

Maria Laura Picunio

I trattamenti di sostegno ai genitori lavoratori nella normativa emergenziale

Conversazioni sul lavoro dedicate a Giuseppe Pera dai suoi allievi

Virus, stato di eccezione e scelte tragiche.

**Le politiche del lavoro, economiche e sociali e la tutela
dei diritti fondamentali nei tempi incerti dell'emergenza
sanitaria e della crisi.**

La costruzione di un nuovo diritto del lavoro.

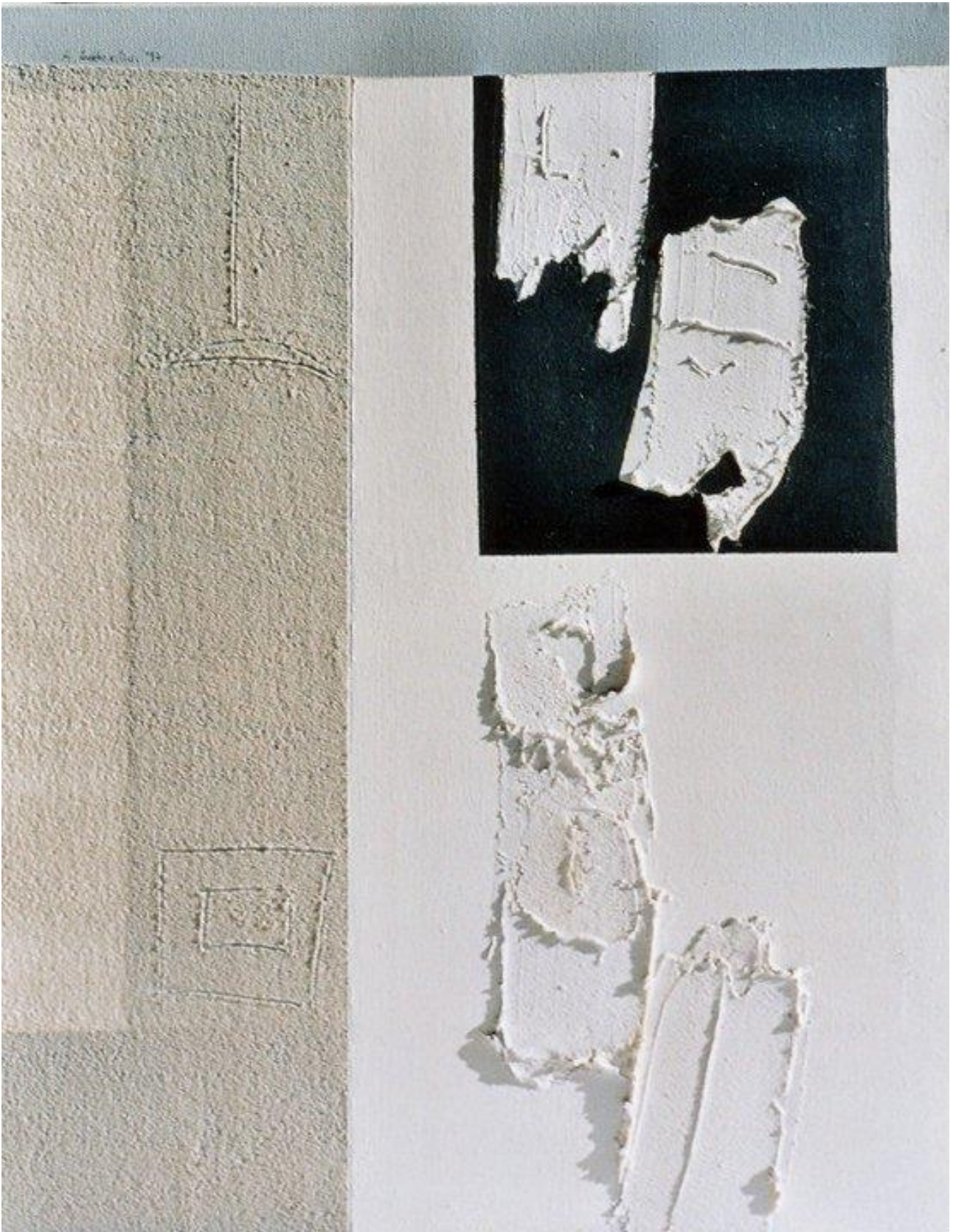
Conversazioni sul lavoro a distanza

da agosto 2020 a marzo 2021

promosse e coordinate da Vincenzo Antonio Poso

Gruppo delle Conversazioni sul lavoro del Convento di San Cerbone





Andrea Gabriellini, *A window*, 1997 (Ciclo Frantumazioni)

Maria Laura Picunio

I trattamenti di sostegno ai genitori lavoratori nella normativa emergenziale

aggiornato al 12 dicembre 2020

Sommario: 1. Premessa – 2. I congedi c.d. Covid – 2.1. Il congedo *ex artt.* 23 e 25 D.L. n. 18/2020 – 2.2. Il congedo non retribuito *ex* D.L. n. 18/2020 – 2.3. I congedi introdotti dal D.L. n. 111/2020 e dal D.L. n. 149 del 2020 – 2.4. I congedi c.d. Covid come strumento di conciliazione vita-lavoro – 3. Il bonus babysitter – 4. Il ricorso allo *smart working* – 4.1. Lo *smart working* c.d. emergenziale come strumento di conciliazione vita-lavoro

1. Premessa

Le problematiche insorte nel periodo emergenziale, e segnatamente quelle derivanti dalla sospensione delle attività didattiche, richiamano fortemente l'attenzione sul tema dei trattamenti di sostegno delle famiglie attribuiti a favore dei lavoratori, dipendenti e autonomi.

Gli svariati decreti legge che si sono susseguiti nel pur breve arco temporale che viene in considerazione¹ hanno introdotto alcuni istituti innovativi, seppur in parte ispirati a quelli preesistenti, finalizzati proprio a far fronte alle esigenze di conciliazione vita-lavoro o, per meglio dire, come si esporrà, a diminuire l'impatto dei provvedimenti di sospensione delle attività scolastiche ovvero di prescrizione della quarantena in capo agli alunni.

Al fianco di questi istituti si è assistito ad un rilancio del lavoro agile, c.d. *smart working*, che assume, nell'eterogenesi dei fini che sta caratterizzando tale modalità di lavoro², l'ulteriore finalità

¹ D.L. 17 marzo 2020, n. 18, convertito con modificazioni dalla Legge 24 aprile 2020, n. 27; D.L. 19 maggio 2020, n. 34, convertito, con modificazioni, dalla Legge 17 luglio 2020, n. 77; D.L. n. 8 settembre 2020, n. 111 abrogato dall'articolo 1, comma 2, della Legge 13 ottobre 2020, n. 126; D.L. 14 agosto 2020, n. 104, convertito con modificazioni dalla Legge 13 ottobre 2020, n. 126 e modificato dal D.L. 28 ottobre 2020, N. 137.

² Come è stato da più parti rilevato, invero, il lavoro agile, da strumento avente lo scopo di incrementare la competitività e agevolare la conciliazione vita lavoro, come previsto dalla l. n. 81/2017, si è tramutato nel corso dell'emergenza pandemica in uno strumento finalizzato soprattutto a salvaguardare la salute dei dipendenti.

di fronteggiare le conseguenze nella gestione familiare dei provvedimenti emergenziali di sospensione delle attività scolastiche.

Si tratta, in tutti i casi, di provvedimenti di durata limitata nel tempo, introdotti per tamponare le problematiche via via emergenti, ed inseriti all'interno della decretazione d'urgenza; nella maggior parte dei casi, pertanto, le indicazioni per le modalità di fruizione sono state fornite con circolari e messaggi dell'INPS, con cui si è inteso dare risposta alle problematiche di tipo più strettamente operativo³.

Nel presente contributo si intendono analizzare i principali istituti che si sono susseguiti nel periodo emergenziale, con la finalità di affrontare le problematiche emerse e con l'intento di fornire una collocazione sistematica degli stessi.

2. I congedi c.d. Covid

A partire dal D.L. 17 marzo 2020, n. 18, è stata prevista la fruizione di un nuovo istituto, per alcuni versi analogo al congedo parentale ma legato alla specifica situazione epidemiologica; termine di fruizione di questa prima tipologia di congedo è stato posto, da ultimo⁴, al 31 agosto 2020. Successivamente, con il D.L. 8 settembre 2020, n. 111 e con il successivo D.L. 9 novembre 2020, n. 149, sono state introdotti due ulteriori fattispecie di congedo, il primo limitato ai genitori di figli destinatari di provvedimenti di quarantena emanati dall'ASL e poi esteso anche al caso in cui sia stata disposta la sospensione dell'attività didattica in presenza e il secondo previsto esclusivamente nelle aree del territorio nazionale caratterizzate da uno scenario di massima gravità e da un livello di rischio alto, finalizzato a supplire alla sospensione delle attività didattiche.

