

UFFICIO STUDI CODAU

"Documento redatto con il contributo dei componenti dell'Ufficio Studi e VALIDATO dal Comitato Scientifico del Codau".

Evoluzione normativa e giurisprudenziale di alcuni istituti durante il periodo della pandemia COvid-19

1) Lavoro agile nel D.M. 19 ottobre 2020 e nel D.P.C.M. 3 novembre 2020

Il D.M. 19 ottobre 2020 (G.U. 28 ottobre 2020) ed il DPCM 3 novembre 2020 poi, sono nuovamente intervenuti sul lavoro agile e sugli adempimenti per le pubbliche amministrazioni.

Il D.M. 19 ottobre 2020, rivolto a tutte le pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1 comma 2 del D.Lgs. 165/2001, invita le PA ad incentivare il lavoro agile anche in funzione delle specifiche modalità organizzative ed a fissare criteri ai quali attenersi per garantire la necessaria flessibilità del lavoro pubblico, lo svolgimento del lavoro in modalità agile, oltre a adeguare le attività lavorative all'emergenza sanitaria di questi ultimi mesi.

L'art. 1 del richiamato Decreto del Ministro per la Pubblica Amministrazione indica:

"1. Il lavoro agile nella pubblica amministrazione costituisce una delle modalità ordinarie di svolgimento della prestazione lavorativa. 2. Fino al 31 dicembre 2020 per accedere al lavoro agile non è richiesto l'accordo individuale di cui all'articolo 19 della legge 22 maggio 2017, n. 81. 3. Il lavoro agile può avere ad oggetto sia le attività ordinariamente svolte in presenza dal dipendente, sia, in aggiunta o in alternativa e comunque senza aggravio dell'ordinario carico di lavoro, attività progettuali specificamente individuate tenuto conto della possibilità del loro svolgimento da remoto, anche in relazione alla strumentazione necessaria. Di regola, e fatto salvo quanto disposto all'articolo 3, il lavoratore agile alterna giornate lavorate in presenza e giornate lavorate da remoto. 4. I lavoratori che rendono la propria prestazione in modalità agile non subiscono penalizzazioni ai fini del riconoscimento di professionalità e della progressione di carriera".

Da sottolineare in particolare che il lavoro agile rappresenta una delle modalità ordinarie e pertanto non l'unica ed esclusiva modalità, superando in questo modo l'art. 87 del Decreto *Cura Italia* che nei mesi di lockdown ha indicato il lavoro agile quale modalità ordinaria di svolgimento della prestazione lavorativa nelle pubbliche amministrazioni, limitando la presenza in ufficio solo per attività indifferibili e da svolgere in presenza. Si prevede così al comma 3 la regola di alternare giornate di lavoro in presenza e giornate di lavoro in remoto, ribadendo tuttavia il principio di non discriminazione dei lavoratori agili per professionalità e progressioni di carriera.

Un nuovo aspetto contenuto nel Decreto in esame è quanto contenuto nell'art. 3, con il quale si affida al dirigente l'organizzazione del proprio ufficio mediante turnazioni e rotazioni che assicurino una percentuale almeno del 50% del personale preposto alle attività che possono essere svolte in modalità agile, assicurando in ogni caso le percentuali più elevate possibili di lavoro agile compatibili con le potenzialità organizzative e con la qualità e l'effettività del servizio erogato qualora esigenze legate all'emergenza lo richiedano. Tale aspetto è confermato anche dal D.P.C.M. del 3 novembre 2020. Nello specifico, dal richiamato D.P.C.M. del 3 novembre, viene eliminato qualsiasi riferimento alla percentuale confermando nell'art. 5 il raggiungimento di percentuali più elevate possibile. Resta inteso che qualora la situazione epidemiologica si aggravi e nei casi di lockdown nazionali o territoriali, il lavoro agile torna ad essere la modalità ordinaria di lavoro e la presenza presso la sede di lavoro sarà soltanto nei casi di attività indifferibili.

Se da un lato l'art. 1 comma 2 Decreto del Ministro per la Pubblica Amministrazione mantiene la deroga alla stipula dell'accordo individuale fino al 31 dicembre 2020, l'art. 5 mantiene invece invariata la natura del lavoro agile. Anche in questo Decreto, l'impianto normativo della Legge 81/2017 non è stato di fatto derogato.

