il tempo in cui tale attività di assistenza è stata prestata e quello in cui, invece, il ricorrente si sarebbe dedicato ad attività esclusivamente di natura personale, in quanto nella giornata del 14 settembre 2016, il tutto si sarebbe limitato al tempo necessario ad andare e rientrare dall'abitazione materna presso cui aveva passato la notte.

Negli altri giorni, invece, tutti connotati da una situazione di seppur momentanea convivenza, deve ritenersi che il lavoratore:

i. in data 6 ottobre 2016 avrebbe in realtà prestato attività di assistenza alla madre la mattina, quindi, dopo aver accompagnato la figlia alla scuola materna, fino alle 11.00, per poi recarsi a fare la spesa ed andare nuovamente presso l'abitazione materna a svolgere alcune incombenze, permanendovi, si legge nella relazione e non risultando altrimenti contestato, sino alle h. 14.00;

ii. in data 26 ottobre 2016, avrebbe prestato attività di assistenza dalla mattina sino almeno a mezzo giorno, per poi andare al pranzo sino, almeno, alle h. 14.00;

iii. in data 27 ottobre 2016, avrebbe prestato attività di assistenza sino alle h. 12.18, per poi andare nuovamente presso l'abitazione materna al fine di verificare la presenza di eventuali danni.

8. Alla luce di quanto precede, osserva il Tribunale quanto segue.

Pacifico il diritto del lavoratore di fruire dei permessi di cui all'art. 33 della L. n. 104 del 1992, ritiene il Tribunale che l'assistenza prevista dalla disposizione in esame e a cui sono finalizzati i permessi non può essere intesa, in senso per vero estremamente riduttivo, come mera assistenza personale al soggetto disabile presso la sua abitazione, viepiù parametrata, ai fini anche di una valutazione della regolarità della condotta, esclusivamente all'orario di servizio, essendo più che ragionevole ritenere che in tali casi (specie ove connotati da una situazione di convivenza) l'attività di assistenza sia destinata a espandersi nell'arco della intera giornata e non sia evidentemente confinata e riconducibile, alla stessa stregua di un turno lavorativo, all'osservanza di un "orario di servizio".

Ciò rileva, soprattutto, ai fini della valutazione della compatibilità con la prestazione di assistenza della altre attività che proprio in ragione del carattere potenzialmente permanente della prestazione di assistenza, troppo agevolmente si ritiene possano essere, per così dire, differite al momento della cessazione dell'orario di servizio, quasi a dire che durante l'orario (che sarebbe stato) di servizio il lavoratore non possa fare altro che prendersi cura del familiare e che, inoltre, tale attività si traduca in uno costante presenza fisica del primo accanto al secondo.

Ritiene, invece, questo Giudice che il concetto di assistenza non significhi e, soprattutto, non postuli, una costante, continuativa ed esclusiva presenza fisica del lavoratore e, a ben vedere, il concetto stesso di assistenza mal tolleri di essere confinato entro gli angusti ambiti del turno di servizio non svolto per la fruizione del permesso, ma deve necessariamente comprendere lo svolgimento di tutte le attività che il familiare non sia in condizioni di compiere autonomamente nonché l'ambito temporale ed orario in cui tali attività possono, anche compatibilmente con le esigenze personali e familiari e con i corrispondenti doveri, essere svolte, dovendosi configurare l'abuso del diritto solo ove il lavoratore utilizzi i permessi per fini diversi dall'assistenza, da intendere in senso ampio, in favore del familiare.

Si badi, non si vuol certo negare la perdurante validità del principio di diritto, che si condivide e a cui si intende dare continuità, secondo cui il comportamento del lavoratore subordinato che si avvalga del permesso di cui alla L. n. 104 del 1992, art. 33, non per l'assistenza al familiare, bensì per attendere ad altra attività, integra l'ipotesi di abuso di diritto, giacché tale condotta si palesa nei confronti del datore di lavoro come lesiva della buona fede, privandolo ingiustamente della prestazione lavorativa in violazione dell'affidamento riposto nel dipendente ed integra, nei

confronti dell'Ente di previdenza erogatore del trattamento economico, un'indebita percezione dell'indennità ed uno sviamento dell'intervento assistenziale (Cass. n. 9217 del 2016; Cass. n. 4984 del 2014).

