

Luca Busico

Buoni pasto e lavoro agile nel settore pubblico

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.

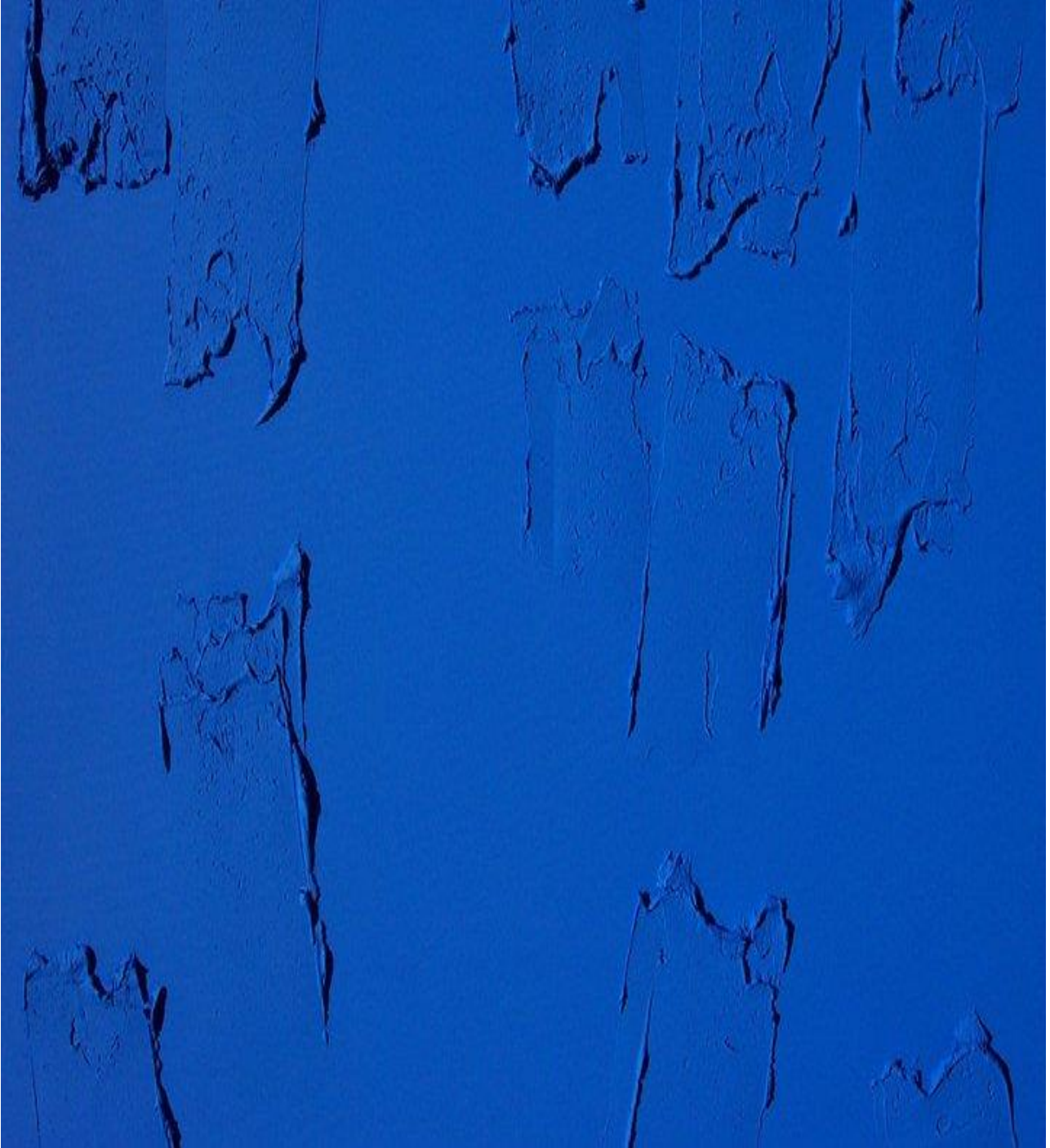
Conversazioni sul lavoro a distanza

da agosto 2020 a marzo 2021

promosse e coordinate da **Vincenzo Antonio Poso**

Gruppo delle Conversazioni sul lavoro del Convento di San Cerbone





Andrea Gabbriellini, *Fuga di barriere*, 1992 (Ciclo Barriere)

Luca Busico

Buoni pasto e lavoro agile nel settore pubblico

aggiornato al 1° dicembre 2020

Nel periodo di emergenza epidemiologica da Covid 19 si è assistito ad un susseguirsi di interventi normativi volti a favorire il lavoro agile quale strumento valido ed efficace di tutela di due diritti garantiti dalla Costituzione (la salute nell'art.32 e il lavoro nell'art.4), in quanto consente la prosecuzione dell'attività lavorativa (presso la propria abitazione) e, al contempo, evita la possibile diffusione del contagio nei luoghi di lavoro¹.

