



Presidenza del Consiglio dei Ministri
Dipartimento della Funzione Pubblica
Ufficio per l'organizzazione del lavoro pubblico
Servizio trattamento del personale pubblico

***Smart working* emergenziale**

L'impatto su alcuni istituti contrattuali

INDICE

- 1 La definizione di smart working**
- 2. I principali problemi affrontati dal Dipartimento della funzione pubblica**
 - 2.1 La disciplina dei buoni pasto.....
 - 2.2 Le Circolari e le direttive del Ministro per la pubblica amministrazione
 - 2.3 L'indirizzo interpretativo del Dipartimento
 - 2.4 Modalità di rilevazione dell'orario di lavoro ai fini del riconoscimento del buono pasto
- 3. La disciplina dei congedi nel periodo emergenziale.....**
 - 3.1 Congedi parentali nel periodo di sospensione della didattica
 - 3.2 Problemi applicativi e differenze tra lavoro pubblico e privato
- 4 La gestione dei permessi fruibili dai dipendenti in lavoro agile**
 - 4.1 La disciplina dei permessi per la somministrazione del vaccino
- 5 Le ferie pregresse**
- 6 Rotazione del personale nella fase emergenziale dello *smart working***
- 7 Illegittimità di compensi forfettari a favore dei lavoratori agili**

1. La definizione di *smart working*

Con il termine lavoro agile (*smart working*) non si intende una tipologia contrattuale autonoma, ma ci si riferisce ad una particolare modalità di esecuzione del lavoro, consistente in una prestazione di lavoro subordinato che si svolge al di fuori dei locali aziendali, basata su una flessibilità di orari e di sede. La Risoluzione del Parlamento europeo del 13 settembre 2016 lo definisce infatti come *“un modello di organizzazione del lavoro che si basa sulla maggiore autonomia del lavoratore che, sfruttando appieno le opportunità della tecnologia, ridefinisce orari, luoghi e in parte strumenti della propria professione. È un concetto articolato, che si basa su un pensiero critico che restituisce al lavoratore l’autonomia in cambio di una responsabilizzazione sui risultati, mentre il telelavoro comporta dei vincoli ed è sottoposto a controlli sugli adempimenti”*.

A partire da marzo 2020, a seguito dell’espandersi dell’emergenza sanitaria, il lavoro agile, superato il regime sperimentale previsto dalla legge 22 maggio 2017, n. 81, diventa, in virtù dell’articolo 87, comma 1, del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, una modalità di lavoro ordinaria estesa, come misura di distanziamento sociale, al maggior numero possibile di dipendenti, anche in deroga alle discipline vigenti.

Pertanto, durante le fasi più acute della pandemia, il massiccio utilizzo delle formule del lavoro agile, fino a quel momento marginali, ha determinato non pochi dubbi interpretativi in relazione all’applicazione di alcuni istituti, disciplinati sia normativamente sia contrattualmente e concepiti originariamente nell’ambito di un rapporto di lavoro svolto essenzialmente in presenza.

Il presente documento è quindi finalizzato a sintetizzare le principali questioni interpretative affrontate dal Dipartimento soprattutto nella prima fase acuta dell’emergenza epidemiologica.

2. I principali problemi affrontati dal Dipartimento

2.1. Il regime dei buoni pasto

Tra le numerose questioni interpretative affrontate dal Dipartimento viene in rilievo quella della ammissibilità o meno del diritto al buono pasto per i dipendenti in regime di lavoro agile, tenuto conto della natura giuridica di tale istituto.