2.1. Il congedo ex artt. 23 e 25 D.L. n. 18/2020

È il caso di prendere le mosse dall'analisi della prima figura introdotta dal legislatore sin dall'inizio dell'epidemia⁵, sul modello della quale, seppur con modifiche più o meno marcate, sono state costruite anche quelle successive.

Prima caratteristica del congedo introdotto con il D.L. n. 18/2020 consisteva nella sua estensione a favore di tutti i lavoratori dipendenti del settore privato e pubblico nonché a favore dei lavoratori parasubordinati iscritti in via esclusiva alla gestione separata Inps e dei lavoratori autonomi iscritti

³ Parla, al proposito, di tendenza all'amministrativizzazione delle fonti del diritto del lavoro M.D. FERRARA, *Oltre l'emergenza: lavoro, conciliazione e agilità in condizioni di fragilità*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT* – 426/2020, pag. 4.

⁴ Per effetto delle modifiche introdotte dall'articolo 72, comma 1, lettera a), del D.L. 19 maggio 2020, n. 34.

⁵ Tale congedo, invero, veniva introdotto a partire dal 5 marzo 2020, inizialmente per il ridotto periodo di quindici giorni.

all'Inps genitori di figli di età fino a dodici anni, o di qualsiasi età se disabili gravi; la concessione, invero, risultava subordinata all'unico requisito dell'assenza nel nucleo familiare di altro genitore beneficiario di strumenti di sostegno al reddito in caso di sospensione o cessazione dell'attività lavorativa ovvero di altro genitore disoccupato o non lavoratore⁶. Il diritto a godere del congedo prescindeva, invece, anche con riferimento ai lavoratori autonomi ed iscritti alla gestione separata, per i quali un'anzianità contributiva minima costituisce un presupposto necessario nella disciplina ordinaria, dai contributi versati.

La platea dei beneficiari del congedo previsto in questa fase risultava pertanto molto ampia, non arrivando, però, a comprendere tutti i lavoratori genitori di figli sotto ai dodici anni. In primo luogo risultavano esclusi i lavoratori autonomi non iscritti all'Inps ma ad altre casse previdenziali, a favore dei quali era prevista esclusivamente la possibilità di accedere al bonus economico, il c.d. *bonus babysitter*⁷; risultavano altresì esclusi i lavoratori iscritti non in via esclusiva alla gestione separata Inps.

Anche i congedi previsti dall'art. 23 D.L. n. 18 del 2020 danno luogo ad una sospensione del rapporto di lavoro indennizzata da parte dell'istituto previdenziale, in modo simile a quanto fanno i congedi parentali "ordinari", e molti sono i tratti comuni tra le due figure; ciò nonostante, confrontandole si evidenziano alcuni elementi di specialità delle prime.

Innanzitutto nel D.L. n. 18 del 2020 era previsto che le giornate di congedo fossero concesse solo a condizione che l'altro genitore non fosse inoccupato, e quindi solo se entrambi i genitori non avessero avuto altrimenti la possibilità di accudire la prole; ciò, come si vedrà più dettagliatamente, costituisce – essendo ripreso, ancor più marcatamente, nel D.L. n. 104/2020 – una delle principali differenze tra le diverse tipologie di congedo c.d. Covid e quello ordinario.

È differente, e più vantaggioso per i lavoratori, l'importo dell'indennità spettante a chi usufruisce del congedo: l'indennità spetta nella misura fissa del cinquanta per cento della retribuzione, con le necessarie variabili legate alla base di calcolo della stessa per i lavoratori autonomi ed iscritti alla gestione separata; non viene replicato, quindi, il meccanismo a scaglioni che caratterizza il congedo ordinario, né viene attribuito alcun rilievo, sotto il profilo dei requisiti di accesso, all'entità del reddito dei genitori. Interessante, sul punto, rilevare che il legislatore rinvia alla disciplina di cui all'art. 23 d.lgs. n. 151 del 2001, relativo al congedo di maternità, per il calcolo dell'indennità, replicando quanto prevede l'art. 34 del T.U. sulla maternità e paternità, che a sua volta per la determinazione del trattamento retributivo del congedo parentale rinvia integralmente a tale disposizione ad eccezione del comma secondo della stessa. La scelta di rinviare direttamente all'art. 23, e non all'art. 34 del

⁶ Questa condizione, come si vedrà, verrà riproposta anche nelle successive disposizioni legislative relative ai congedi c.d. Covid.

⁷ Cfr art. 23, co. 9, D.L. n. 18/2020.

T.U. comporta che non si possa ritenere direttamente applicabile la disciplina contenuta nel comma quinto dell'art. 34, che prevede che i periodi di congedo parentale sono computati nell'anzianità di servizio, esclusi gli effetti relativi alle ferie e alla tredicesima mensilità o alla gratifica natalizia. Questo, tuttavia, non esclude la possibilità di applicare egualmente – anche in assenza di un rinvio diretto, che anzi si potrebbe giudicare superfluo – quanto previsto dalla disposizione contenuta nella disciplina ordinaria dei congedi parentali, la cui applicazione sarebbe stata invece sicuramente da escludersi laddove fosse stata rilevata la volontà del legislatore di modificare la disciplina, volontà che tuttavia sembra difficile leggere nella sola scelta di non rinviare espressamente all'art. 34 del T.U.⁸.

Tale congedo spettava, poi, a tutti i genitori di figli di età inferiore ai dodici anni nella stessa misura di complessive trenta giornate⁹; l'età massima del figlio per il godimento del beneficio era la medesima prevista nella normativa ordinaria per i genitori dipendenti ed invece sensibilmente più alta rispetto a quella prevista per i lavoratori iscritti alla gestione separata ed autonomi iscritti all'Inps – rispettivamente fino a tre anni di età e fino all'anno di età del figlio.

Continuando la comparazione tra gli istituti, si nota che questo tipo di congedo spetta anche ai padri lavoratori autonomi iscritti alla gestione separata, esclusi dal godimento del congedo ordinario, cui sono ammesse, invece, solo le lavoratrici donne.

Sotto il versante delle similitudini, d'altro canto, oltre a quanto già visto circa la platea dei beneficiari e il diritto ad un'indennità proporzionata alla retribuzione, entrambi i tipi di congedi condividono i tratti essenziali della figura, dando luogo ad una sospensione del rapporto di lavoro, durante la quale i lavoratori hanno diritto al riconoscimento della contribuzione figurativa e diritto ad un'indennità corrisposta dall'Istituto previdenziale.

Conclusivamente le differenze tra tale congedo e quello parentale di cui al d.lgs. n. 151 del 2001, pur in alcuni casi marcate, non sembrano tali da mettere in discussione il fatto che anche il congedo di cui al D.L. n. 18/2020 sia riconducibile alla figura dei congedi parentali, con tutte le conseguenze che conseguono da tale ricostruzione in termini di disciplina applicabile.

La disciplina dettata dal D.L. n. 18 del 2020 lascia aperte alcune problematiche, in particolare con riferimento al congedo spettante ai lavoratori autonomi e ai lavoratori iscritti alla gestione separata Inps.

⁸ Va, peraltro, rilevato che in questa norma è espressamente previsto il diritto del lavoratore a vedersi riconosciuto ai fini dell'anzianità di servizio il periodo di congedo fruito, diritto che il legislatore del D.L. n. 18/2020 non prevede espressamente.

⁹ Il D.L. n. 18/2020 nella formulazione originaria prevedeva quindici giorni, successivamente innalzati a trenta con l'articolo 72, comma 1, lettera a-bis), del D.L. 19 maggio 2020, n. 34, convertito, con modificazioni, dalla Legge 17 luglio 2020, n. 77.

Anzitutto, pur se non espressamente previsto, sembra che anche per le lavoratrici autonome il godimento del congedo presupponga la loro effettiva astensione dal lavoro; se infatti un dubbio in tal senso poteva derivare dal fatto che altri istituti spettanti alle lavoratrici madri autonome, quali l'indennità di maternità, sono attribuiti alle stesse indipendentemente¹⁰ dall'effettiva astensione dal lavoro, la previsione, in alternativa al congedo, del bonus destinato a coprire i costi di eventuali baby-sitter¹¹, unitamente alla considerazione del fatto che altrimenti si sarebbe venuta a determinare un'ingiustificata differenziazione di trattamento con i lavoratori dipendenti, fuga ogni dubbio¹².

