

## **Approfondimento n. 3 – 22 marzo 2020**

# **LA DISCIPLINA DELLE ASSENZE DAL SERVIZIO NEGLI ENTI LOCALI DOPO IL D.L. 17 MARZO 2020, N. 18 (DECRETO “CURA ITALIA”)**

*Luca Di Donna*

### **Introduzione**

---

L'esecuzione della prestazione lavorativa può talvolta rimanere sospesa per effetto di determinate vicende che impediscono temporaneamente al lavoratore l'adempimento della stessa.

Nel novero di tali fattispecie sospensive vengono ricondotte diverse ipotesi che trovano nella temporanea mancanza della prestazione il solo elemento unificatore; gli artt. 2110 e 2111 c.c. disciplinano i casi più rilevanti di sospensione dipendenti da fatto (non colposo) del lavoratore.

Il denominatore comune di tali istituti, da tempo non più circoscritti alle classiche fattispecie di infortunio, malattia e gravidanza, va ravvisato nell'effetto modificativo del normale andamento del rapporto di lavoro in virtù della tutela di interessi legati a scelte o condizioni personali del lavoratore connotati, in qualche modo, dal crisma costituzionale, e capaci, come tali, di imporsi alle esigenze dell'imprenditore, sino al punto di addossargli una responsabilità sociale in ordine al finanziamento di quelle situazioni.

Va però chiarito che questa materia è soltanto in parte regolata dalla legge, dal momento che, come in molti altri settori del diritto del lavoro, la definizione degli aspetti di dettaglio della disciplina delle assenze dal servizio è demandata alla contrattazione collettiva nazionale.

In ogni caso, a prescindere da quale sia la fonte maggiormente rilevante (legale o contrattuale), resta il fatto che in tutti questi casi di sospensione della prestazione lavorativa ritenuti degni di specifica tutela, l'assenza (talvolta anche protratta nel tempo) non configura alcuna ipotesi di risoluzione o estinzione del rapporto di lavoro (il diritto alla conservazione del posto, del resto, rappresenta un connotato imprescindibile di qualunque fattispecie sospensiva).

Non è affatto scontato, invece, che il lavoratore in sospensione abbia diritto a percepire la retribuzione (o un'indennità) durante il suo periodo di assenza dal lavoro, in quanto il grado di protezione che l'ordinamento assicura ai diversi eventi sospensivi varia in misura proporzionale alla meritevolezza degli interessi sottesi a ciascuno di essi.

Malgrado il panorama delle ipotesi di legittima sospensione della prestazione lavorativa fosse già estremamente ampio e variegato, l'emergenza sanitaria che ha colpito il nostro Paese in quest'ultimo periodo ha spinto il Governo ad introdurre di nuove, al fine di prevenire e contrastare l'ulteriore trasmissione del virus.

Vediamo allora come i più recenti provvedimenti emergenziali hanno innovato la disciplina delle assenze dal servizio dei pubblici dipendenti, modificando, tra gli altri, gli istituti della malattia, dei permessi per l'assistenza ai soggetti disabili e dei congedi parentali.

## **Nuove tipologie di assenze riconducibili alla malattia**

---

L'art. 19, comma 1, del D.L. n. 9/2020 prevede che *“il periodo trascorso in malattia o in quarantena con sorveglianza attiva, o in permanenza domiciliare fiduciaria con sorveglianza attiva, dai dipendenti delle amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, dovuta al COVID-19, è equiparato al periodo di ricovero ospedaliero”*.

Per cui i periodi di quarantena con sorveglianza attiva o di permanenza domiciliare fiduciaria con sorveglianza attiva (ordinata dall'Autorità sanitaria territorialmente competente) vengono equiparati a quelli di ricovero ospedaliero, con conseguente inapplicabilità della decurtazione retributiva prevista dal primo comma dell'art. 71 del D.L. n. 112/2008 (convertito, con modificazioni, dalla legge n. 133/2008). A differenza di quanto avviene per i lavoratori del settore privato (si v. l'art. 26, comma 1, del D.L. n. 18/2020), tuttavia, per i dipendenti pubblici questi periodi di assenza non possono essere esclusi dal computo del cosiddetto periodo di computo, andando pertanto ad impattare sull'ammontare del trattamento economico loro spettante, in quanto il beneficio della corresponsione del 100% della retribuzione è previsto solo nel caso di ricovero ospedaliero che si colloca all'interno del periodo di cui al comma 10, lettera a), dell'art. 36 del CCNL del comparto Funzioni locali del 21.5.2018 (primi 9 mesi di assenza).