È stato più volte precisato dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione che i buoni pasto non costituiscono un elemento della retribuzione “normale”, ma una agevolazione di carattere assistenziale collegata al rapporto di lavoro da un nesso meramente occasionale, non rientrando gli stessi nel trattamento retributivo in senso stretto (Cfr. Cassazione Sez. lav., 28/07/2020, n.16135). Per cui, il diritto alla fruizione dei buoni pasto ha natura assistenziale e non retributiva, finalizzata ad alleviare, in mancanza di un servizio mensa, il disagio di chi sia costretto, in ragione dell'orario di lavoro osservato, a consumare il pasto fuori casa. Tale natura dipende strettamente dalle previsioni delle norme o della contrattazione collettiva che ne consentano il riconoscimento (Cfr. Cassazione – Sezione lavoro - 21/10/2020, n. 22985). La giurisprudenza in materia ha escluso la natura retributiva dei cd. buoni pasto in quanto estranei al sinallagma contrattuale (*ex multis* Cassazione 6/7/2015, n. 13841); essi presentano, infatti, un nesso meramente occasionale col rapporto di lavoro, costituendo uno strumento, offerto dalla contrattazione collettiva, alternativo alla gestione diretta del servizio di mensa aziendale.

La precisata natura del diritto ai buoni pasto ha indotto, quindi, molte amministrazioni a richiedere pareri al Dipartimento con riferimento alla sua applicazione in un contesto, come quello dello *smart working*, ove il dipendente svolge la sua attività non in ambiente lavorativo ma presso la propria abitazione e in una situazione dove non sempre è agevole monitorare l'orario di svolgimento delle proprie prestazioni.

2.2 Le circolari e le direttive del Ministro per la pubblica amministrazione

Il Ministro per la pubblica amministrazione con la circolare esplicativa n. 2 del 1 aprile 2020, avente ad oggetto “*Misure recate dal decreto-legge 17 marzo 2020 n. 18*” recante “*Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori ed imprese connesse all'emergenza epidemiologica da Covid 19*”, ha precisato, nell'ambito di una serie di indicazioni generali fornite alle amministrazioni durante la fase emergenziale, che il personale in *smart working* non ha un automatico diritto al buono pasto, essendo rimesse a ciascuna

amministrazione le determinazioni di competenza circa la sussistenza delle condizioni per l'erogazione.

Con una successiva direttiva (4 maggio 2020, n. 3 avente ad oggetto *“Modalità di svolgimento della prestazione lavorativa nell'evolversi della situazione epidemiologica da parte delle pubbliche amministrazioni”*) il Ministro per la pubblica amministrazione ha specificato inoltre che *“le pubbliche amministrazioni dovranno essere in grado di definire modalità di gestione del personale duttili e flessibili, tali da assicurare che il supporto alla progressiva ripresa delle attività sia adeguato e costante tale da ad assicurare comunque la ragionevole durata e la celere conclusione dei procedimenti.”*

La tematica sottoposta al Dipartimento da molte amministrazioni è risultata complessa anche in relazione alla circostanza che i contratti collettivi prevedono criteri differenti per l'attribuzione dei buoni pasto. Ad esempio, il CCNL relativo alle autonomie locali stabilisce che il buono pasto spetti ai dipendenti che prestino attività lavorativa al mattino con prosecuzione nelle ore pomeridiane, con una pausa non superiore a due ore e non inferiore a trenta minuti. Secondo alcune amministrazioni, queste disposizioni sarebbero incompatibili con lo *smart working* poiché non sarebbe possibile accertare il rispetto della durata massima della pausa pranzo, né tantomeno di accertare la distribuzione dell'orario di lavoro effettivo nel corso della giornata.

Altri CCNL del comparto pubblico, invece, individuano condizioni diverse per maturare il buono pasto, come, ad esempio, l'articolazione di lavoro su cinque giorni lavorativi e la sola durata minima della pausa. In questi casi, le condizioni previste contrattualmente possono ritenersi compatibili con lo *smart working*, perché non si richiedono specifici controlli giornalieri.

2.3 L'indirizzo del Dipartimento

Con numerosi pareri il Dipartimento ha espresso un indirizzo preciso sul tema affermando, in linea con quanto precisato dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione, che il personale in regime di lavoro agile non è titolare di un diritto al buono pasto. Infatti, è stata esclusa la natura retributiva del buono pasto in quanto

estraneo al sinallagma contrattuale. Esso, infatti, è uno strumento previsto dalla contrattazione collettiva in alternativa alla gestione diretta del servizio mensa.