Un'ulteriore questione atteneva, poi, ai presupposti per la concessione del beneficio: nelle indicazioni operative fornite dall'INPS, infatti, si prevedeva che lo stesso fosse concesso ai genitori iscritti alla gestione separata e alle lavoratrici autonome a condizione dell'avvenuto raggiungimento dei limiti individuali, nonché, nel primo caso, di coppia, previsti dalle normative sul congedo parentale¹³. Tale vincolo, tuttavia, non risulta dalla lettera della norma, che non pone alcun requisito differente rispetto a quelli per la fruizione da parte dei lavoratori dipendenti; ci sono buone ragioni, quindi, per ritenere che l'interpretazione fornita dall'Istituto debba essere respinta.

Ad avvalorare questa impostazione va considerato che, con riferimento ai lavoratori subordinati, il legislatore si è dimostrato consapevole del fatto che il congedo c.d. Covid costituisca un trattamento di miglior favore rispetto a quello ordinario, prevedendo¹⁴ la possibilità di convertire retroattivamente i periodi di congedo ordinario già richiesti dai genitori.

2.2. Il congedo non retribuito ex D.L. n. 18/2020

Oltre al limitato numero di giornate di congedo retribuito, il D.L. n. 18/2020 introduceva a favore dei genitori lavoratori di figli di età inferiore ai sedici anni un istituto che presenta alcuni caratteri di innovatività: il congedo non retribuito. Tale congedo era previsto esclusivamente a favore dei

¹⁰ Possibilità oggi espressamente prevista dalla norma; si vedano sul punto le osservazioni di R. NUNIN, *Diritti e tutele per i genitori liberi professionisti e lavoratori autonomi*, in D. GOTTARDI, a cura di, *La conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro. Il rinnovato T.U. n. 151/2001 ai sensi del d.lgs.n. 80/2015*, Torino, 2016, pagg. 113 ss, nonché la celebre Corte cost. n. 3 del 1998.

¹¹ La lavoratrice autonoma che fosse stata impossibilitata ad astenersi dal lavoro avrebbe, infatti, potuto optare per tale trattamento.

¹² Sembra aderire a quest'impostazione F. SCARPELLI, *Il lavoro autonomo nell'emergenza tra bisogno (poche) tutele, regole del contratto*, in O. BONARDI, U. CARABELLI, M. D'ONGHIA, L. ZOPPOLI, *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, Roma, 2020, pag. 237, che prende in considerazione le conseguenze dell'astensione dal lavoro, escludendo che essa possa avere conseguenze sul piano contrattuale.

¹³ Il congedo COVID-19, dunque, introduce una tutela per i genitori di figli fino ai 12 anni che non possono fruire del congedo parentale e, nello specifico: per i genitori iscritti alla Gestione separata che abbiano già raggiunto i limiti individuali e di coppia previsti dalla specifica normativa sul congedo parentale, ossia 6 mesi per minori di 3 anni di età; per le lavoratrici autonome iscritte all'INPS che abbiano già raggiunto il limite individuale previsto dalla specifica normativa sul congedo parentale, ossia 3 mesi per minori di 1 anno di età; per i lavoratori autonomi iscritti all'INPS a cui non è riconosciuta la tutela del congedo parentale.

¹⁴ Art. 23, co. 2, D.L. n. 18/2020.

dipendenti del settore privato, anche in questo caso, come nei precedenti, a condizione che il genitore che non ne beneficiava non fosse inoccupato; non veniva individuata, invece, una durata predeterminata ma, esclusivamente, un limite temporale per la fruizione, individuato nella fine del periodo di sospensione dei servizi educativi per l'infanzia e delle attività didattiche.

Tale tipo di congedo risulta per alcuni versi simile a quello attribuito ordinariamente per la malattia del figlio¹⁵: anche in questo caso, invero, il lavoratore che ne fruisce non ha diritto alla retribuzione o ad altra indennità¹⁶ ed il diritto è concesso alternativamente ai genitori. A differenza di quest'ultimo, d'altro canto, non era subordinato a particolari condizioni di salute del figlio, l'età del figlio risultava sensibilmente diversa – otto anni in un caso e sedici nell'altro – ed il diritto era concesso senza limiti di tempo¹⁷.

La scarsa previsione, inserita nella disposizione, di un “*divieto di licenziamento*” accompagnata ad un “*diritto alla conservazione del posto di lavoro*”, si presta a differenti interpretazioni.

Accogliendo una lettura più riduttiva della stessa si deve ritenere che il legislatore abbia semplicemente voluto rimandare al divieto di licenziamento previsto nel testo unico delle disposizioni in materia di tutela della maternità e paternità, che ha ad oggetto i licenziamenti intimati in ragione della richiesta di fruizione del congedo¹⁸. Se invece, viceversa, si adotta una lettura più garantista nei confronti del lavoratore, nonché più aderente al testo della norma, posto che, a differenza di quanto previsto nel d.lgs. n. 151/2001 non si fa riferimento ad un licenziamento *causato* dalla domanda o dalla fruizione del congedo, con una marcata evidenziazione della relazione causa effetto tra domanda di fruizione o godimento del congedo e licenziamento, bensì ci si limita a porre un divieto, si deve intendere che si sia inteso vietare, e pertanto sanzionare con la nullità, tutti i licenziamenti intimati ai lavoratori nei periodi di fruizione di questo tipo di congedo, prevedendo, oltre al divieto di licenziamento per giustificato motivo oggettivo di cui già beneficiavano tutti i lavoratori dipendenti, un'ulteriore protezione, presumibilmente in ragione del particolare rischio di perdere il posto di lavoro in cui incorrono i genitori costretti ad assentarsi per lunghi periodi fruendo di questo tipo di congedo.

Pur riconoscendo che sussistano delle valide argomentazioni a favore di quest'ultima lettura – che peraltro avrebbe il merito di riempire di significato una previsione altrimenti superflua – sul piano dell'opportunità, sembra però difficile attribuire al generico divieto introdotto dal legislatore un

¹⁵ Capo VII, d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151.

¹⁶ Salva diversa previsione contenuta nei contratti collettivi.

¹⁷ Secondo M.D. Ferrara, op. cit., pag. 8, l'espressa previsione del divieto di licenziamento vuole “*rimarcare che si tratta di una misura altra rispetto al congedo parentale*”.

¹⁸ Così, ritenendo assimilabile il divieto a quello contenuto nel d.lgs. n. 151/2001, M.D. FERRARA, op. cit., pag. 7; giudica pleonastica la disposizione in quanto l'esercizio di un diritto di un lavoratore non può essere causa di licenziamento, P. PASSALACQUA, *I limiti al licenziamento nel decreto Cura Italia dopo il decreto rilancio*, in *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 2020, VI, pag. 588.

significato tanto pregnante da limitare la facoltà di intimare qualsiasi tipo di licenziamento, per qualsiasi causale, in modo simile a quanto accade nel periodo di irrecidibilità di cui gode la lavoratrice madre. Va altresì considerato, a sostegno dell'impostazione che in definitiva sembra preferibile, che usualmente, quando il legislatore introduce un divieto assoluto di licenziamento, vengono previste espressamente delle deroghe per alcune causali di licenziamento, come quello per giusta causa, ciò che non è stato, invece, esplicitato all'interno di questa disposizione.

2.3. I congedi introdotti dal D.L. n. 111/2020 e dal D.L. n. 149 del 2020

Il decreto legge n. 111 del 2020¹⁹, intervenuto dopo il termine del periodo di fruizione del congedo ex D.L. n. 18/2020, ha introdotto un'ulteriore fattispecie di congedo parentale facoltativo occasionato dal Covid.

Nonostante la norma sia entrata in vigore da soli pochi mesi, la stessa è stata interessata da molteplici modifiche legislative: la previsione, contenuta inizialmente nel D.L. n. 111/2020, è stata successivamente abrogata dalla legge 13 ottobre 2020, n. 126, che ha introdotto l'art. 21 bis del D.L. 14 agosto 2020, n. 104, riproponendo il precedente testo dell'art. 4 della disposizione abrogata con alcune modifiche; il D.L. 28 ottobre 2020, n. 137, ad oggi non ancora convertito in legge, è quindi intervenuto su tale disposizione estendendone la portata.

L'attuale articolo 21 bis prevede differenti diritti per i genitori lavoratori: in primo luogo viene attribuita agli stessi la possibilità di adottare la modalità agile di svolgimento della prestazione, con una previsione sulla quale ci si soffermerà più ampiamente, e, solo in via subordinata, è previsto il godimento del congedo, retribuito e non retribuito.

Con l'ultima modifica apportata alla disposizione, infatti, il legislatore mostra di voler intervenire in maniera concreta sui problemi posti dall'attuale situazione, nella quale la necessità di gestire i figli durante la quarantena o durante la chiusura delle scuole – del singolo istituto ovvero degli istituti che insistono su una determinata area geografica – costituisce un'eventualità concreta.