La relativa certificazione medica dovrà essere rilasciata dal medico di base del dipendente, previa emanazione di specifico provvedimento in tal senso da parte dell'operatore di sanità pubblica.

In virtù di quanto disposto dall'art. 26, comma 2, del D.L. n. 18/2020, poi, i dipendenti pubblici con disabilità grave (ai sensi dell'articolo 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n.104) e quelli in possesso di apposita certificazione medica attestante una condizione di rischio (derivante da immunodepressione o da patologie oncologiche o dallo svolgimento di relative terapie salvavita) potranno assentarsi dal lavoro fino al 30 aprile prossimo (sempre che non possano svolgere la propria attività in smart working ai sensi del successivo art. 39). Per questi ultimi, l'assenza dal servizio sarà equiparata al ricovero ospedaliero (e quindi alla malattia), con conseguente inapplicabilità nei loro confronti della già richiamata decurtazione retributiva di cui al primo comma dell'art. 71 del D.L. n. 112/2008.

## **Nuove tipologie di assenze riconducibili ad infortunio**

---

L'art. 42, comma 2, del c.d. Decreto “cura Italia” (D.L. n. 18/2020) stabilisce che *“Nei casi accertati di infezione da coronavirus (SARS- CoV-2) in occasione di lavoro, il medico certificatore redige il consueto certificato di infortunio e lo invia telematicamente all'INAIL che assicura, ai sensi delle vigenti disposizioni, la relativa tutela dell'infortunato. Le prestazioni INAIL nei casi accertati di infezioni da coronavirus in occasione di lavoro sono erogate anche per il periodo di quarantena o di permanenza domiciliare fiduciaria dell'infortunato con la conseguente astensione dal lavoro”*.

Per cui ogni eventuale contagio da Coronavirus avvenuto in “occasione di lavoro” dovrà inquadrarsi nella fattispecie degli infortuni sul lavoro.

È opportuno però ricordare che l'occasione di lavoro è un concetto diverso rispetto alle comuni categorie spazio temporali riassumibili nelle espressioni “sul posto di lavoro” o “durante l'orario di lavoro”. Si tratta di tutte le situazioni, comprese quelle ambientali, nelle quali si svolge l'attività lavorativa e nelle quali è imminente il rischio per il lavoratore (a provocare l'eventuale danno possono essere: elementi dell'apparato produttivo; situazioni e fattori propri del lavoratore; situazioni ricollegabili all'attività lavorativa).

Non è sufficiente, quindi, che l'evento avvenga durante il lavoro ma che si verifichi per il lavoro, così come appurato dal cosiddetto esame eziologico, ossia l'esame delle cause dell'infortunio. Deve esistere, in sostanza, un rapporto, anche indiretto di causa-effetto tra l'attività lavorativa svolta dall'infortunato e l'incidente che causa l'infortunio.

In tali evenienze, il medico certificatore redige il consueto certificato d'infortunio e lo invia telematicamente all'Inail.

### **Congedi parentali straordinari**

---

A decorrere dal 5 marzo scorso, in virtù del combinato disposto degli artt. 23 e 25 del D.L. n. 18/2020, ai dipendenti pubblici con figli (anche adottivi o in affido) di età non superiore ai 12 anni viene concesso un periodo di congedo parentale straordinario di quindici giorni complessivi, da fruire in via continuativa o frazionata, con riconoscimento di un'indennità pari al 50% della normale retribuzione e con piena copertura contributiva figurativa ai fini pensionistici.

Il suddetto limite di età (12 anni) non si applica se si hanno figli con handicap in situazione di gravità (accertata ai sensi dell'articolo 4, comma 1, della legge 5 febbraio 1992, n. 104) iscritti a scuole di ogni ordine e grado o ospitati in centri diurni a carattere assistenziale.

La fruizione del congedo spetta alternativamente ad entrambi i genitori (per un totale complessivo di quindici giorni) a condizione che nel nucleo familiare non vi sia altro genitore beneficiario di strumenti di sostegno al reddito per sospensione o cessazione attività lavorativa (cassa integrazione, ad esempio) o altro genitore disoccupato o non lavoratore.