Tuttavia, non sussistono specifiche previsioni ostative al riconoscimento dei buoni pasto anche in regime di lavoro agile. Ciò consente di affermare, coerentemente con le citate direttive del Ministro, che le amministrazioni, nell'esercizio della loro autonomia gestionale e organizzativa, possano prevedere l'attivazione dei buoni pasto sostitutivi con le dovute modalità di erogazione, adottando adeguate misure volte a garantire la verifica di tutte le condizioni e dei presupposti che ne legittimano l'attribuzione ai lavoratori.

Il problema della individuazione delle modalità operative di erogazione e monitoraggio delle prestazioni ai fini del buono pasto deve quindi essere affrontato dalle singole pubbliche amministrazioni.

In un parere, ad esempio, il Dipartimento ha affermato che, con riferimento a quei contratti collettivi in cui la durata della pausa e la sua collocazione temporale sono definite in funzione della tipologia di orario di lavoro nella quale la stessa è inserita, è rimessa alle amministrazioni l'individuazione delle concrete modalità di interlocuzione con le rappresentanze sindacali, in quanto le decisioni assunte potrebbero avere riflessi anche sull'articolazione dell'orario di lavoro.

2.4 Rilevazione dell'orario di lavoro svolto ai fini del buono pasto

Un problema molto delicato risulta quello della individuazione di adeguate modalità di rilevazione dell'orario delle prestazioni anche ai fini del riconoscimento dei buoni pasto, in contesto in cui si è passati repentinamente al generalizzato regime di lavoro agile emergenziale.

La citata Circolare del Ministro per la pubblica amministrazione n. 2/2020 ha previsto la possibilità di effettuare la rilevazione tramite *“una reportistica giornaliera sugli obiettivi raggiunti”*.

In alcune richieste di parere le amministrazioni, in mancanza di sistemi basati sul raggiungimento degli obiettivi, hanno prospettato, nell'ambito della propria autonomia organizzativa, varie soluzioni da sottoporre alle organizzazioni sindacali. Si è proposto, ad esempio, di stipulare appositi protocolli di intesa concordati con le OO.SS. che, nel ridefinire le modalità organizzative e gestionali connesse allo

svolgimento dell'attività lavorativa in modalità agile, potevano prevedere l'erogazione del buono pasto a fronte della rilevazione della presenza e dell'orario di svolgimento della prestazione sul sistema informatizzato già in uso presso la stessa amministrazione o, in alternativa, di apposita dichiarazione resa ai sensi dell'art. 47 del DPR n. 445/2000.

Ulteriore soluzione adottata è stata quella di proporre alle organizzazioni sindacali, limitatamente al periodo dell'emergenza epidemiologica da virus COVID 2019, l'attribuzione ai lavoratori agili del buono pasto purché nel rispetto della normativa collettiva di riferimento ai fini della maturazione del diritto per i lavoratori in sede. Secondo questa prospettazione, il buono pasto poteva essere riconosciuto qualora il lavoratore agile avesse svolto il "proprio ciclo di lavoro" (costituito da 2/3 rientri settimanali oppure senza rientri settimanali) preventivamente concordato con il proprio dirigente, e, altresì, effettuato la relativa pausa, intendendosi per essa un'interruzione di almeno mezz'ora tra due periodi contigui di lavoro.

In assenza di sistemi automatici di rilevazione dell'orario e in ossequio al divieto di cui all'art. 4 della legge 300 del 1970, le amministrazioni, durante la fase emergenziale, si sono orientate prevalentemente sulla regola che la prestazione richiesta dovesse risultare da apposita dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà resa dal dipendente per ciascuna giornata lavorativa, su modello predisposto dalla stessa amministrazione e validata dal dirigente della struttura di appartenenza.