La possibilità di godere del congedo è concessa ai lavoratori genitori di figli di età inferiore a quattordici anni nel caso del congedo retribuito e di sedici per quello non retribuito, ed è attribuita esclusivamente a favore dei lavoratori dipendenti, del settore pubblico e privato²⁰, purché la prestazione di lavoro non possa essere svolta in modalità agile.

¹⁹ La disposizione riprende quella contenuta nell'art. 5 D.L. n. 111 del 2020, abrogato dalla Legge 13 ottobre 2020, n. 126.

²⁰ Quantomeno ciò è quanto si evince dalla mancata indicazione di un espresso riferimento al settore privato, presente invece nell'art. 23 del D.L. n. 18/2020 ed è la posizione accolta anche dall'INPS, secondo quanto previsto dall'Istituto nella circolare 116/2020.

Il congedo è previsto nelle ipotesi in cui i figli siano destinatari di un provvedimento di quarantena, disposto dal Dipartimento di prevenzione della ASL territorialmente competente a seguito di contatto verificatosi all'interno del plesso scolastico ovvero, all'esito dell'ultima modifica legislativa, in quelle di adozione di un provvedimento di sospensione dell'attività didattica; per la fruizione dello stesso non è prevista una durata predeterminata ma solo che coincida, del tutto o in parte, con il provvedimento che interessa il figlio.

Va quindi, innanzitutto, notato che la disposizione riguarda esclusivamente i genitori di figli destinatari di provvedimenti di quarantena, provvedimenti che come ormai noto hanno la funzione di prevenire la diffusione del virus isolando i soggetti sani²¹, mentre non riguarda i genitori di figli positivi al virus, nonostante questi ultimi risultino obbligati all'isolamento domiciliare.

Manca, pertanto, a favore dei genitori di soggetti positivi, che pure risulterebbero coloro che ne abbisognano in maggior misura, dovendo evitare che il figlio entri in contatto con soggetti estranei quali una babysitter o con i nonni, in quanto soggetti fragili per l'età, una normativa speciale che attribuisca la possibilità di assentarsi dal lavoro per accudire i figli²²; paradossalmente gli stessi potranno usufruire esclusivamente degli strumenti propri della disciplina ordinaria, di gran lunga meno favorevoli.

Prima di esaminare nel dettaglio il contenuto della disposizione va dato conto di un'altra norma che in parte coincide con quella di cui all'art. 21 bis, introdotta successivamente all'emanazione del provvedimento di sospensione delle attività didattiche in alcuni ordini di scuole nelle zone a rischio elevato, le c.d. zone rosse.

Il D.L. n. 149 del 2020, invero, prevede all'art. 13 un'ulteriore ipotesi di congedo a favore dei genitori lavoratori di figli che subiscano il provvedimento di sospensione delle attività didattiche della scuola secondaria di secondo grado, anche in questo caso limitatamente alle ipotesi in cui i genitori non possano svolgere attività in modalità agile.

La disciplina è sovrapponibile a quella di cui al D.L. n. 104/2020 nella parte relativa al congedo in caso di sospensione delle attività scolastica, tanto che ci si potrebbe interrogare sulla necessità di questo intervento legislativo nella parte in cui disciplina il congedo, soprattutto considerato che la norma introdotta precedentemente è più ampia, non avendo limiti territoriali, coinvolgendo una platea

²¹ Cfr. le indicazioni *Cosa sapere su test, tracciamento, quarantena* fornite dal Ministero della Salute, secondo cui “*la quarantena si attua ad una persona sana (contatto stretto) che è stata esposta ad un caso COVID-19, con l'obiettivo di monitorare i sintomi e assicurare l'identificazione precoce dei casi.*”

²² Questo viene confermato anche dall'INPS nelle F.A.Q. presenti nel sito alla pagina *Congedo Covid-19 per quarantena scolastica*; d'altro canto se fossero ammessi al godimento anche i genitori lavoratori con figli positivi al Covid risulterebbe complesso applicare agli stessi il rigido criterio previsto nella norma relativo alla fonte del contagio.

più vasta di beneficiari con riferimento all'età dei figli²³ e comprendendo tutte le ipotesi di sospensione delle attività didattiche in presenza, siano disposte con provvedimenti nazionali, regionali, provinciali, comunali o delle singole strutture scolastiche²⁴. D'altro canto va rilevato che la disposizione di cui al D.L. n. 149 del 2020 risulta favorire maggiormente i beneficiari del congedo non prevedendo la necessità che l'altro genitore non sia inoccupato o percettore di strumenti di sostegno al reddito; considerata la sovrapponibilità della disciplina in questione rispetto alle precedenti è però facile pensare che si sia trattato di una mera dimenticanza del legislatore²⁵ e non della volontà di favorire chi risiede nelle zone rosse.

Entrambe le norme, come già in precedenza gli altri congedi c.d. Covid, attribuiscono il diritto ad un'indennità pari al cinquanta per cento della retribuzione. Risulta invece innovativa l'altra disposizione di sostegno ai genitori lavoratori introdotta dal D.L. n. 149 del 2020, che interessa collaboratori e lavoratori autonomi, sulla quale ci si soffermerà nei paragrafi successivi.

Tornando quindi ad esaminare la disciplina dei congedi di cui al D.L. n. 104 del 2020, si nota innanzitutto che si viene nuovamente a realizzare un regime fortemente differenziato tra lavoratori dipendenti, da una parte, e lavoratori autonomi e parasubordinati, dall'altra, in cui queste ultime categorie non vengono considerate dal legislatore meritevoli delle tutele connesse alla situazione di emergenza, si potrebbe ipotizzare in ragione della maggior autonomia nella gestione di giorni ed orari di lavoro di cui godono, utile per fronteggiare le esigenze di gestione della prole²⁶.

È il caso di evidenziare che, mentre nella prima versione della disposizione, quella contenuta nel D.L. n. 111 del 2020 la possibilità di usufruire sia del congedo che della modalità di lavoro agile erano previste esclusivamente a favore dei genitori il cui figlio fosse stato destinatario di un provvedimento di quarantena *“a seguito di contatto verificatosi all'interno del plesso scolastico”*, oggi il legislatore ha ampliato la casistica delle modalità di contagio che consentono al lavoratore-genitore di ricorrere del lavoro agile e non ha, invece, operato un'analogha estensione delle ipotesi con riferimento al diritto congedo parentale. Sebbene la *ratio* di una tale differenziazione risulti oscura, trattandosi probabilmente anche in questo caso di una dimenticanza, sembra difficile superare il chiaro testo della norma, ritenendo, secondo l'interpretazione che pure al momento risulta essere stata

²³ Nel D.L. n. 149 del 2020, invero, i beneficiari del congedo sono esclusivamente i genitori lavoratori di figli iscritti nelle scuole secondarie di secondo grado, mentre nel D.L. n. 104 del 2020, con riferimento al congedo retribuito, i genitori di figli di ogni età fino ai quattordici anni.

²⁴ In tal senso anche la circolare INPS n. 132 del 20.11.2020.

²⁵ Impresione che risulta rafforzata dal fatto che nell'art. 14 dello stesso decreto legge, D.L. n. 137 del 2020, contenente la disciplina del bonus babysitter, è presente la medesima condizione.

²⁶ Nonostante, come condivisibilmente rilevato, ciò a cui intende far fronte i congedi c.d. Covid sia *“un bisogno che non ha genere, ma non richiede nemmeno la qualificazione del lavoro normalmente svolto come subordinato”*, L. CALAFÀ, *Conciliare nell'emergenza*, cit., pagg. 156-157.

fatta propria dall'INPS²⁷, che il diritto al congedo spetti nelle stesse ipotesi previste dal secondo comma.

La norma pone una disciplina dell'istituto piuttosto scarna, limitandosi a prevedere che i lavoratori che usufruiscono del congedo percepiscano un'indennità pari al 50% della retribuzione, determinata secondo i criteri posti dall'art. 23 del d.lgs. n. 151/2001²⁸. In assenza di un più ampio rinvio alla disciplina ordinaria diviene perciò necessario interrogarsi sulle modalità di fruizione del congedo.

Anzitutto va notato che, a differenza di quanto avviene nel T.U. sulla maternità e sulla paternità e nel D.L. n. 18 del 2020, il D.L. n. 104 del 2020, come anche il D.L. n. 149 del 2020, non attribuisce ai lavoratori un vero e proprio diritto al congedo, ma utilizza in un caso l'espressione "*può astenersi*", nell'altro attribuisce la "*facoltà di astenersi*".