Non si tratta, cioè, di negare il disvalore sociale della condotta del lavoratore che usufruisce, anche solo in parte, di permessi per l'assistenza a portatori di handicap al fine di soddisfare proprie esigenze personali "...scaricando il costo di tali esigenze sulla intera collettività, stante che i permessi sono retribuiti in via anticipata dal datore di lavoro, il quale poi viene sollevato dall'ente previdenziale del relativo onere anche ai fini contributivi e costringe il datore di lavoro ad organizzare ad ogni permesso diversamente il lavoro in azienda ed i propri compagni di lavoro, che lo devono sostituire, ad una maggiore penosità della prestazione lavorativa..." (Cass. n. 8784 del 2015; ma anche Cass. Civ. sez. lav. 2 ottobre 2018, n. 23891).

Ciò che, però, occorre fare è, pur sempre, valutare tali condotte alla luce e nell'ottica, da un lato, di un più generale equilibrio di vita del dipendente e, dall'altro, di una prestazione di assistenza il cui contenuto - più che obbligo - non coincide e dunque non si esaurisce nel semplice arco dell'orario lavorativo; così disvelando la palese erroneità di una indagine e di un controllo che rinvenga la deviazione dalla funzione per cui la fruizione del permesso è prevista, "misurandola" sulla base del mero minutaggio del tempo asseritamente sottratto alla prestazione di assistenza parametrato al turno di servizio: non è questo il terreno su cui deve poter essere apprezzata la condotta del lavoratore ed il suo inadempimento.

Ciò in quanto, ancora, se indubbiamente costituisce criterio di valutazione di legittimità della condotta del dipendente il requisito della continuità dell'assistenza, al contempo, alla luce anche della ricostruzione operata dalla Corte Costituzionale con sentenza n. 213/16, tale requisito non deve essere inteso nel senso di esclusività e assenza di alcuna soluzione di continuità temporale con il beneficiario all'interno di quello che sarebbe stato l'orario lavoro; lo stesso, invece, deve essere inteso in termini di costanza, regolarità e assiduità dell'attività di supporto del familiare assistito che non ha orari determinati e prestabiliti, rispetto alla quale è compatibile lo svolgimento di attività minime essenziali per curare i propri bisogni ed esigenze personali, in cui l'attività di assistenza non potrà certamente essere confinata, come sembra doversi desumere dalle deduzioni della parte datoriale sulla scorta della relazione investigativa, all'interno dell'orario di servizio.

8.1. Ed allora, in tale ambito, non può non osservarsi che, alla luce dell'istruttoria che si è prima ripercorsa, nei quattro episodi contestati, il ricorrente ha certamente svolto una attività di assistenza nel senso ampio che si è detto.

Nella giornata del 14.9.2016, dopo aver dormito presso l'abitazione della madre, si è recato a casa intorno le 11, per poi uscire nuovamente alle h. 11.20 e far rientro nuovamente presso l'abitazione materna.

Nei giorni del 6.10.2016, 26.10.2016 e 27.10.2016 il ricorrente ha prestato assistenza alla madre, anzitutto, in considerazione del fatto che quest'ultima, unitamente al fratello del ricorrente, si era trasferita a vivere presso la propria abitazione.

Al contempo, integra certamente il contenuto di una prestazione di assistenza la circostanza che il ricorrente, in una occasione, dopo aver accompagnato la figlia a scuola ed aver fatto rientro a casa, sia uscito per andare a fare la spesa e quindi, presa la figlia da scuola, si sia recato presso l'abitazione materna onde recuperare alcuni effetti personali.

Lo stesso dicasi per la giornata del 27.10.2016, in cui il ricorrente è uscito di casa alle h. 12.18 per andare direttamente presso l'abitazione materna allo scopo di verificare eventuali danni in conseguenza degli eventi sismici del giorno prima.

Rimane da prendere posizione unicamente in relazione a quanto accaduto in data 26.10.2016 in cui il ricorrente ha scientemente scelto di allontanarsi da casa alle h. 12.00 per andare ad un pranzo organizzato da una zia che avrebbe espresso il desiderio di vedere la propria figlia.

Orbene, non v'è certo dubbio sul fatto che in tale circostanza l'attività di assistenza sia stata, per così dire, sospesa alle h. 12.00, allorquando la madre del ricorrente è rimasta presso l'abitazione del figlio in compagnia della moglie e del fratello del ricorrente.

Astrattamente può anche convenirsi sul fatto che avrebbe potuto essere altro familiare ad accompagnare la figlia presso questa zia, come ipotizzato dalla società resistente.

Nondimeno, facendo seguito all'interpretazione che si è prima data del contenuto della prestazione di assistenza, non ritiene il Tribunale che l'essersi allontanato due ore (ove si voglia proseguire in questo ancoraggio quasi automatico tra il contenuto della prestazione di assistenza e quello della prestazione lavorativa) rispetto ad una più ampia e complessa prestazione di assistenza che si è concretamente dipanata anche attraverso il trasferimento del familiare presso la propria abitazione, integri una inadempienza tale da giustificare il venir meno del rapporto fiduciario con il datore di lavoro.