Eventuali periodi di congedo parentale "ordinario" (di cui agli articoli 32 e 33 del D.Lgs. n. 151/2001) richiesti dai lavoratori a far data dal 5 marzo scorso, anche se già fruiti prima dell'entrata in vigore del decreto, devono essere convertiti d'ufficio nel congedo di cui trattasi. In talune circostanze, tuttavia, questa previsione sortisce effetti paradossali, visto che per molti dipendenti pubblici (inclusi quelli degli enti locali) vige una disciplina contrattuale "di miglior favore" che attribuisce al lavoratore il diritto a percepire l'intera retribuzione durante i primi trenta giorni di astensione (con la conseguenza che la suddetta conversione potrebbe portare al dimezzamento del trattamento economico spettante per quella giornata di assenza).

I genitori di figli di età compresa fra 12 e 16 anni possono invece usufruire di un congedo non retribuito di durata pari all'intero periodo di sospensione dei servizi educativi per l'infanzia e delle attività didattiche nelle scuole di ogni ordine e grado. Può però avere accesso al suddetto congedo parentale soltanto chi vive all'interno di un nucleo familiare nel quale non vi sia un altro genitore beneficiario di strumenti di sostegno al reddito o un genitore non lavoratore.

Per i lavoratori dipendenti del settore pubblico, precisa infine l'art. 25, comma 2, l'erogazione dell'indennità, nonché l'indicazione delle modalità di fruizione del congedo sono a cura dell'amministrazione con la quale intercorre il rapporto di lavoro.

Va detto che la scelta del Legislatore di consentire l'utilizzo dei 15 giorni di congedo anche in maniera retroattiva, sebbene comprensibile, può dar luogo a talune incertezze applicative. Bisogna infatti ricordare che nessuna norma di legge o di contratto collettivo prevede la commutazione del titolo dell'assenza per iniziativa unilaterale del dipendente. L'Aran in passato ha chiarito (cfr. RAL482) che non vi sono particolari ostacoli giuridici alla trasformazione del titolo di imputazione dei giorni di assenza già fruiti dal lavoratore, con la conversione degli stessi ad esempio da ferie a permessi non retribuiti, ma occorre tener conto del fatto che alcune tipologie di assenze non sono frazionabili e quindi non possono nemmeno essere interrotte.

### **Permessi e assenze per i sindaci lavoratori**

---

In base all'art. 25, comma 6, del D.L. n. 18/2020, fino alla data di cessazione dello stato di emergenza, i permessi per i sindaci previsti all'articolo 79, comma 4, del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, possono essere rideterminati in 72 ore. Per i sindaci lavoratori dipendenti pubblici le

assenze dal lavoro costituiscono servizio prestato a tutti gli effetti (fatta salva l'indennità sostitutiva di mensa).

### **Estensione della durata dei permessi retribuiti di cui all'art. 33 della L. n. 104/1992**

---

L'art. 24 del D.L. n. 18/2020 innova in via temporanea il regime dei permessi per l'assistenza ai soggetti disabili contenuto nella legge 5 febbraio 1992, n. 104, prevedendo la concessione di 12 giorni complessivi in più di permesso agli aventi diritto da utilizzare nelle mensilità di marzo e aprile.

Il totale dei giorni fruibili nei mesi marzo e aprile, dunque, sarà pari a 18 (3 mensili per 2 mesi, più i 12 aggiuntivi).

Non è affatto scontato, però, che nel pubblico impiego questi giorni di permesso extra possano essere fruiti anche ad ore. In proposito giova infatti ricordare quanto affermato nella circolare della Funzione pubblica n. 8/2008 (espressamente richiamata sul punto dalla successiva circolare n. 13/2010), dove si afferma che tali permessi giornalieri possono essere fruiti anche in maniera frazionata, cioè ad ore, solo ove espressamente previsto nel contratto collettivo di categoria (e con l'indicazione di un contingente massimo).

Il CCNL del comparto Funzioni locali, ovviamente, si limita soltanto a prevedere la frazionabilità oraria dei tre giorni standard di permesso entro il limite delle 18 ore mensili, ma non prevede nessuna formula matematica per trasformare le singole giornate di permesso in ore.

Facendo una semplice proporzione si potrebbe ipotizzare di convertire questi ulteriori 12 giorni di permesso in 72 ore, ma su questo specifico punto riteniamo opportuno attendere i primi chiarimenti ufficiali.

In ogni caso, le persone che hanno diritto a questi permessi possono scegliere liberamente come distribuire le 12 giornate aggiuntive nell'arco del bimestre (non ci sono cioè giorni di permesso che "scadono" a fine marzo).

Vale poi la pena evidenziare che le modalità per la richiesta e l'utilizzo di questi permessi rimangono le stesse di sempre (per cui, di norma, ci si deve dare una pianificazione mensile, che in caso di esigenze straordinarie può essere derogata), così come rimangono immutate le modalità di riproporzionamento degli stessi in caso di rapporto di lavoro in regime di part time verticale (solo se di durata inferiore al 50% del rapporto a tempo pieno).