Per quanto concerne il lavoro pubblico, l'art.87, co. 1 del d.l. 17 marzo 2020, n. 18 (convertito in l. 24 aprile 2020, n. 27) dispone che fino alla cessazione dello stato di emergenza epidemiologica da Covid 19 il lavoro agile è la modalità ordinaria di svolgimento della prestazione lavorativa nelle pubbliche amministrazioni, che limitano la presenza del personale nei luoghi di lavoro alle sole attività indifferibili e necessitanti di essere svolte in presenza².

A distanza di quattro mesi l'art.263 del d.l. 19 maggio 2020, n. 34 (convertito in l. 17 luglio 2020, n. 77) ha consentito il ritorno della presenza del personale pubblico nei luoghi di lavoro, non più correlata alle attività indifferibili e necessitanti di essere svolte in presenza ai sensi della previsione del citato art.87³. L'art.263, inoltre, prevede l'applicazione del lavoro agile non in modo generalizzato, ma limitatamente al 50% del personale.

¹ Cfr.: MISCIONE, *Il diritto del lavoro ai tempi orribili del coronavirus*, in *Lav. giur.*, 2020,321; MARESCA, *Il diritto del lavoro al tempo del Covid-19*, in *www.federalismi.it*, n. 8/2020; CARUSO, *Tra lasciti e rovine della pandemia: più o meno smart working?* in *Riv. it. dir. lav.*, 2020,I,226; PERULLI, *Covid-19 e diritto del lavoro: emergenza, contingenza e valorizzazione del lavoro dopo la pandemia*, in *Labor*, 2020,455.

² Cfr.: FREDIANI, *Il pubblico impiego in regime di coronavirus tra modifica d'imperio del luogo della prestazione e lavoro a domicilio*, in *Lav. giur.*, 2020,511; BROLLO, *Smart o Emergency Work? Il lavoro agile al tempo della pandemia*, *ivi*, 553.

³ Cfr.: MONTEMARANO, *Pubblico impiego, il protocollo "Rientro in sicurezza"*, in *Guida lav.*, n. 35/2020,54; ZOPPOLI, *Dopo la digi-demia: quale smart working per le amministrazioni italiane?*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .IT*, 421/2020; SPINELLI, *Le potenzialità del lavoro agile nelle pubbliche amministrazioni: da modalità ordinaria dell'emergenza a volano per l'innovazione?*, in *Lav. nelle p.a.*, n. 2/2020,21; ZUCARO, *Pubblica amministrazione e smart working, dalla disciplina ordinaria alla deroga emergenziale*, *ivi*, 81.

Nella stessa direzione si pone il recente decreto ministeriale 19 ottobre 2020, il cui art.1 definisce il lavoro agile nelle pubbliche amministrazioni una delle modalità ordinarie di svolgimento della prestazione lavorativa⁴.

Come è stato osservato, il lavoro agile, dopo l'esordio non proprio entusiastico di poco più di tre anni fa (specialmente in ambito pubblico), ha conquistato, nell'attuale emergenza epidemiologica, il centro della scena, attirando l'attenzione degli studiosi e degli operatori⁵. Una delle questioni più dibattute nel lavoro pubblico al tempo dell'emergenza da Covid 19 è quella della spettanza o meno dei buoni pasto ai dipendenti che svolgono la propria attività da remoto.

In un caso la questione è sfociata nel contenzioso: il Comune di Venezia, in ottemperanza alle disposizioni di legge citate, ha collocato i propri dipendenti in lavoro agile e interrotto la corresponsione dei buoni pasto senza interlocuzioni con le organizzazioni sindacali, una delle quali, ritenendo tale condotta lesiva delle proprie prerogative, ha proposto ricorso *ex art.28* della l. n. 300/1970. Con decreto dell'8 luglio 2020 il Tribunale di Venezia ha rigettato il ricorso, affermando che il lavoro agile è incompatibile con la fruizione dei buoni pasto⁶.

Le rivendicazioni di parte sindacale si fondano sulle previsioni contenute in due disposizioni di legge, vale a dire l'art.20, co. 1 della l. 22 maggio 2017, n. 81 e l'art.87, co. 3 del d.l. n. 18/2020, nonché su di un passaggio della circolare del Ministro per la Pubblica amministrazione n. 2/2020 dell'1 aprile 2020⁷.

L'art.20, co. 1 della l. n. 81/2017 riconosce al lavoratore agile il diritto a un trattamento economico e normativo non inferiore a quello complessivamente applicato sulla base della contrattazione collettiva ai lavoratori che svolgono le medesime mansioni esclusivamente all'interno dell'azienda⁸.