Elementi questi che non possono in alcun modo ritenersi esclusi laddove il dipendente che abbia beneficiato del permesso si sia contestualmente dedicato a semplici attività di vita quotidiana, quali l'accompagnare il figlio a scuola e l'andare a fare la spesa, laddove abbia comunque svolto la propria attività di assistenza; né, a fortiori, laddove il familiare si rechi presso l'abitazione del familiare assistito (che nel frattempo si era trasferito presso la propria abitazione) a recuperare alcuni effetti personali ovvero riordinare l'abitazione, trattandosi peraltro in quest'ultimo caso anche di attività sostanzialmente strumentali e complementari all'assistenza del beneficiario e che da quest'ultimo non possono essere poste in essere.

In conclusione, quanto sin qui esposto determina l'inesistenza del fatto così come contestato.

Infatti, è da ritenersi insussistente quel fatto che pur esistente sul piano materiale, nondimeno non presenti profili di illiceità e sia sostanzialmente irrilevante sotto il profilo disciplinare.

La Cassazione insegna che l'insussistenza del fatto contestato, di cui all'art. 18, comma 4, st. lav., come modificato dall'art. 1, comma 42, lett. b), della L. n. 92 del 2012, comprende sia l'ipotesi del fatto materiale che si riveli insussistente, sia quella del fatto che, pur esistente, nondimeno non presenti profili di illiceità, sicché in tale ipotesi, si applica la tutela reintegratoria cd. attenuata (in applicazione di tale principio, la S.C. ha confermato la sentenza impugnata che aveva reintegrato il lavoratore licenziato per aver arrecato, nel difendersi da una contestazione disciplinare, nocumento all'onore, alla reputazione ed all'immagine del suo superiore, ritenendo tali condotte prive del carattere dell'illiceità: cfr. Sez. Lav. n. 13383 del 26/05/2017; Cass. sez. lav.. 18418 del 2016)

Ancora la Suprema Corte di Cassazione ha affermato che "...l'art. 18 st. lav., come modificato dall'art. 1, comma 42, della L. n. 92 del 2012, riconosce, al comma 4, la tutela reintegratoria in caso di insussistenza del fatto contestato, nonché nelle ipotesi in cui il fatto contestato sia sostanzialmente irrilevante sotto il profilo disciplinare o non imputabile al lavoratore.

L'insussistenza del fatto contestato, di cui all'art. 18 st.lav., come modificato dall'art. 1, comma 42, della L. n. 92 del 2012, comprende l'ipotesi del fatto sussistente ma privo del carattere di illiceità, sicché in tale ipotesi si applica la tutela reintegratoria, senza che rilevi la diversa questione della proporzionalità tra sanzione espulsiva e fatto di modesta illiceità..." (Cass. Sez. L - Sentenza n. 13178 del 25/05/2017; Cass. sez. Lav. n. 20540/2015.).

9. Il ricorso deve, in conclusione, essere accolto nei sensi sopra precisati, dovendosi disporre, unitamente alla declaratoria di illegittimità del licenziamento, anche la reintegra del dipendente nel posto di lavoro e la condanna al pagamento di una indennità risarcitoria pari a 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, tenuto conto dell'epoca del licenziamento.

La peculiarità della fattispecie in uno comunque alla presenza di orientamenti giurisprudenziali contrastanti consente l'integrale compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Giudice del Lavoro presso il Tribunale di Spoleto, pronunciando sulla causa in epigrafe, ogni contraria istanza ed eccezione disattesa, così provvede:

- accoglie l'opposizione e, per l'effetto, in riforma dell'ordinanza del 26 aprile 2018, accoglie il ricorso proposto dal dddd e, per l'effetto, e, ritenuto illegittimo il licenziamento, condanna la Società dda. alla reintegra del ricorrente nel posto di lavoro al pagamento di una indennità risarcitoria onnicomprensiva pari a 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, oltre interessi e rivalutazioni come per legge, ed al versamento dei contributi previdenziali ed assistenziali dal giorno del licenziamento sino a quello di effettiva reintegrazione maggiorati di interessi legali;

- condanna l'opposta al pagamento delle spese di lite che liquida in Euro 2.000,00 oltre rimborso forfetario ed accessori fiscali e previdenziali come per legge.

Così deciso in Spoleto, il 8 novembre 2018.

Depositata in Cancelleria il 15 novembre 2018.

La Nuova **Procedura Civile**
Direttore Scientifico: Luigi Viola