Si conferma l'assenza di vincoli di orario e di luogo di lavoro, garantendo fasce di reperibilità telefonica, fatti salvi i tempi di riposo ed il diritto alla disconnessione dalle strumentazioni tecnologiche di lavoro. Queste ultime potranno essere proprie del lavoratore ma potranno anche essere fornite dal datore di lavoro, qualora ci siano difficoltà nella disponibilità da parte del lavoratore agile.

Le pubbliche amministrazioni devono inoltre adeguare i propri sistemi di misurazione e di valutazione della performance, verificando l'attività in modalità agile per lo svolgimento dei servizi. Immediata sembra essere la connessione di quanto indicato nel Decreto Rilancio, convertito con L. 77/2020, e dalla successiva Circolare del Ministro PA n. 3/2020, che definisce il P.O.L.A. - Piano Organizzativo del Lavoro Agile - che diverrà parte del Piano della performance e che dovrà contenere le misure organizzative, i requisiti tecnologici, i percorsi formativi, gli strumenti di rilevazione e di verifica periodica dei risultati conseguiti, anche in termini di miglioramento dell'efficacia e dell'efficienza dell'azione amministrativa, della digitalizzazione dei processi, nonché della qualità dei servizi erogati. Il P.O.L.A. sarà adottato di norma ogni anno entro il 31 gennaio dalle amministrazioni, chiamate ad integrare pertanto i propri piani della performance, con un nuovo piano, che mira al raggiungimento, per le attività lavorabili a distanza, di una percentuale pari al 60% del personale nella possibilità di avvalersene.

Il lavoro agile, inoltre, è previsto nell'art. 21-bis del D.L. 104/2020, introdotto dalla legge di conversione n. 126/2020, il quale può essere concesso al dipendente sia in caso di quarantena e che di sospensione dell'attività didattica in presenza del figlio minore convivente di anni 16. La quarantena che deve essere "... disposta dal dipartimento di prevenzione della azienda sanitaria locale (ASL) territorialmente competente a seguito di contatto verificatosi all'interno del plesso scolastico, oppure nell'ambito dello svolgimento di attività sportive di base, attività motoria all'interno di palestre, piscine, centri sportivi,

circoli sportivi, sia pubblici che privati” ovvero “... se il contatto si è verificato all'interno di strutture regolarmente frequentate per seguire lezioni musicali e linguistiche”.

2) Lavoro agile e buoni pasto. Interviene la Corte di Cassazione.

Già in una precedente occasione¹ si aveva avuto modo di approfondire la questione relativa alla natura giuridica del buono pasto visto che – data la situazione emergenziale ed il necessario ricorso al lavoro agile – si era presentata la problematica dell'erogazione o meno da parte della singola Amministrazione ai lavoratori costretti ad effettuare la propria prestazione lavorativa da casa.

Il suggerimento di negare il buono pasto agli *smart workers* era supportato da un orientamento della Corte di Cassazione incline a considerare il buono pasto non già un *elemento della retribuzione*” bensì una *“agevolazione di carattere assistenziale collegata al rapporto di lavoro da un nesso meramente occasionale”*².

Il buono pasto, infatti, consiste in un beneficio attribuito con uno scopo ben preciso, ovvero far sì che, nell'ambito dell'organizzazione del lavoro, si possano conciliare le esigenze del servizio con le esigenze quotidiane del lavoratore al quale viene consentita la fruizione del pasto laddove non sia previsto il servizio mensa. Questo perché il buono pasto risponde al principio costituzionale della tutela del diritto alla salute, di cui all'art. 32, finalizzato a garantire al lavoratore il benessere fisico necessario per la prosecuzione dell'attività lavorativa, nelle ipotesi in cui l'orario giornaliero corrisponda a quello contrattualmente stabilito per la fruizione del beneficio³.

Si era constatato – e giova ribadirlo anche oggi alla luce dei recenti provvedimenti che invitano nuovamente le Pubbliche Amministrazioni ad incentivare il ricorso al lavoro agile – che la situazione che coinvolge i lavoratori dipendenti costretti ad effettuare in casa la prestazione lavorativa a causa dell'emergenza epidemiologica è nata per rispondere ad esigenze specifiche legate all'emergenza sanitaria che difficilmente possono far sorgere in capo al dipendente un diritto alla fruizione del buono pasto. Nel caso di specie, infatti, viene sostanzialmente a mancare il presupposto fondamentale per l'attribuzione del benefit che, come detto, si fonda sull'esigenza di consentire il recupero delle energie psico-fisiche degli interessati.