Non è affatto chiaro se dietro alla differente terminologia adottata ci sia la scelta di differenziare le situazioni soggettive in cui versano i genitori che fruiscono dei diversi tipi di congedo; i congedi "ordinari", invero, vengono considerati come un diritto potestativo, rispetto al quale il datore di lavoro è tenuto a dar corso alla richiesta del lavoratore senza possibilità di opporre un rifiuto, nemmeno per motivazioni legate all'impresa²⁹. La scelta di non attribuire espressamente un diritto, ma di fare riferimento ad una mera possibilità o facoltà potrebbe, invece, leggersi come volontà di depotenziare la posizione del lavoratore, per esempio subordinando la possibilità di godere del congedo all'accettazione della richiesta da parte del datore di lavoro; una simile eventualità, peraltro, non risulterebbe priva di senso, posto che solo in questi due casi e a differenza che negli altri tipi di congedo³⁰, il lavoratore può godere del beneficio per periodi di tempo che non risultano predeterminati nel massimo, con il rischio, quindi di incidere maggiormente sull'organizzazione produttiva del datore di lavoro.

Queste, quindi, le ragioni che porterebbero a militare a favore di quest'impostazione.

Va tuttavia considerato, e l'argomento risulta a mio modo di vedere decisivo, che tutti i congedi c.d. Covid si inseriscono all'interno del *genus* dei congedi parentali e che la natura di diritto potestativo è caratteristica che connota gli stessi; postulare che i congedi in questione la perdano significherebbe attribuire agli stessi connotati del tutto speciali che, di fatto, finirebbero per svuotare

²⁷ Ed invero l'INPS, nella circolare n. 132 del 2020, par. 1, amplia la sfera di fruizione del congedo prevedendo che i genitori possano fruire di esso anche nelle ipotesi che la norma prende in considerazione solo con riferimento alla possibilità di svolgere il lavoro in modalità agile.

²⁸ Anche in questo caso il rinvio viene operato con le stesse modalità utilizzate dall'art. 23 d.lgs. n. 151/2001; si richiamano pertanto le considerazioni già espresse nel paragrafo 2.1.

²⁹ In tal senso Cass. n. 16207 del 2008, secondo cui si tratta di un "*diritto potestativo, caratterizzato da un comportamento con cui il titolare realizza da solo l'interesse tutelato e a cui fa riscontro, nell'altra parte, una mera soggezione alle conseguenze della dichiarazione di volontà*"; in senso conforme, Cass. n. 17984 del 2010 e n. 6586 del 2012. In dottrina, L. CALAFÀ, *Congedi e rapporto di lavoro*, cit., pagg. 175 ss.

³⁰ Ad eccezione dell'ipotesi circoscritta costituita dal congedo per la malattia del figlio, in cui il periodo di congedo può coincidere al massimo con quello della malattia attestata da un medico del Ssn.

la tutela offerta ai lavoratori, e questo risulta tanto meno accettabile se si considera che la costruzione poggerebbe sulla non sempre affidabile lettura del dato letterale della norma.

Ancora con riferimento alla fruizione del congedo, si deve ritenere che, come avviene nei congedi parentali ordinari, il lavoratore che ne beneficia debba impiegare tutto il tempo del congedo per le esigenze di cura del figlio destinatario del provvedimento di quarantena, non potendosi dedicare ad attività differenti³¹.

Come anticipato, la disposizione del decreto n. 111/2020, come anche quella di cui all'art. 13 D.L. n. 149 del 2020, nulla specifica in ordine alle modalità di fruizione del congedo.

Così, a differenza di quanto accade nella normativa ordinaria, e come già nel D.L. n. 18/2020, non viene esplicitata la durata del periodo di preavviso necessario per la fruizione del congedo; anche in questo caso il vuoto normativo risulta colmabile considerando applicabili le disposizioni di cui al d.lgs. n. 151/2001, recante la disciplina generale dell'istituto: per la richiesta del congedo dovuto alla quarantena, quindi, il lavoratore dovrà garantire al datore di lavoro un preavviso di cinque giorni.

A differenza di quanto previsto dall'art. 23 D.L. n. 18/2020, la norma non esplicita ora la possibilità di fruizione del congedo frazionato ad ore. In assenza di specifica disciplina l'Istituto previdenziale non ritiene applicabile detta modalità, come non l'aveva ritenuto applicabile nel caso dei congedi di cui al D.L. n. 18/2020 prima della novella legislativa che aveva espressamente introdotto tale diritto; va evidenziato che tale scelta non risulta però affatto obbligata ed è anzi contestabile, posto che, come esposto, si considera applicabile, per quanto non espressamente disciplinato dal legislatore "emergenziale", la disciplina ordinaria del congedo parentale³².

Quanto alle tutele apprestate a favore del lavoratore che fruisce del congedo, si ritiene valga anche in questo caso il divieto di licenziamento intimato in ragione della richiesta di fruizione del congedo previsto dall'art. 54, co. 7 del d.lgs. n. 151/2001.

Nell'art. 21 bis del D.L. n. 104/2020 viene inoltre riproposta, con la medesima formulazione, la previsione di un congedo non retribuito, riservato però in questo caso esclusivamente ai genitori lavoratori di figli di età compresa tra i quattordici e i sedici anni; a differenza di quanto accadeva nella vigenza del D.L. n. 18 del 2020, infatti, non essendovi un numero predeterminato di giorni non sorgerà l'esigenza per i genitori di figli di età inferiore ai quattordici anni ammessi al godimento dei congedi retribuiti di fare ricorso a tale tipo di congedo.

Considerato che la disciplina è la stessa, scarna, contenuta nel D.L. n. 18 del 2020, ci si richiama a quanto già esposto con riferimento ad essa, in particolare per quanto riguarda il significato della

³¹ Con riferimento ai congedi parentali di cui al d.lgs. n. 151/2001, Cass. sez. lav., 11 gennaio 2018, n. 509; Cass. n. 16207 del 2008.

³² Che come noto prevede la fruizione ad ore, oltre che a giornate intere dello stesso, cfr. art. 32, co. 1 bis, d.lgs. n. 151/2001.

previsione di un diritto alla conservazione del posto di lavoro e del divieto di licenziamento, che il legislatore non ha ritenuto nemmeno in quest'occasione di meglio specificare.

2.4. I congedi c.d. Covid come strumento di conciliazione vita-lavoro

I congedi parentali rientrano tipicamente negli strumenti che l'ordinamento appresta per favorire la conciliazione vita-lavoro dei lavoratori, consentendo ai genitori lavoratori di trascorrere maggior tempo con i figli, rimodulando quello di lavoro, al fine di soddisfare le esigenze di carattere relazionale ed affettivo legate alla crescita di questi³³.

Nel caso dei congedi c.d. Covid, tuttavia, non sembra essere affatto questa la finalità primaria dell'istituto; viceversa, esso risulta funzionale a fronteggiare la necessità di accudire la prole che non può recarsi a scuola e che non può essere lasciata sola per l'età o, comunque, perché non autosufficiente³⁴. Un vantaggio, nel senso di aumentare le possibilità del genitore di trascorrere del tempo con i figli per soddisfare le necessità legate allo sviluppo di questi, risulta essere quindi solo indiretto³⁵.

Ciò emerge immediatamente osservando le condizioni poste dalla norma: le giornate di congedo, infatti, sono concesse solo a condizione che l'altro genitore non sia, anche temporaneamente, inoccupato, e quindi solo se entrambi i genitori non abbiano la possibilità di accudire la prole. Tale condizione, al contrario, non è presente nel caso del congedo ordinario, in quanto la compresenza dei genitori non è affatto considerata in modo negativo, ma si ritiene comporti, viceversa, un beneficio a favore del figlio che risulta arricchito dalla possibilità di trascorrere più tempo con entrambi i genitori³⁶.

Non solo, ma è espressione della stessa visione il fatto che nella più recente disciplina sia prevista la necessaria alternanza tra la fruizione del congedo da parte del padre e della madre, che,

³³ L. CALAFÀ, *Congedi e rapporto di lavoro*, Padova, 2004, pagg. 82 ss; D. GOTTARDI, *Il congedo di maternità per le lavoratrici subordinate*, in D. GOTTARDI, a cura di, *La conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro. Il rinnovato T.U. n. 151/2001 ai sensi del d.lgs. n. 80/2015*, Torino, 2016.

³⁴ Si assiste, quindi, ad un arretramento sotto il versante della conciliazione vita-lavoro, se si considera che nell'evoluzione della disciplina del congedo parentale era stato salutato con favore il fatto che si fosse passati da un ruolo di "assistenza materna come funzione di assistenza e cura, confinato alle necessità fisiologiche del bambino, ad uno esteso alle necessità relazionali ed affettive", cfr. R. DEL PUNTA, *La nuova disciplina dei congedi parentali, familiari e formativi*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2000, 157.