3. La disciplina dei congedi

L'emergenza sanitaria ha posto delicate questioni anche in tema congedi da riconoscere ai dipendenti pubblici, sia nelle ipotesi di lavoro in presenza che nel caso di lavoratori in modalità agile.

3.1 Congedi parentali nel periodo di sospensione della didattica

Un problema molto delicato emerso nella fase acuta della pandemia ha riguardato i congedi parentali per i figli che svolgono didattica a distanza o in quarantena.

Tale fattispecie è stata regolamentata dal d.l. 13 marzo 2021, n. 30 (convertito in legge 6 maggio 2021, n. 61, recante *"Misure urgenti per fronteggiare la diffusione del COVID-19 e interventi di sostegno per lavoratori con figli minori in didattica a distanza"*

o in quarantena”) e, successivamente, dal decreto legge n. 21 ottobre 2021, n. 146, recante *“Misure urgenti in materia economica e fiscale, a tutela del lavoro e per esigenze indifferibili”*.

In particolare, la norma di cui all’art. 9 del citato d.l. n. 146/2021, ricalcando quanto previsto dal precedente d.l. n. 30/2021, ha previsto una disciplina differenziata con riferimento ai genitori con figli fino a quattordici anni ed ai genitori con figli da quattordici a sedici anni.

Per il lavoratore dipendente, genitore di figlio convivente minore di anni quattordici, alternativamente all’altro genitore, è stata prevista l’astensione dal lavoro per un periodo corrispondente in tutto o in parte alla durata della sospensione dell’attività didattica o educativa in presenza del figlio, alla durata dell’infezione da SARS-CoV-2 del figlio, nonché alla durata della quarantena del figlio.

Tale beneficio è stato riconosciuto, a prescindere dall’età del figlio, anche per i genitori di figli con disabilità in situazione di gravità accertata.

Tale congedo può essere fruito in forma giornaliera od oraria.

Per i periodi di astensione è stata riconosciuta al genitore, in luogo della retribuzione, un’indennità pari al 50 per cento della retribuzione.

Tali periodi di congedo, fruiti dai genitori a decorrere dall’inizio dell’anno scolastico 2021/2022, possono, a domanda, non essere computati come congedi parentali ai sensi degli articoli 32 e 33 del Testo Unico di cui al decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151.

Nel caso di figli di età compresa fra 14 e 16 anni, è stata prevista l’astensione di uno dei due genitori senza corresponsione di retribuzione o indennità, né riconoscimento di contribuzione figurativa, con divieto di licenziamento e diritto alla conservazione del posto di lavoro.

Occorre rilevare che, rispetto al d.l. n. 30/2021, la nuova normativa non ha subordinato il congedo alla possibilità, per il lavoratore, di svolgere la prestazione lavorativa in modalità agile. Infatti, in precedenza il congedo poteva essere richiesto solo nel caso in cui il genitore non avesse potuto svolgere la prestazione di lavoro in modalità agile.

3.2 Problemi applicativi e differenze tra lavoro pubblico e privato

Con riferimento alle prime previsioni relative all'emergenza epidemiologica, si era posto un problema di discrepanza fra la disciplina del lavoro pubblico e quella del lavoro privato.

Infatti, l'art. 72 del D. L. 34 del 19.05.2020, modificando il comma 1 dell'art. 23 del D.L. n. 18 del 17.03.2020, aveva prescritto che: *“per l'anno 2020 a decorrere dal 5 marzo e sino al 31 luglio 2020, e per un periodo continuativo o frazionato comunque non superiore a trenta giorni, i genitori lavoratori dipendenti del settore privato hanno diritto a fruire, ai sensi dei commi 10 e 11, per i figli di età non superiore ai 12 anni, fatto salvo quanto previsto al comma 5, di uno specifico congedo, per il quale è riconosciuta una indennità pari al 50 per cento della retribuzione, calcolata secondo quanto previsto dall'articolo 23 del decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151, ad eccezione del comma 2 del medesimo articolo. I suddetti periodi sono coperti da contribuzione figurativa”*.