Seppure è vero che, alla luce dei recenti provvedimenti governativi, il lavoro agile non è più inteso come l'unica ed esclusiva modalità di svolgimento della prestazione lavorativa bensì una delle modalità ordinarie, questa circostanza non fa comunque perdere al buono pasto la natura giuridica di prestazione assistenziale erogata per realizzare una specifica funzione che viene in ogni caso disattesa anche nell'ipotesi attuale del lavoratore che presta la propria attività lavorativa dal proprio domicilio.

¹ http://www.codau.it/sites/default/files/allegati_ufficio_studi/1parere_lavoro_agile_e_buono_pasto.pdf

² Cassazione civile sez. lav., 28/11/2019, n.31137.

³ Cass. 14 luglio 2016, n. 14388.

La scelta della singola amministrazione di sospendere l'erogazione del buono pasto al lavoratore in *smart working* è ancor più confermata oggi da una recente pronuncia della Corte di Cassazione⁴ che torna a riaffermare il carattere assistenziale dello stesso, collegato al rapporto di lavoro da un nesso meramente occasionale⁵. Viene ribadito, infatti, che il buono pasto non rientra nel trattamento retributivo in senso stretto e pertanto il regime della sua erogazione "*può essere variato anche per unilaterale deliberazione datoriale in quanto previsione di un atto interno*". A tal ultimo proposito è interessante riferirsi anche ad una recente pronuncia con cui il Tribunale di Venezia stabilisce, in maniera pressoché perentoria, che "*i buoni pasto non sono dovuti ai lavoratori in smart working e di conseguenza la mancata corresponsione degli stessi non deve essere oggetto di contrattazione e confronto con le sigle sindacali*". Per il Tribunale veneto sarebbe difficile ipotizzare un possibile esito di un confronto di tal genere visto che, "*se i buoni pasto non spettano non possono essere erogati e l'atto del Comune con cui se ne sospende l'erogazione al lavoratore in smart working è sostanzialmente un atto necessitato*".

Ne deriva che "*non si è in presenza di un atto gestionale e discrezionale del datore di lavoro in materia di organizzazione degli uffici ma dell'applicazione di un dettato normativo che impone di ritenere incompatibile la fruizione del buono pasto con il lavoro dipendente svolto dal proprio domicilio*"⁶.

È indubbio che sul tema sia necessario un intervento del legislatore dal momento che rispetto alla configurazione originaria, il c.d. lavoro agile ha assunto una nuova dimensione in primis con la collocazione del dipendente presso il proprio domicilio o la propria residenza e quindi con caratteristiche diverse da come era stato pensato.

Congedo straordinario

Il congedo straordinario può essere concesso nel caso in cui la prestazione lavorativa non possa essere svolta in modalità agile e soltanto nel caso in cui si sia verificato un contatto all'interno del plesso scolastico e qualora l'altro genitore non svolga, anche ad altro titolo, attività di lavoro in modalità agile o alcuna attività lavorativa ovvero fruisca del congedo straordinario, salvo che non sia genitore anche di altri figli minori di anni quattordici avuti da altri soggetti che non stiano fruendo di una delle stesse misure (lavoro agile o congedo straordinario) o non svolgano alcuna attività lavorativa.

L'art. 22 del decreto-legge n. 137/2020 è intervenuto a modificare l'articolo 21 bis, del decreto-legge 14 agosto 2020, n. 104 convertito, con modificazioni, dalla legge 13 ottobre 2020, n. 126 introducendo all'ipotesi del figlio minore di 16 anni anche la sospensione dell'attività didattica in presenza del figlio convivente minore di anni quattordici.

⁴Cass., ord., 28 luglio 2020 n. 16135.

⁵ La Corte di Cassazione si era già espressa in tal senso. Cfr., ex multis, Cass., 6 luglio 2015, n. 13841; Cass., 8 agosto 2012, n. 14290; Cass. 21 luglio 2008, n. 20087; Cass. 1 luglio 2005, n. 14047; Cass., 17 luglio 2003, n. 11212

⁶ Trib. Venezia, 8 luglio 2020, n. 1069.

Occorre operare una distinzione del trattamento economico del congedo a seconda che il figlio sia minore di anni 14 o di anni 16:

- 1) indennità pari al 50% della retribuzione calcolata secondo l'art. 23 del D. Lgs 151/2001 (quarantena o sospensione della didattica in presenza del figlio minore di anni 14);
- 2) congedo senza indennità nel caso di quarantena o sospensione della didattica in presenza del figlio da 14 a 16 anni.

3) COVID 19: quarantena e malattia.