³⁵ Anche sotto fronte si rinviene una conferma da parte nell'Inps che invero afferma che "il nuovo congedo COVID-19 garantisce maggiori tutele rispetto a quelle di cui i genitori stessi possono ordinariamente beneficiare per la cura dei figli avvalendosi del congedo parentale, per consentire i genitori medesimi di affrontare il disagio connesso alla sospensione dei servizi educativi per l'infanzia e delle attività didattiche" (circ. 45 del 2020), rimarcando così quello che è rilevato come il fine dell'istituto.

³⁶ R. NUNIN, *La direttiva n. 96/34/CE in materia di congedi parentali*, in M. MISCIONE, a cura di, *I congedi parentali*, pag. 49; nello stesso senso M. MISCIONE, *Introduzione*, in M. MISCIONE, a cura di, *I congedi parentali*, cit., pag. 8

differentemente da quanto previsto nella disciplina dei congedi parentali³⁷, non possono godere nelle stesse giornate del beneficio.

Ancora, il legislatore attribuisce indifferentemente alla madre e al padre lavoratori le giornate di congedo; viene riconosciuta, quindi, ancora una volta la necessità di porre i genitori su una posizione paritaria con riferimento all'assistenza alla prole³⁸, ma – proprio perché l'intento è solo quello di fronteggiare la situazione in atto – si limita ad attribuire agli stessi un'eguale possibilità, senza prevedere, invece, misure premiali a favore dei padri che decidono di usufruire del congedo.

Ulteriori indici, nei testi delle discipline dei congedi c.d. Covid, rafforzano l'idea che la finalità a cui il beneficio è teso sia solo quella di fronteggiare la situazione eccezionale: è priva di precedenti la previsione che limita il godimento del congedo al genitore convivente con il figlio, espressamente³⁹ contenuta nell'art. 21 bis D.L. n. 104 del 2020⁴⁰ e non riproposta, però, nel D.L. n. 149 del 2020; evidente che non è quindi il diritto di ogni genitore a trascorrere del tempo con i figli, diritto che prescinde dalla convivenza con il figlio, ad essere tutelato.

Va detto che, però, dalla diversa funzione del congedo non discende alcun vincolo in ordine al momento in cui è consentita la fruizione dello stesso, che potenzialmente può venire richiesto anche nelle giornate in cui il bambino non si sarebbe comunque recato a scuola; di più, anche il periodo di fruizione del congedo non è sempre coinciso con quello in cui le scuole in situazione di normalità sarebbero state aperte, ma si è esteso, nel caso del congedo previsto dal D.L. n. 18 del 2020, per tutti i mesi estivi.

Un'ultima notazione, relativa all'effettività del diritto al congedo anche quale strumenti di conciliazione, ha ad oggetto le conseguenze del mancato indennizzo dei congedi previsti nel periodo emergenziale a favore dei genitori di figli di età compresa tra i quattordici e i sedici anni; sebbene, infatti, per i genitori di figli di tale età non sia ordinariamente previsto un diritto al congedo, va rilevato che nei casi di sospensione dell'attività didattica o di quarantena per i genitori lavoratori possa risultare utile avvalersi dei congedi previsti anche per figli rientranti in tali fasce di età, e che

³⁷ Tale condizione, per vero, è prevista in un caso, quello del congedo non retribuito per la malattia del figlio di cui all'art. 47 ss. d.lgs. n. 151/2001.

³⁸ Com'è stato notato da L. CALAFÀ, *Conciliare nell'emergenza*, cit., pag. 155, il legislatore utilizza la categoria del genitore lavoratore, utilizzata dalla “dottrina lavoristica per fare sintesi del maschile e del femminile dei soggetti titolari del diritto al congedo” e mai prima, però, adottata in testi di legge.

³⁹ Va evidenziato che, con riferimento alle disposizioni di cui al D.L. n. 18/2020, l'INPS si è espresso limitando il godimento del beneficio al genitore convivente solo con riferimento al c.d. bonus babysitter (cfr. circolare n. 45 del 2020), mentre non altrettanto è stato fatto in relazione ai congedi, nel cui caso, al contrario, i genitori separati o divorziati ricevono un trattamento di miglior favore, dato che l'altro genitore non è computato, a condizione che non risieda nella stessa abitazione, all'interno del nucleo familiare entro cui verificare l'eventuale stato di inattività dell'altro coniuge (cfr. messaggio INPS n. 1621 del 2020).

⁴⁰ Cfr. anche le indicazioni contenute nella circolare INPS n. 132 del 2020, par. 2: “fermo restando il presupposto della necessaria sussistenza della convivenza del figlio con il genitore richiedente il congedo”.

tuttavia la mancata previsione di alcun tipo di indennizzo porterà presumibilmente⁴¹ gli stessi ad avvalersi in misura molto più ridotta di tale tipo di congedo⁴².

3. Il bonus babysitter

Ulteriore beneficio introdotto nel periodo emergenziale è il c.d. bonus babysitter, costruito sulla falsa riga di una previsione in vigore negli anni dal 2012 al 2018 attributiva di un *voucher* per l'acquisto dei servizi di baby-sitting, dall'importo di € 600,00 mensili a favore delle lavoratrici madri, in alternativa al congedo parentale e per un periodo massimo di sei mesi.

Il D.L. n. 18 del 2020, in modo simile, ma anche in questo caso non privo di differenze, attribuiva ai genitori lavoratori il diritto a godere di un *bonus* economico, dell'importo di complessivi € 1.200,00⁴³ destinato a coprire, almeno parzialmente, le spese sostenute per l'acquisto di servizi di baby-sitting, successivamente esteso anche alle spese per l'iscrizione ai centri estivi, ai servizi integrativi per l'infanzia, ai servizi socio-educativi territoriali, ai centri con funzione educativa e ricreativa e ai servizi integrativi o innovativi per la prima infanzia.

Le condizioni poste per accedere a tale beneficio erano le medesime già esaminate in relazione al congedo previsto dallo stesso decreto, attesa l'alternatività dei due benefici; anche la platea dei beneficiari risultava sostanzialmente⁴⁴ coincidente, includendo altresì i lavoratori autonomi iscritti all'INPS e i collaboratori coordinati e continuativi.

Interessante notare che il bonus, che al momento della sua introduzione aveva ricevuto un numero di richieste molto meno consistente rispetto al congedo c.d. Covid⁴⁵, complice forse anche la situazione di totale chiusura del Paese, subiva un'impennata di richieste nel mese di maggio-giugno⁴⁶, in coincidenza con l'allargamento delle possibilità di utilizzo, ed in particolare dell'introduzione della possibilità di utilizzare lo stesso per le rette dei centri estivi. Ulteriore spinta all'utilizzo del bonus

⁴¹ Non esistono dati ufficiali in merito ai congedi non retribuiti, posto che la richiesta viene indirizzata esclusivamente al datore di lavoro e non, invece, all'ente previdenziale.

⁴² In merito alla retribuzione come garanzia di effettività del diritto al congedo e sul condizionamento derivante dall'omessa previsione di un'indennità per chi ne fruisce L. CALAFÀ, *Congedi e rapporto di lavoro*, cit., pagg. 226 ss; G. DE SIMONE, *La Corte costituzionale e le cure termali*, in *Lavoro e Diritto*, 1989, pag. 172.

⁴³ Importo aumentato ad € 2.000,00 nel caso in cui ne fruiscano i pubblici dipendenti, ove previsto a loro favore, cfr. nt. 44.

⁴⁴ La differenza di maggior rilievo si ritrova nel settore pubblico, nel quale il bonus è previsto solo a favore dei lavoratori dipendenti del settore sanitario, pubblico e privato accreditato, appartenenti alla categoria dei medici, degli infermieri, dei tecnici di laboratorio biomedico, dei tecnici di radiologia medica e degli operatori sociosanitari.

⁴⁵ Dai dati diffusi dall'INPS risulta infatti che alla data del 28 aprile 2020 erano pervenute all'INPS 93.729 domande di Bonus baby sitting previste dal Decreto "Cura Italia", mentre alla stessa data erano stati erogati un totale di 242.206 Congedi Straordinari.

⁴⁶ Confrontando i dati di maggio, invero, si può osservare come le domande di Bonus baby sitting fossero più che quadruplicate (451.746 in data 18 giugno), mentre quelle di congedo risultavano all'incirca duplicate (464.599 in data 18 giugno).

sembra inoltre essere stata determinata dal riconoscimento della possibilità di usufruire dello stesso per remunerare le prestazioni effettivamente rese dai familiari non conviventi⁴⁷.

Quanto alle modalità di utilizzo del bonus, venivano previste due strade alternative: per le prestazioni di *baby sitting* il bonus veniva erogato mediante il libretto famiglia di cui all'articolo 54-bis del decreto-legge 24 aprile 2017, n. 50, convertito, con modificazioni, dalla legge 21 giugno 2017, n. 96⁴⁸, mentre per la fruizione degli altri tipi di servizio a favore dei figli il bonus veniva erogato direttamente al richiedente.