Il termine per la fruizione del congedo finale non era stato però analogamente indicato per i dipendenti pubblici. Infatti, l'art. 25 del d.l. n. 18/2020 aveva previsto che *“a decorrere dal 5 marzo 2020, in conseguenza dei provvedimenti di sospensione dei servizi educativi per l'infanzia e delle attività didattiche nelle scuole di ogni ordine e grado, di cui al Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 4 marzo 2020, e per tutto il periodo della sospensione ivi prevista, i genitori lavoratori dipendenti del settore pubblico hanno diritto a fruire dello specifico congedo e relativa indennità”*. Per i dipendenti pubblici, quindi, la norma non faceva alcun riferimento al termine del 31 luglio 2020 (termine comunque superiore alla conclusione delle lezioni).

La differenziazione del regime fra lavoro pubblico e privato è stato oggetto di alcuni pareri del Dipartimento.

Sul punto, infatti, il Dipartimento ha precisato che dalla lettura delle norme non si poteva ricavare una lettura estensiva delle disposizioni riguardanti il lavoro privato a quello pubblico, per cui l'effettiva equiparazione dei due regimi non poteva che avvenire attraverso un intervento legislativo.

Tale modifica legislativa è poi successivamente intervenuta per cui la differenziazione fra lavoro pubblico e privato con riguardo al congedo parentale è

stata eliminata. Infatti, il citato d.l. n. 30/2021 ha previsto, ai fini del regime applicativo dell'istituto, un regime unificato per i dipendenti pubblici e privati.

Altro problema applicativo, che ha richiesto l'intervento del Dipartimento, ha riguardato il concetto di sospensione dell'attività didattica o educativa in presenza del figlio.

Il Dipartimento ha chiarito che i congedi previsti dal d.l. n. 30/2021 possono essere richiesti esclusivamente nelle ipotesi in cui la sospensione della didattica sia giustificata da esigenze legate all'emergenza pandemica.

Conseguentemente, tale normativa non è estensibile a fattispecie come le vacanze pasquali o le giornate festive in cui chiaramente non si verifica la sospensione dell'attività didattica in presenza a causa del fattore pandemico. In questi casi, infatti, si tratta di ordinaria interruzione delle attività prevista dalla programmazione dei calendari scolastici e perciò del tutto svincolata dalla situazione emergenziale.

4 La gestione dei permessi fruibili dai dipendenti in lavoro agile

Con riferimento ai permessi fruibili dai dipendenti nell'ambito della gestione dello *smart working* emergenziale, sono emersi vari problemi interpretativi, anche con riferimento alle assenze dovute alla somministrazione del vaccino.

In via generale, durante la fase dello *smart working* emergenziale si è posto anche il problema dell'ammissibilità dei permessi retribuiti.

Il Dipartimento ha chiarito che in regime di lavoro agile, stante l'attuale disciplina, non è possibile il riconoscimento dei permessi retribuiti in quanto i permessi orari risultano difficilmente conciliabili con il lavoro agile; infatti, tale regime è oggettivamente incompatibile con una misurazione in termini di orario di lavoro, anche in considerazione del fatto che il lavoratore agile può decidere autonomamente, nel rispetto delle modalità definite dal datore di lavoro, di prestare la propria attività secondo una propria organizzazione spazio/temporale.

Si tratta, quindi, di una decisione che è in linea con il concetto di lavoro agile che presuppone l'ampia flessibilità di cui gode il lavoratore, cui è connaturata l'autorganizzazione e dunque la conciliazione vita-lavoro.