L'articolo 26, comma 1, decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18 e successive modifiche, dispone che:

*1. Il periodo trascorso in quarantena con sorveglianza attiva o in permanenza domiciliare fiduciaria con sorveglianza attiva di cui all'articolo 1, comma 2, lettere h) e i) del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, dai lavoratori del settore privato, è equiparato a malattia ai fini del trattamento economico previsto dalla normativa di riferimento e non è computabile ai fini del periodo di comporta. 2. Fino al 15 ottobre 2020 per i lavoratori dipendenti pubblici e privati in possesso di certificazione rilasciata dai competenti organi medico-legali, attestante una condizione di rischio derivante da immunodepressione o da esiti da patologie oncologiche o dallo svolgimento di relative terapie salvavita, ivi inclusi i lavoratori in possesso del riconoscimento di disabilità con connotazione di gravità ai sensi dell'articolo 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, il periodo di assenza dal servizio è equiparato al ricovero ospedaliero ed è prescritto dalle competenti autorità sanitarie, nonché dal medico di assistenza primaria che ha in carico il paziente, sulla base documentata del riconoscimento di disabilità o delle certificazioni dei competenti organi medico-legali di cui sopra, i cui riferimenti sono riportati, per le verifiche di competenza, nel medesimo certificato. Nessuna responsabilità, neppure contabile, salvo il fatto doloso, è imputabile al medico di assistenza primaria nell'ipotesi in cui il riconoscimento dello stato invalidante dipenda da fatto illecito di terzi. È fatto divieto di monetizzare le ferie non fruite a causa di assenze dal servizio di cui al presente comma. **2-bis.** A decorrere dal 16 ottobre e fino al 31 dicembre 2020, i lavoratori fragili di cui al comma 2 svolgono di norma la prestazione lavorativa in modalità agile, anche attraverso l'adibizione a diversa mansione ricompresa nella medesima categoria o area di inquadramento, come definite dai contratti collettivi vigenti, o lo svolgimento di specifiche attività di formazione professionale anche da remoto.*

Da ciò sembrerebbe emergere l'equiparazione della quarantena alla malattia. Di conseguenza, ai lavoratori aventi diritto alla tutela previdenziale della malattia a carico dell'INPS vengono riconosciute l'indennità economica e l'eventuale integrazione retributiva dovuta dal datore di lavoro. Ai fini del riconoscimento della tutela, il lavoratore deve produrre il certificato di malattia attestante il periodo di quarantena, nel quale il medico dovrà indicare gli estremi del provvedimento emesso dall'operatore di sanità pubblica. Il comma 2 dello stesso articolo dispone che per i lavoratori in possesso del riconoscimento di disabilità con connotazione di gravità, o in possesso del riconoscimento di disabilità, l'intero periodo di assenza dal servizio debitamente certificato, fino al 31 luglio 2020, è equiparato a degenza ospedaliera. Il medico è tenuto a precisare, nelle note di diagnosi, l'indicazione dettagliata della

situazione clinica del suo paziente. Il comma 6, infine, stabilisce che, in caso di malattia da Covid-19, il lavoratore deve farsi rilasciare il certificato di malattia dal proprio medico senza necessità di alcun provvedimento da parte dell'operatore di sanità pubblica.

Tuttavia, da più parti si è discusso sulla qualificazione o meno della "malattia" nei confronti dei lavoratori sottoposti a periodi obbligatori di sorveglianza sanitaria. Ciò in quanto si ritiene più corretto equiparare la quarantena a malattia solo in caso di contagio al Covid-19 e quindi solo in caso di esito positivo di apposito accertamento medico sanitario. Ritenendo invece non assimilabile alla malattia la condizione di chi, entrato in contatto con un soggetto positivo al Covid, fosse stato collocato in via preventiva in quarantena obbligatoria pur non essendo stato sottoposto a screening sanitario o in tutti gli altri casi in cui la messa in quarantena non sia addebitabile al conclamato stato di affezione da virus. Sul punto è intervenuto l'INPS a chiarimento con parere del **9 ottobre 2020, n. 3653** in cui si definisce quando e come spetta la tutela previdenziale e dunque se e quando la quarantena corrisponde a malattia.

Innanzitutto, occorre fare una distinzione nella qualificazione tra infortunio da Covid e malattia da Covid. Si ha infortunio da Covid-19 quando si sia accertato che il lavoratore abbia contratto il virus sul posto di lavoro: tale dimostrazione risulta tuttavia molto complessa in termini di dimostrazione di nesso di causalità tra l'evento e la concomitanza della frequentazione dell'ambiente di lavoro. Ci troviamo invece di fronte a malattia da Covid-19 in tutti i casi in cui un soggetto risulta affetto da virus a prescindere dal luogo in cui è avvenuto il contagio.