Nonostante il successo del bonus, lo stesso non è stato successivamente riproposto nella disposizione di cui al D.L. n. 111/2020, nemmeno a seguito degli interventi che hanno interessato la stessa⁴⁹, e viene, invece, inserito nel D.L. n. 137 del 2020 esclusivamente a favore dei genitori lavoratori iscritti alla Gestione separata o iscritti alle gestioni speciali dell'assicurazione generale obbligatoria, e non iscritti ad altre forme previdenziali obbligatorie, nella misura massima di € 1.000,00, da utilizzare per prestazioni di cui si usufruisce nel periodo di sospensione delle attività didattiche.

Anche in questo caso ritroviamo la duplice condizione data dal fatto che nel nucleo familiare non sia presente altro genitore inoccupato o percettore di strumenti di sostegno al reddito in caso di sospensione o cessazione dell'attività e che la prestazione non possa essere svolta in modalità agile.

Quest'ultima condizione, a ben vedere, rappresenta un'anomalia, posto che il lavoro agile costituisce una modalità di svolgimento dei rapporti di lavoro subordinato⁵⁰, mentre in questo caso il legislatore sembra prevedere che anche rapporti di lavoro autonomo o di collaborazione possano essere svolti in modalità agile. Facile pensare, piuttosto, che il riferimento sia da intendersi semplicemente alla possibilità dei genitori lavoratori di poter svolgere la loro attività da remoto, e precisamente all'interno della loro abitazione, e tuttavia non è chiaro da cosa dovrebbe dipendere l'eventuale impossibilità; si ritiene che essa non potrà che dipendere da oggettive caratteristiche della prestazione che rendano necessario eseguirla in un determinato luogo o da ragioni connesse all'organizzazione del lavoratore autonomo o del collaboratore che rendano agli stessi impossibile svolgere l'attività nella loro abitazione.

⁴⁷ Circolare Inps 73 del 2020.

⁴⁸ L'Inps ha chiarito che non tutta la disciplina relativa al libretto famiglia, di cui all'art. 54 bis D.L. n. 50 del 2017, risulta applicabile, ed in particolare che non si applica quanto previsto dal comma cinque dell'articolo, secondo cui "*non possono essere acquisite prestazioni di lavoro occasionali da soggetti con i quali l'utilizzatore abbia in corso o abbia cessato da meno di sei mesi un rapporto di lavoro subordinato o di collaborazione coordinata e continuativa.*"

⁴⁹ La *ratio* della scelta di escludere il bonus in alternativa al congedo, infatti, risultava comprensibile fintantoché il congedo risultava limitato ai casi di quarantena, ipotesi nella quale è opportuno che i soggetti destinatari del provvedimento non entrino a contatto con terzi, ma non altrettanto a seguito dell'estensione del diritto al congedo a favore dei genitori di figli interessati da provvedimenti di sospensione delle attività scolastiche.

⁵⁰ Non lascia spazio a fraintendimenti, sul punto, il testo dell'art. 18, l. n. 81 del 2017, secondo il quale lavoro agile è una "*modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato*", cfr. anche, sin dal titolo, R. CASILLO, *La subordinazione "agile"*, in *Dir. Lav. merc.*, 2017, III, pagg. 536 ss.

Seguitando nell'analisi della norma, l'art. 14 D.L. n. 137 del 2020 esclude che il bonus possa essere utilizzato per remunerare prestazioni svolte dai familiari. In tal modo sembra che si voglia porre un rimedio all'utilizzo del bonus con finalità frodatorie nei confronti dell'Inps, che risultavano essersi concretizzate utilizzando il bonus per remunerare persone che non avevano effettivamente svolto alcuna prestazione di cura a favore dei figli dei percettori; l'Istituto, quindi, torna sui propri passi estendendo anche a quest'ipotesi⁵¹ la generale presunzione di gratuità dei rapporti di lavoro tra familiari.

4. Il ricorso allo *smart working*

Durante il periodo emergenziale, ed in particolare nei mesi del *lockdown* generalizzato, si è assistito ad un generalizzato ricorso al lavoro agile, modalità di svolgimento della prestazione introdotta nel nostro ordinamento sin dal 2017 – e già prima disciplinata in numerosi contratti collettivi.

Non solo, infatti, il ricorso a questa modalità è stato fondamentale per garantire il rispetto degli obblighi legati alla sicurezza ed in special modo il distanziamento all'interno dei luoghi di lavoro⁵², ma ha consentito ai genitori lavoratori di poter tendere la prole nel periodo di chiusura delle scuole e durante i mesi estivi.

Proprio il riconoscimento della polifunzionalità del lavoro agile – che invero è sempre stata, anche al di fuori del periodo emergenziale, una caratteristica dello stesso, come emerge osservando la previsione di cui all'art. 18 l. n. 81 del 2017, secondo la quale esso è finalizzato a “*incrementare la competitività e agevolare la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro*”⁵³ – ha condotto il legislatore, in un primo momento, con il D.L. n. 34 del 2020 ad introdurre il diritto allo svolgimento del lavoro agile a favore dei genitori di figli minori di anni quattordici fino alla data del 14 settembre.

Anche in questo caso il diritto veniva concesso indifferentemente ad entrambi i genitori a condizione che nel nucleo familiare non vi fosse altro genitore inoccupato. Si richiedeva, inoltre, che la modalità di svolgimento da remoto risultasse compatibile con le caratteristiche della prestazione lavorativa, giudizio che non poteva che essere rimesso al datore di lavoro.

⁵¹ L'applicabilità della presunzione di gratuità nell'ipotesi di prestazioni rese a favore dei familiari non conviventi, in realtà, non è affatto pacifica; nella giurisprudenza di legittimità si esprimono in senso negativo alcune pronunce risalenti: Cass. 19 maggio 1986, n. 3287, Cass. 17 agosto 1983, n. 5373 ma anche le più recenti Cass. 1 agosto 2012, n. 13788 e Cass. 19 gennaio 2006, n. 959; ritengono che la presunzione trovi applicazione anche nel caso di familiari non conviventi, invece, Cass. 5 aprile 2017, n. 8839; Cass. 17 agosto 2000, n. 10923.

⁵² Cfr. quanto previsto nei protocolli siglati tra il Governo, CGIL, CISL, UIL e Confindustria per la salute dei dipendenti privati in data 14 Marzo integrato in data 24 aprile 2020 nonché quanto previsto nei diversi DPCM susseguiti nel tempo.

⁵³ L'uso del lavoro a distanza è considerato anche nella direttiva 2019/1158/Ue del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 giugno 2019, relativa all'equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza, quale una delle misure attuabili; cfr. *Considerando* n. 34.

La misura è stata vista con estremo favore, consentendo ai genitori di non sospendere l'attività lavorativa ed al contempo garantendo loro la possibilità di rimanere con i figli durante il periodo di sospensione della attività didattiche. In una simile ottica, peraltro, si era già mossa la l. 30 dicembre 2018, n. 145 che aveva introdotto all'art. 18 l. n. 81 del 2017 il comma tre *bis* riconoscendo un diritto di priorità nello svolgimento di lavoro agile alle sole lavoratrici madri nel periodo di tre anni successivo alla conclusione del congedo di maternità, sempre con la finalità di evitare che le stesse rimanessero assenti dal lavoro per un tempo troppo elevato, scontando prevedibili ripercussioni sullo svolgimento del rapporto di lavoro.

Come anticipato, anche nelle più recenti disposizioni legislative dettate a favore dei genitori lavoratori si è tornati a prevedere la possibilità di ricorrere allo *smart working*, attribuendo la possibilità di svolgere la prestazione in modalità agile per tutto o parte del periodo corrispondente alla durata della quarantena del figlio convivente, minore di anni sedici, disposta dal Dipartimento di prevenzione della ASL territorialmente competente a seguito di contatto verificatosi all'interno del plesso scolastico o nello svolgimento di attività sportive di base, attività motoria in strutture quali palestre, piscine, centri sportivi, circoli sportivi, sia pubblici che privati, ovvero ancora verificato all'interno di strutture regolarmente frequentate per seguire lezioni musicali e linguistiche nonché nel caso in cui sia stata disposta la sospensione dell'attività didattica in presenza del figlio convivente minore di anni sedici.

Si è già visto anche che il ricorso a tale modalità di svolgimento della prestazione è previsto in via prioritaria rispetto alla fruizione dei congedi, che sono concessi solo in via subordinata, quando non sia possibile ricorrere al lavoro agile.

Anche in questo caso il legislatore non attribuisce espressamente un diritto ma prevede che il genitore lavoratore dipendente “*può svolgere la prestazione di lavoro in modalità agile*”; si deve quindi interpretare nuovamente il senso della terminologia utilizzata ed in particolare comprendere se venga attribuito ai lavoratori un diritto azionabile a prescindere dal consenso del datore di lavoro, ferma restando solo la possibilità di quest'ultimo di opporre ragioni legate all'organizzazione produttiva, o meno⁵⁴.