In proposito, deve evidenziarsi che anche attraverso la citata circolare esplicativa n. 2 del 1° aprile 2020 del Ministro per la pubblica amministrazione è stato fornito un orientamento di carattere generale sull'incompatibilità di alcuni istituti, commisurabili necessariamente in termini orari, con lo svolgimento del lavoro agile. In particolare, si è affermato che i permessi fruibili ad ore non possano essere ritenuti compatibili con il lavoro agile, in quanto tale modalità di svolgimento della prestazione lavorativa, di norma, non si presta ad una misurazione in termini di orario, bensì al conseguimento di risultati ed obiettivi raggiunti dal lavoratore anche al fine di favorire la conciliazione tra vita privata e professionale.

Pertanto, in base alla normativa vigente in materia, risulterebbe difficilmente ipotizzabile immaginare sia la possibilità di svolgimento della prestazione lavorativa da remoto per la metà dell'orario di servizio sia la fruibilità di qualunque permesso su base oraria, poiché – come sopra detto - deve considerarsi che il lavoratore agile può decidere autonomamente, pur sempre nel rispetto della reperibilità richiesta dal datore di lavoro, di prestare la propria attività secondo una propria organizzazione spazio/temporale.

4.1 La disciplina dei permessi per la somministrazione del vaccino

Con riferimento ai permessi per la somministrazione del vaccino il Dipartimento ha precisato che non è prevista in generale alcuna norma che consenta il riconoscimento di permessi per la somministrazione di vaccini. Inoltre, è stato chiarito che le assenze dovute ai postumi del vaccino devono essere considerate giornate di malattia ordinaria e, quindi, soggette alle relative decurtazioni.

Discorso differente ha riguardato, però, alcune tipologie di personale, come, ad esempio, quelle del comparto scuola e università. Infatti, il comma 5 dell'art. 31, del decreto legge 22 marzo 2021, n. 41, recante *“Misure urgenti in materia di sostegno alle imprese e agli operatori economici, di lavoro, salute e servizi territoriali, connesse all'emergenza da COVID-19”*, convertito, con modificazioni, dalla legge 21 maggio 2021, n. 69, ha previsto che, in caso di somministrazione del vaccino contro il COVID-19, l'assenza dal lavoro del *“...personale docente, educativo, amministrativo, tecnico e ausiliario delle istituzioni scolastiche ed educative statali e comunali, paritarie e del sistema integrato di educazione e di istruzione dalla nascita sino a sei*

anni, nonché degli enti universitari e delle istituzioni di alta formazione artistica, musicale e coreutica..”, sia giustificata e non determini alcuna decurtazione del trattamento economico.

Ferie pregresse nel periodo emergenziale

Molti problemi interpretativi si sono riscontrati anche con riferimento alla nozione di *“ferie pregresse”* prevista nell’articolo 87 del citato decreto-legge n. 18/2020.

In particolare, il comma 3 dell’art. 87 prevede che *“qualora non sia possibile ricorrere al lavoro agile, anche nella forma semplificata di cui al comma 1, lettera b), e per i periodi di assenza dal servizio dei dipendenti delle amministrazioni di cui all’articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, imposti dai provvedimenti di contenimento del fenomeno epidemiologico da COVID-19 (...) le amministrazioni utilizzano gli strumenti delle ferie pregresse, del congedo, della banca ore, della rotazione e di altri analoghi istituti, nel rispetto della contrattazione collettiva. Esperite tali possibilità le amministrazioni possono motivatamente esentare il personale dipendente dal servizio”*.

Nello specifico, il Dipartimento si è quindi occupato di delineare la nozione di ferie pregresse e di chiarire se in tale nozione rientrassero anche quelle ferie maturate nell’anno in corso. Si è quindi specificato che l’articolo 87 ha rappresentato lo strumento cardine attraverso il quale il legislatore ha regolato le modalità di svolgimento della prestazione lavorativa all’interno degli uffici pubblici durante il periodo emergenziale. Infatti, l’obiettivo della norma è stato quello di ridurre la presenza dei dipendenti pubblici negli uffici e di evitare il loro spostamento tramite il ricorso allo strumento del lavoro agile.