Il problema del valore giuridico da assegnare allo stato di quarantena, si pone per quella categoria di soggetti che, pur non essendo positivi al virus, vengono posti in quarantena precauzionale onde evitare che si esponano al contagio o più semplicemente per evitare che possano essere vettori di contagio in quanto entrati in contatto con soggetti positivi. Quindi tali soggetti, pur non essendo malati, vengono collocati in isolamento e dunque, di fatto, non possono recarsi sul posto di lavoro.

La situazione tipica è quella dei dipendenti c.d. "fragili". L'INPS sostiene che *"nell'attuale contesto emergenziale sono state incentivate modalità alternative di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato (lavoro agile o smart working, telelavoro, etc.) che hanno consentito di assicurare continuità nell'attività lavorativa e, al tempo stesso, di ridurre notevolmente i rischi per la trasmissione del virus SARS-CoV-2 nei luoghi di lavoro"*. La quarantena e la sorveglianza precauzionale per i soggetti fragili, di cui rispettivamente ai commi 1 e 2 dell'articolo 26 del D.L. n. 18 del 2020, non configurano un'incapacità temporanea al lavoro per una patologia in fase acuta tale da impedire in assoluto lo svolgimento dell'attività lavorativa (presupposto per il riconoscimento della tutela previdenziale della malattia comune), ma situazioni di rischio per il lavoratore e per la collettività che il legislatore ha inteso tutelare equiparando, ai fini del trattamento economico, tali fattispecie alla malattia e alla degenza ospedaliera. Conseguentemente, non è possibile ricorrere alla tutela previdenziale della malattia o della degenza ospedaliera nei casi in cui il lavoratore in quarantena (art. 26, comma 1) o in sorveglianza precauzionale perché soggetto fragile (art. 26, comma 2) continui a svolgere, sulla base degli accordi con il proprio

datore di lavoro, l'attività lavorativa presso il proprio domicilio, mediante le citate forme di lavoro alternative alla presenza in ufficio. In tale circostanza, infatti, non ha luogo la sospensione dell'attività lavorativa con la correlata retribuzione. È invece evidente che in caso di malattia conclamata (art. 26, comma 6) il lavoratore è temporaneamente incapace al lavoro, con diritto ad accedere alla corrispondente prestazione previdenziale, compensativa della perdita di guadagno.

L'INPS risponde e chiarisce i dubbi anche in merito all'ipotesi di quarantena disposta con "ordinanza amministrativa" ossia in merito al riconoscimento della tutela di cui al comma 1 dell'articolo 26 nei casi di ordinanza emessa dall'autorità amministrativa locale che dispone il divieto di allontanamento dei cittadini da un determinato territorio, a motivo della necessità di contenere il diffondersi dell'epidemia. Al riguardo, sono emerse alcune perplessità derivanti dall'interpretazione letterale della norma. Pertanto, a seguito dell'entrata in vigore del decreto-legge 14 agosto 2020, n. 104, è stata prevista, all'articolo 19, un'apposita tutela per i lavoratori domiciliati o residenti in Comuni per i quali la pubblica autorità abbia emanato provvedimenti di contenimento e di divieto di allontanamento dal proprio territorio, disponendo l'obbligo di permanenza domiciliare in ragione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, che siano stati impossibilitati a raggiungere il luogo di lavoro. La citata previsione normativa, sebbene sia limitata ad un determinato ambito territoriale e temporale, consente di affermare, quale principio generale, che in tutti i casi di ordinanze o provvedimenti di autorità amministrative che di fatto impediscano ai soggetti di svolgere la propria attività lavorativa non è possibile procedere con il riconoscimento della tutela della quarantena ai sensi del comma 1 dell'articolo 26, in quanto la stessa prevede un provvedimento dell'operatore di sanità pubblica. Medesimo problema si pone in caso di lavoratore recatisi all'estero che è stato oggetto di provvedimenti di quarantena da parte delle competenti autorità del Paese straniero. Sul punto, dalla lettura testuale dell'articolo 26, commi 1 e 3, del D.L. n. 18 del 2020, e dei diversi D.P.C.M. emanati per fronteggiare l'emergenza epidemiologica, considerato il costante riferimento ai provvedimenti dell'operatore di sanità pubblica e alla conseguente sorveglianza sanitaria eseguita dalle ASL, si ritiene che l'accesso alla tutela di cui al citato comma 1 dell'articolo 26 debba necessariamente provenire da un procedimento eseguito dalle preposte autorità sanitarie italiane.