La prima considerazione che sovviene nell'esaminare la questione è di ordine pratico: l'accesso al lavoro agile non è soggetto ad alcuna forma di limitazione ad eccezione di quanto previsto circa forma e contenuto dell'accordo individuale – aspetto oggetto di ampie deroghe da parte del legislatore emergenziale e di cui invece si disinteressa la disposizione in questione – ; ciò posto, la previsione

⁵⁴ M. MARTONE, *Lavoro da remoto e bigenitorialità: come cogliere nella crisi epidemiologica un'opportunità di modernizzazione sociale*, in M. MARTONE, a cura di, *Il lavoro da remoto. Per una riforma dello smart working oltre l'emergenza*, Piacenza, 2020, pag. 146, rileva che si tratta di una possibilità e non più di un diritto.

che si limitasse ad attribuire la mera possibilità di svolgere il lavoro in modalità agile risulterebbe del tutto superflua.

Per fornire un'interpretazione della norma tale da attribuirle un senso, invece, sembra preferibile far riferimento alla previsione contenuta nel suo terzo comma, all'interno del quale, per quanto esposto, sembra da ravvisarsi un diritto al congedo e, conseguentemente, considerare sullo stesso piano le due disposizioni. Non risulterebbe, infatti, razionale una previsione in cui in via subordinata venisse previsto un vero e proprio diritto, quello di godere del congedo, se quanto previsto in via principale, come soluzione preferenziale, la possibilità di ricorrere al lavoro agile, non fosse anch'esso un diritto ma fosse soggetto alla discrezionalità del soggetto cui spetta la scelta di concederlo o meno, il datore di lavoro.

Si propone anche con riferimento a tale beneficio la necessità di individuare in quali casi sussista una valida ragione ostativa rispetto alla possibilità di svolgere la prestazione in *smart working*.

Sembra infatti ormai assodato che il datore di lavoro possa rifiutare che la prestazione lavorativa venga svolta in modalità agile quando tale modalità sia incompatibile con le caratteristiche della prestazione⁵⁵; è però necessario approfondire il contenuto di tale giudizio e, dall'altro lato, interrogarsi sulla possibilità che sia il lavoratore ad opporre proprie motivazioni che gli rendano impossibile lo svolgimento di attività da remoto, optando per la fruizione del congedo.

Si delineano, invero, due possibili letture: una, letterale, porta a ritenere incompatibile solo la prestazione che non possa essere svolta, per ragioni strettamente connesse al tipo di prestazione, da remoto⁵⁶, così, esemplificativamente, l'attività di accoglienza o l'attività di chi è addetto a determinati macchinari presuppongono sicuramente la presenza fisica sul luogo di lavoro; viceversa, secondo altra lettura, si potrebbe far rientrare nel giudizio di compatibilità anche valutazioni legate all'organizzazione del lavoro, quali la necessità di turnazione dei dipendenti, o di altro tipo, quali quelle legate all'impossibilità di fornire adeguata attrezzatura ai lavoratori⁵⁷. Sembra invece più complesso ammettere che le ragioni che rendono impossibile svolgere la prestazione da remoto attengano al lavoratore, immaginando, piuttosto, di dover porre in capo al datore di lavoro l'onere di fornire la strumentazione adeguata, mentre sembra che un'ipotesi di impossibilità residui nell'ipotesi – per vero abbastanza teorica – in cui le caratteristiche dell'abitazione del lavoratore non risultino rispettose della normativa sulla sicurezza.

⁵⁵ In tal senso, esplicitamente, l'art. 90 D.L. n. 34 del 2020; v. anche S. CAIROLI, *Tempi e luoghi di lavoro nell'era del capitalismo cognitivo e dell'impresa digitale*, Napoli, 2020, pag. 271, secondo il quale la possibilità deve essere raccordata alle esigenze dell'organizzazione del datore di lavoro.

⁵⁶ Questa sembra l'impostazione seguita da Trib. Bologna, Sez. Lav., 23 aprile 2020, n. 2759, che infatti si limita a motivare sinteticamente in tal modo: “la compatibilità della modalità agile del lavoro con le caratteristiche della prestazione sembra evidente, poiché svolge mansioni con l'utilizzo del telefono e di strumenti informatici”

⁵⁷ Sembra aderire a quest'impostazione Trib. Grosseto, 23 aprile 2020, nota, insieme alla sentenza da ultimo citata, per essere state le prime pronunce ad esprimersi sul diritto dei lavoratori a svolgere la prestazione in *smart working*.

4.1. Lo *smart working* c.d. emergenziale come strumento di conciliazione vita-lavoro

Ci si è già soffermati sugli indubbi vantaggi derivanti dalla possibilità di ricorrere allo *smart working* per i genitori lavoratori sotto il profilo della conciliazione dei tempi di vita con quelli di lavoro; questi vengono principalmente rinvenuti nella riduzione dei tempi di spostamento tra l'abitazione ed il luogo di lavoro e nella possibilità che l'art. 18 della l. n. 81 del 2020 attribuisce di concordare forme di organizzazione del lavoro “*per fasi, cicli e obiettivi e senza precisi vincoli di orario*”; invero utilizzando tale possibilità è consentito al lavoratore che ne usufruisce di riorganizzare il tempo di lavoro in base alle esigenze della famiglia senza alcun decremento di produttività, che anzi spesso risulta aumentata.

Va però rilevato che nel corso del periodo emergenziale il legislatore sembra essersi così focalizzato su tale potenzialità del lavoro agile da essersi quasi dimenticato che pur sempre di lavoro si tratta⁵⁸.

Ciò emerge prepotentemente dalle diverse disposizioni che si sono analizzate, con le quali il legislatore attribuisce il diritto al lavoro agile al precipuo scopo di tendere i figli; impossibile non domandarsi come le due attività, quella lavorativa e quella di cura dei figli, possano essere svolte nello stesso momento senza incidere su una delle due⁵⁹.

Il rischio risulta tanto più forte se si considera che una delle facoltà che rendono lo *smart working* uno strumento di conciliazione vita-lavoro, quella di rideterminare l'organizzazione del lavoro per risultati, non può prescindere dalla stipulazione di un accordo individuale e che, tuttavia, nel periodo emergenziale molti datori di lavoro hanno utilizzato la facoltà di non sottoscrivere l'accordo individuale con i lavoratori e, di fatto, hanno mantenuto le preesistenti modalità di svolgimento del lavoro, chiedendo il rispetto dell'usuale orario.

Si vuole, dunque, richiamare l'attenzione sul rischio che, in questo modo, si possa diffondere l'idea che il lavoro svolto da remoto venga svolto con minore intensità. Tale considerazione risulterebbe indubbiamente pericolosa; invero è stato già espresso da più parti il timore che una maggiore diffusione del lavoro agile, preferito soprattutto dalle lavoratrici donne, porti ad un isolamento delle

⁵⁸ E tuttavia in un primo momento si era dimostrata la consapevolezza di ciò anche da parte dell'INPS, che invero prevedeva la possibilità per i genitori lavoratori di fruire del congedo c.d. Covid anche nelle giornate o nei periodi in cui l'altro genitore svolgeva attività di lavoro agile, cfr. circ. 73 del 17 giugno 2020.

⁵⁹ Cfr. in tal senso i condivisibili rilievi di R. ROMEI, *Il lavoro agile in Italia: prima, durante e dopo la pandemia*, in *Labor*, 2020, I, pagg. 429 ss., secondo il quale “*il lavoro agile anche se tale, è però pur sempre lavoro, e non potrebbe e non dovrebbe essere piegato ad esigenze di cura ed assistenza dei figli pre-adolescenti o di persone con disabilità*” ed, ancora, “*il cortocircuito è evidente: mentre infatti il permesso o il congedo sono caratterizzati appunto dall'assenza di obblighi lavorativi, il lavoro agile è lavoro, è attività lavorativa, e se è attività lavorativa non si vede come possa essere compatibile con la cura e l'assistenza dei figli, specie se questa richiede attenzioni continue*”.

stesse rispetto alla platea dei lavoratori e abbia ripercussioni sulle possibilità concrete di avanzamento di carriera⁶⁰.

⁶⁰ Sul rischio che la difficoltà di conciliare i tempi di vita familiare e privata e quelli professionali, acuita durante il periodo pandemico, porti ad un'emarginazione delle donne, che ne subiscono storicamente il peso, ed addirittura all'esclusione dalle stesse dal mercato del lavoro, M. BROLLO, *Il lavoro agile tra emergenza pandemica e riemersione della questione femminile*, in *Labor*, 2020, I, pag. 512.