Ciò in linea con quanto esplicito nella più volte citata Circolare n. 2/2020 laddove è stato chiarito il significato del concetto di ferie pregresse che comprende, oltre alle ferie del 2018 o precedenti, anche quelle ascrivibili all’annualità 2019 non ancora fruita.

Il Dipartimento ha ulteriormente specificato che le amministrazioni devono assumere le decisioni del caso pur sempre *“nel rispetto della disciplina definita dalla contrattazione collettiva nazionale di lavoro e nell’ambito dell’esercizio delle prerogative datoriali... ”*, in parte anche di rango civilistico, essendo ovviamente

rimesse alla indiscussa autonomia organizzativa di ciascuna amministrazione le scelte gestionali del caso concreto, all'esito delle valutazioni in ordine alle proprie motivate esigenze di servizio e tenendo presente il contesto emergenziale che ha determinato l'adozione dell'intervento normativo di carattere straordinario.

In termini più generali, quindi, l'emergenza in atto durante il periodo pandemico – ancorché nella sua portata straordinaria, impreveduta ed imprevedibile, tanto per i lavoratori, quanto per i datori di lavoro – non appare contrastare con la *ratio* dell'istituto delle ferie, finalizzata a permettere al lavoratore la fruizione di un periodo di riposo con conseguente sottrazione al lavoro, ancorché espletato nella modalità di lavoro agile.

Ciò anche in considerazione del fatto che – come noto - l'espletamento delle prestazioni lavorative in modalità agile è equiparato all'attività ordinaria per cui i lavoratori hanno diritto a poter usufruire delle ferie con le stesse modalità e diritti dei lavoratori che svolgono la propria attività “in presenza”. Quindi il periodo di lavoro agile deve essere considerato come utile ai fini della maturazione delle ferie.

6 Rotazione del personale nella fase emergenziale dello *smart working*

Un problema applicativo di notevole interesse ha riguardato l'interpretazione della norma di cui dall'articolo 263 della legge n. 77 del 17/07/2020, di conversione del decreto legge 19 maggio 2020, n. 34, contenente la previsione del contingente del cinquanta per cento di personale destinato all'espletamento del lavoro agile.

In alcuni casi il Dipartimento ha dovuto dirimere dubbi interpretativi in relazione ai criteri di individuazione del personale rientrante nella percentuale individuata dalla norma.

Alcune amministrazioni, infatti, hanno richiesto se fosse possibile utilizzare il criterio della rotazione e dell'alternanza del personale impiegato nelle medesime attività.

Il Dipartimento ha specificato che attraverso la norma citata è stato prescritto alle amministrazioni pubbliche di adeguare l'operatività degli uffici alle esigenze dei cittadini e delle imprese nonché di organizzare il lavoro dei propri dipendenti e l'erogazione dei servizi attraverso la flessibilità dell'orario di lavoro, rivedendone l'articolazione giornaliera e settimanale ed applicando il lavoro agile al cinquanta

per cento del personale impiegato nelle attività che possono essere svolte in tale modalità.

In particolare, anche con la Circolare n. 3/2020 è stato evidenziato che la presenza del personale nei luoghi di lavoro non è più correlata alle attività ritenute indifferibili ed urgenti ed è stato superato l'istituto dell'esenzione dal servizio.

In un quadro di graduale superamento della prima fase emergenziale, il Dipartimento ha quindi chiarito che le amministrazioni devono provvedere ad aggiornare la mappatura delle attività che, in base alla dimensione organizzativa e funzionale di ciascun ente, possono essere svolte in modalità agile, con l'individuazione del personale da assegnare alle stesse (intendendosi per mappatura la ricognizione, svolta da parte delle amministrazioni in maniera strutturata e soggetta ad aggiornamento periodico, dei processi di lavoro che, in base alla dimensione organizzativa e funzionale, possono essere svolti con modalità agile).