In conclusione, l'INPS riserva lo stato di malattia con tutte le tutele previste e predisposte dal nostro ordinamento solo in caso di malattia conclamata in quanto questo stato produce una incapacità temporanea del lavoratore a svolgere la sua attività lavorativa. Tutte le altre ipotesi non danno origine a malattia in quanto il lavoratore non versa in una incapacità temporanea allo svolgimento delle sue mansioni ma può continuare a svolgere il suo lavoro con i diversi strumenti messi a disposizione dall'ordinamento giuridico (smart working, telelavoro ecc..) che lo collocano di fatto in isolamento, al fine di contenere lo sviluppo epidemiologico del virus, ma che non giustificano lo stato di malattia.

4) Quarantena e attività lavorativa non praticabile in smart working o in altre modalità

In questo periodo di forte attenzione alla tutela del lavoratore al fine di contenere e prevenire il contagio da Covid-19 sul luogo di lavoro, sono stati emanati provvedimenti volti a favorire diverse modalità di svolgimento dell'attività lavorativa, sia nel pubblico che nel privato, volti all'attivazione quanto più possibile estesa del lavoro agile, fermo restando il ricorso agli istituti alternativi che le pubbliche amministrazioni possono applicare qualora non vi siano le condizioni per il ricorso a tale tipologia.

Tuttavia, non tutte le attività sono suscettibili di lavoro agile, in quanto per la loro peculiarità e per le caratteristiche oggettive della mansione richiesta, non possono essere svolte da casa. Dopo aver valutato la praticabilità di diverse soluzioni rintracciabili negli istituti consentiti, le amministrazioni possono motivatamente esentare il personale dipendente dal servizio, fermo restando che il periodo di esenzione dal servizio costituisce servizio prestato a tutti gli effetti di legge. A fronte del disposto normativo occorre evidenziare che, nell'attuale fase di emergenza - come anche rappresentato anche nella direttiva n. 2/2020 del Ministro per la P.A. - la presenza del personale negli uffici deve essere comunque limitata ai soli casi in cui la presenza fisica sia indispensabile per lo svolgimento delle predette attività, adottando forme di rotazione dei dipendenti per garantire un contingente minimo di personale da porre a presidio di ciascun ufficio. Ciascuna PA è responsabile della gestione del proprio personale e dell'applicazione delle misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, tra cui l'obbligo di individuazione delle attività indifferibili e delle attività strettamente funzionali alla gestione dell'emergenza. In ossequio a tale obbligo le amministrazioni devono individuare le modalità con cui i dipendenti dovranno rendere la prestazione lavorativa e da ciò discende che il singolo dipendente non può ritenersi automaticamente autorizzato a non presentarsi al lavoro. Nell'ambito della propria autonomia, ogni amministrazione può comunque disporre la presenza in sede, anche "a rotazione", di personale che svolge la prestazione lavorativa in modalità ordinariamente agile, ove si determinino specifiche situazioni che rendano indispensabile tale presenza. È importante precisare che l'individuazione delle attività indifferibili non necessariamente presuppone che le stesse siano svolte in presenza fisica sul luogo di lavoro. Al contrario, le attività indifferibili possono essere svolte sia nella sede di lavoro - anche solo per alcune giornate, nei casi in cui il dipendente faccia parte del contingente minimo posto a presidio dell'ufficio - sia con modalità agile.

Il problema si pone per quei lavoratori che si trovano in quarantena fiduciaria e dunque non in ragione della malattia per contagio da Covid-19, e che non possono svolgere la propria attività lavorativa da casa in quanto l'attività che gli viene richiesta, per sua natura oggettiva, non è lavorabile in luogo diverso da quello di servizio. Si pensi ad esempio a un tecnico di laboratorio o una figura assimilabile, la cui prestazione richiede necessariamente l'utilizzo di apparecchiature e strumenti che non possono essere a disposizione presso la propria residenza o domicilio. Questi soggetti che si trovano in quarantena e non si possono recare sul posto di lavoro, non possono neanche svolgere la propria attività lavorativa