Da ultimo, si segnala che l'aumento dei giorni di permesso per i mesi di marzo e aprile 2020 sembrerebbe potersi estendere anche ai lavoratori pubblici con disabilità grave che già hanno diritto alternativamente al permesso orario o giornaliero (art. 33, comma 6, legge n. 104/1992).

### **L'esenzione dal servizio**

---

L'art. 87, comma 3, del D.L. 18/2020, individua le misure organizzative che devono essere adottate da tutte le amministrazioni pubbliche per ridurre al minimo la presenza nei propri uffici del personale addetto allo svolgimento di attività non indifferibili e non suscettibili di essere rese in modalità agile.

Il decreto-legge appena varato, infatti, pur confermando lo smart working come modalità ordinaria di svolgimento della prestazione lavorativa nella P.A. fino alla cessazione dello stato di emergenza epidemiologica, affronta con estrema risolutezza il problema di come evitare ogni spostamento del personale pubblico adibito allo svolgimento di prestazioni lavorative che non rientrano tra quelle essenziali e la cui natura intrinseca non ne consente lo svolgimento con modalità di lavoro agile.

In questi casi, dispone la norma, le amministrazioni sono tenute ad utilizzare prioritariamente gli strumenti delle ferie pregresse, del congedo, della banca ore, della rotazione e di altri analoghi istituti, sempre ovviamente nel rispetto della contrattazione collettiva vigente.

La chiara formulazione della disposizione in esame non lascia adito a dubbi di sorta circa il fatto che l'ente, nella sua veste di datore di lavoro, possa collocare in ferie d'ufficio il proprio personale laddove questo disponga ancora di ferie arretrate (o pregresse), posto che la normativa contrattuale di riferimento ne impone comunque lo smaltimento entro il mese di aprile di quest'anno.

Ma il potere datoriale non si limita di certo alle sole ferie "pregresse", ben potendo le amministrazioni, nell'esercizio dei propri poteri datoriali, promuovere la fruizione di congedi, festività soppresse, permessi per motivi personali e familiari o riposi compensativi (specie per quel personale che annovera un elevato monte orario).

Qualora poi le ferie pregresse, i congedi, la banca ore, e altri analoghi istituti previsti dalla normativa vigente siano stati integralmente consumati, è nostra convinzione che le amministrazioni possano disporre anche la fruizione di una parte delle ferie in corso di maturazione, almeno per quelle giornate di ferie eccedenti le due settimane annuali che i contratti collettivi lasciano nella disponibilità del lavoratore.

Si deve ricordare, infatti, che l'istituto delle ferie non dipende, nelle sue applicazioni, esclusivamente dalla volontà del dipendente. Ed invero, l'art. 2109 del codice civile espressamente stabilisce che le ferie sono assegnate dal datore di lavoro, tenuto conto delle esigenze dell'impresa e degli interessi del lavoratore. L'applicazione di tale disciplina, pertanto, in una situazione di emergenza come quella che stiamo vivendo, consente all'ente la possibilità di assegnazione di ufficio di una parte delle ferie che si vanno a maturare nel corso di quest'anno.

«Esperate tali possibilità», cioè nell'impossibilità di svolgere la prestazione in modalità agile ed esauriti tutti gli istituti normativi che permettono al lavoratore di assentarsi dal posto di lavoro, «le amministrazioni possono motivatamente esentare il personale dipendente dal servizio». Questa scelta deve essere tuttavia corroborata da una solida motivazione, in quanto l'esenzione è parificata a tutti gli effetti di legge alla presenza in servizio e comporta quindi la corresponsione dell'intera retribuzione a fronte della mancata prestazione. La motivazione, seria, concreta e credibile, è pertanto imprescindibile per scongiurare le possibili responsabilità amministrative connesse.

La motivazione dovrà riguardare in particolare l'impossibilità di utilizzo dello smart working, tenendo però presente che non necessariamente esso richiede lo svolgimento di attività identiche a quelle rese di presenza. Nulla vieta, infatti, che i lavoratori vengano adibiti in lavoro agile a mansioni diverse da quelle ordinariamente svolte, purché ascrivibili alla categoria di inquadramento.

Inoltre, come si legge nella Relazione tecnica che accompagna il provvedimento, la facoltà di esentare il personale dal servizio presuppone comunque una preventiva valutazione delle esigenze funzionali e, pertanto, può 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.