Ciò comporta anche che le amministrazioni, nell'ambito delle proprie esigenze organizzative, siano tenute a favorire la rotazione del personale in modo da assicurare, nell'arco temporale settimanale o plurisettimanale, un'equilibrata alternanza nello svolgimento dell'attività in modalità agile e di quella in presenza, tenendo comunque conto delle prescrizioni sanitarie vigenti per il distanziamento interpersonale e adeguando la presenza dei lavoratori negli ambienti di lavoro a quanto stabilito nei protocolli di sicurezza e nei documenti di valutazione dei rischi. Le amministrazioni, sulla base dei propri poteri di autorganizzazione e nel rispetto dei Protocolli di sicurezza a tutela della salubrità e della sicurezza degli ambienti di lavoro, possono concedere ad ogni lavoratore di lavorare in modalità agile, alternando, di regola, giornate lavorate in presenza e giornate lavorate da remoto.

Circa l'ambito di applicazione della rotazione, si è precisato che è possibile scegliere di escludere dal computo del cinquanta per cento i lavoratori fragili, ai quali deve essere assicurata, con ogni mezzo utile, la possibilità di lavorare in modalità agile. Infine, è possibile valutare di escludere dal computo del cinquanta per cento anche i genitori di minori di anni 14 posti in quarantena, che non avevano precedentemente formulato istanza di svolgimento della propria prestazione in modalità agile.

Queste precisazioni sono state recepite dal decreto del Ministro per la pubblica amministrazione del 19 ottobre 2020 (contente *“Misure per il lavoro agile nella pubblica amministrazione nel periodo emergenziale”*).

In particolare, l'art. 3 del decreto prevede che l'amministrazione adotta, nei confronti dei dipendenti di cui all'articolo 21-bis, del decreto-legge 14 agosto 2020, n. 104, nonché nei confronti dei lavoratori fragili, ogni soluzione utile atta ad assicurare lo svolgimento in modalità agile delle prestazioni lavorative anche attraverso l'adibizione a diversa mansione ricompresa nella medesima categoria o area di inquadramento come definite dai contratti collettivi vigenti e lo svolgimento di specifiche attività di formazione professionale.

Il dirigente, poi, è tenuto a favorire la rotazione del personale finalizzata ad assicurare un'equilibrata alternanza nello svolgimento dell'attività in modalità agile e di quella in presenza, tenendo comunque conto delle prescrizioni sanitarie vigenti per il distanziamento interpersonale e adeguando la presenza dei lavoratori negli ambienti di lavoro a quanto stabilito nei protocolli di sicurezza e nei documenti di valutazione dei rischi.

Inoltre, nell'individuare ulteriori criteri per predisporre la rotazione dei dipendenti, il dirigente deve tener conto delle eventuali disponibilità manifestate dai dipendenti per l'accesso alla modalità di lavoro agile, secondo criteri di priorità che considerino le condizioni di salute del dipendente e dei componenti del nucleo familiare di questi, della presenza nel medesimo nucleo di figli minori di quattordici anni, della distanza tra la zona di residenza o di domicilio e la sede di lavoro, nonché del numero e della tipologia dei mezzi di trasporto utilizzati e dei relativi tempi di percorrenza.

7 Illegittimità del riconoscimento di compensi forfettari per consumi energetici e telefonici da parte del lavoratore agile

Un altro tema di sovente sollevato da parte delle amministrazioni ha riguardato l'eventuale possibilità di corrispondere aggiuntivamente al personale che espleta la prestazione in modalità agile una somma forfettaria pro-capite per ogni giornata lavorativa prestata nel periodo emergenziale, a titolo di rimborso per consumi

energetici e telefonici domestici affrontati per l'assolvimento degli adempimenti informatici connessi al lavoro agile.

Sul punto il Dipartimento si è espresso in più di un'occasione ritenendo non praticabile tale soluzione, in mancanza di un preciso fondamento normativo e/o negoziale in grado di sorreggere l'ipotizzato riconoscimento di somme aggiuntive al personale che presta lavoro in modalità agile.