in smart working o in altre modalità. Inoltre, non essendo in malattia non possono beneficiare dell'apposito congedo e dunque si trovano nell'impossibilità oggettiva di svolgere il proprio lavoro. La direttiva n. 2/2020 riconoscerebbe, in questi casi, l'istituto dell'esenzione che può essere attuata dal datore di lavoro solo dopo aver verificato la non praticabilità delle soluzioni alternative individuate dalla normativa: lavoro agile, ferie pregresse, congedo, banca ore, rotazione, analoghi istituti. L'esenzione si può applicare solo come *extrema ratio* e in casi puntuali. È possibile quindi esentare il personale dipendente, con equiparazione del periodo di esenzione al servizio prestato a tutti gli effetti di legge, senza ripercussioni sulla loro retribuzione e senza che l'istituto incida negativamente ai fini della valutazione e dell'erogazione del trattamento accessorio. La decisione di esentare il personale, oltre ad essere motivata, presuppone comunque una preventiva valutazione delle esigenze di servizio e potrà essere in concreto esercitata solo qualora non determini, con riguardo al particolare ed eccezionale contesto emergenziale in atto, effetti negativi sull'attività che l'amministrazione è chiamata ad espletare. Il provvedimento di esenzione dovrà, quindi, illustrare, in maniera puntuale, la disamina della situazione in ordine ad ogni dipendente esentato, dando conto del ricorrere dei richiamati presupposti. Tuttavia, il Decreto Ministro PA 19 ottobre 2020, successivo alla direttiva 2/2020, ha stabilito che *il lavoro agile può avere ad oggetto sia le attività ordinariamente svolte in presenza dal dipendente, sia, in aggiunta o in alternativa e comunque senza aggravio dell'ordinario carico di lavoro, attività progettuali specificamente individuate tenuto conto della possibilità del loro svolgimento da remoto, anche in relazione alla strumentazione necessaria*. Di regola, e fatto salvo quanto disposto all'articolo 3, il lavoratore agile alterna giornate lavorate in presenza e giornate lavorate da remoto. In tale ultima disposizione non si prevede l'istituto dell'esenzione, lasciando così un problema interpretativo sul punto e cioè se, nell'ipotesi di oggettiva impossibilità allo svolgimento dell'attività lavorativa in lavoro agile o dell'adozione degli altri strumenti previsti (ferie, eccedenze orarie ecc..) sia possibile applicare l'esenzione dal lavoro quando l'attività richiesta non può essere sostituita neanche con attività progettuali specifiche che potrebbero consentire al lavoratore di svolgere la sua prestazione in lavoro agile. Tuttavia, la direttiva 2/2020, ancora vigente, prevede l'uso della esenzione come *extrema ratio*, dunque come strumento a cui rivolgersi in casi limite in assenza di formule o soluzioni alternative allo strumento tipico dello smart working. Sicuramente sul punto si richiederebbe un intervento specifico da parte del legislatore.

SITUAZIONI DI COMPATIBILITÀ DEL BENEFICIO (LAVORO AGILE O CONGEDO STRAORDINARIO) CON ALTRE TIPOLOGIE DI ASSENZA

a) Malattia

In caso di malattia di uno dei genitori conviventi con il minore, l'altro genitore può fruire del beneficio per quarantena scolastica dei figli, in quanto la presenza di un evento morboso potrebbe presupporre un'incapacità di prendersi cura del figlio.

b) Maternità/Paternità

In caso di congedo di maternità/paternità dei lavoratori dipendenti, l'altro genitore può fruire del beneficio per quarantena scolastica nel caso in cui la quarantena sia disposta per il figlio diverso da quello per il quale si fruisce del congedo di maternità/paternità.

Non è possibile invece fruire del beneficio per quarantena scolastica se il figlio per cui è disposta la quarantena è lo stesso per cui è in corso di fruizione il congedo di maternità/paternità.

In caso di percezione di indennità di maternità/paternità da parte degli iscritti alla Gestione separata o dei lavoratori autonomi, l'altro genitore lavoratore dipendente può fruire del beneficio per quarantena scolastica per lo stesso figlio, solo se il genitore che fruisce di tale indennità di maternità/paternità stia prestando attività lavorativa durante il periodo indennizzabile.

c) Ferie

La fruizione del beneficio per quarantena scolastica dei figli è compatibile con la contemporanea (negli stessi giorni) fruizione di ferie dell'altro genitore convivente con il minore.

d) Aspettativa non retribuita

In caso di aspettativa non retribuita di uno dei due genitori conviventi con il minore, l'altro genitore può fruire del beneficio contemporaneamente (negli stessi giorni).

e) Soggetti "fragili"

La fruizione del beneficio per quarantena scolastica dei figli da parte di un genitore convivente con il figlio è compatibile qualora l'altro genitore sia un soggetto con particolari situazioni di fragilità - secondo le indicazioni della circolare del Ministero del Lavoro e delle politiche sociali, di concerto con il Ministero della Salute, n. 13 del 4 settembre 2020 - a prescindere dallo svolgimento o meno di attività lavorativa o dall'eventuale svolgimento di lavoro agile.

f) Permessi e congedi ai sensi della legge n. 104/1992

È possibile fruire del beneficio per quarantena scolastica dei figli nelle stesse giornate in cui l'altro genitore convivente con il minore stia fruendo, anche per lo stesso figlio, dei permessi di cui all'articolo 33, commi 3 e 6, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, del prolungamento del congedo parentale di cui all'articolo 33 del D.lgs n. 151/2001 o del congedo straordinario di cui all'articolo 42, comma 5, del medesimo decreto legislativo.

g) Inabilità e pensione di invalidità

La fruizione del beneficio per la quarantena scolastica dei figli è compatibile con i casi in cui all'altro genitore convivente con il medesimo figlio sia stata accertata una patologia invalidante tale da comportare ad esempio il riconoscimento di un handicap grave (art. 3, comma 3, della legge n. 104/92), di un'invalidità al 100% o di una pensione di inabilità.

SITUAZIONI DI INCOMPATIBILITÀ DEL BENEFICIO (LAVORO AGILE E CONGEDO STRAORDINARIO) CON ALTRE TIPOLOGIE DI ASSENZA

Si riportano di seguito i casi di incompatibilità tra il lavoro agile e il congedo COVID-19 per quarantena scolastica dei figli e altre tipologie di assenza relative all'altro genitore convivente con il figlio per cui si richiede il congedo in argomento.

a) Congedo COVID-19 per quarantena scolastica dei figli

Il beneficio per quarantena scolastica dei figli non può essere fruito negli stessi giorni da entrambi i genitori, ma solo in modalità alternata tra gli stessi, per il periodo di quarantena predisposto dal Dipartimento di prevenzione della ASL territorialmente competente.

b) Congedo parentale

Il beneficio per quarantena scolastica dei figli è incompatibile con la contemporanea (negli stessi giorni) fruizione del congedo parentale per lo stesso figlio da parte dell'altro genitore convivente con il minore. Resta fermo che nei giorni in cui non si fruisce del beneficio per quarantena scolastica dei figli, è possibile fruire di giorni di congedo parentale.

c) Riposi giornalieri della madre o del padre

La fruizione del beneficio per quarantena scolastica dei figli non è compatibile con la contemporanea (negli stessi giorni) fruizione da parte dell'altro genitore convivente con il minore di riposi giornalieri di cui agli articoli 39 e 40 del D.lgs n. 151/2001 (c.d. riposi per allattamento) fruiti per lo stesso figlio.

d) Cessazione del rapporto di lavoro o dell'attività lavorativa

Il beneficio per quarantena scolastica dei figli non può essere fruito se l'altro genitore convivente con il minore sia disoccupato (cfr. il messaggio n. 1621/2020) o comunque non svolga alcuna attività lavorativa.

e) Strumenti a sostegno del reddito per sospensione o cessazione dell'attività lavorativa

Il beneficio per quarantena scolastica dei figli non può essere fruito nel caso in cui l'altro genitore, convivente con il minore, non svolga alcuna attività lavorativa beneficiando di strumenti a sostegno del reddito quali ad esempio, CIGO, CIGS, CIG in deroga, assegno ordinario, CISOA, NASpI e DIS-COLL.

Diversamente, nel caso in cui il genitore convivente con il minore, beneficiando degli strumenti predetti, abbia solo una riduzione di orario di lavoro, per cui continua a dover prestare la propria attività lavorativa, ancorché ad orario ridotto, l'altro genitore convivente con il minore è ammesso alla fruizione del beneficio per quarantena scolastica dei figli.

f) Lavoro agile

È incompatibile la fruizione del congedo COVID-19 per quarantena scolastica dei figli con prestazione di attività lavorativa in modalità agile del richiedente o dell'altro genitore convivente con il minore (negli stessi giorni di fruizione del congedo).

g) Part-time e lavoro intermittente

La fruizione del beneficio per quarantena scolastica dei figli da parte di un genitore è incompatibile durante le giornate di pausa contrattuale dell'altro genitore convivente con il minore.