L'art.87, co. 3 del d.l. n. 18/2020 prevede che nei confronti del personale adibito ad attività non eseguibili a distanza le amministrazioni devono preventivamente utilizzare gli istituti legali e contrattuali, che giustificano l'assenza dal lavoro con mantenimento della retribuzione (ferie pregresse, permessi, banca ore, etc.), disponendo, solo nell'ipotesi residuale di impossibile applicazione di tali istituti, l'esonero dalla prestazione lavorativa, che è equiparato al servizio prestato a tutti gli effetti di legge. La norma precisa che l'amministrazione non corrisponde ai dipendenti esonerati dal servizio l'indennità sostitutiva di mensa. Emergono consistenti dubbi di legittimità

⁴ Cfr. FREDIANI, *Il DM 19 ottobre 2020 quale compendio del lavoro agile in regime emergenziale*, in *Lav. giur.*, 2020,1023.

⁵ Cfr. ALBI, *Il lavoro agile fra emergenza e transizione*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .IT*, 430/2020.

⁶ Per commenti della pronuncia cfr.: GIGLIO, *Il lavoro agile è incompatibile con i buoni pasto*, in *Guida lav.*, n. 33-34/2020,24; DORIA, *Ai dipendenti della pubblica amministrazione collocati in smart working non spettano i buoni pasto: la decisione del Tribunale di Venezia*, in *il giuslavorista.it*, 30 ottobre 2020.

⁷ In www.funzionepubblica.gov.it.

⁸ Cfr.: DECEGLIE, *Il trattamento del lavoratore agile*, in *Mass. giur. lav.*, 2017,837; MONTEROSSO, *Il lavoro agile: finalità, politiche di welfare e politiche retributive*, in Gruppo giovani giuslavoristi Sapienza (a cura di), *Il lavoro agile nella disciplina legale, collettiva ed individuale*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" Collective Volumes*, 6/2017,21; FALSONE, *Il lavoro c.d. agile come fattore discriminatorio vietato*, in ZILIO GRANDI-BIASI (a cura di), *Commentario breve allo Statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Padova, 2018,565.

costituzionale per disparità di trattamento col settore privato, nel quale il dipendente in analoga situazione è posto in cassa integrazione con conseguente decurtazione della retribuzione accompagnata dai ben noti ritardi nell'erogazione dell'assegno⁹. Il dipendente pubblico esentato dallo svolgimento della prestazione, invece, continua a recepire l'intera retribuzione con la sola eccezione, definita "quasi comica"¹⁰, dell'indennità sostitutiva di mensa.

La circolare ministeriale n. 2/2020 in un passaggio, per la verità piuttosto ambiguo, afferma che non sussiste un "automatico diritto al buono pasto" e che ciascuna amministrazione "assume le determinazioni di competenza in materia, previo confronto con le organizzazioni sindacali".

Il giudice del lavoro veneziano ha rigettato il ricorso, ritenendo il lavoro agile incompatibile con la fruizione dei buoni pasto sulla base delle seguenti argomentazioni:

- 1) il buono pasto non è un elemento della retribuzione, né un trattamento necessariamente conseguente alla prestazione di lavoro, ma un'agevolazione di carattere assistenziale, come ripetutamente ricordato dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione¹¹, nonché da quella del giudice amministrativo¹² e del giudice contabile¹³; ne consegue che il buono pasto non rientra nell'ambito del "trattamento economico e normativo" oggetto della tutela prevista dall'art.20, co. 1 della l. n. 81/2017;
- 2) dall'espressa esclusione dell'indennità sostitutiva di mensa ai soli lavoratori esonerati dal servizio, ad opera dell'art.87, co. 3 del d.l. n. 18/2020, non si può, *a contrario*, desumere un'indicazione generale di spettanza dei buoni pasto per ogni altro lavoratore;
- 3) la circolare ministeriale n. 2/2020 non è vincolante¹⁴ ed è priva di utilità, in quanto la non spettanza dei buoni pasto non rende necessaria alcuna forma di relazione sindacale sulla materia.

Il decreto del Tribunale di Venezia è, ad avviso di chi scrive, condivisibile, in quanto il richiamo operato dall'art.20. co. 1 della l. n. 81/2017 al "trattamento complessivamente applicato" non comporta per il lavoratore agile il riconoscimento automatico di tutti gli istituti retributivi applicati, ma solo di quelli che presentano un'obiettiva compatibilità con le modalità di svolgimento della prestazione¹⁵. Il

⁹ Cfr.: GLINIANSKI-RAZZOLINI, *L'esenzione dal servizio del pubblico dipendente nel decreto cura Italia e nel decreto rilancio*, in *Lexitalia*, n. 6/2020; PISANI, *Il lavoro agile nella P.A.: possibili profili di illegittimità costituzionale*, in *Guida lav.*, n. 33-34/2020,19.

¹⁰ Cfr. PISANI, *cit.*, 21.

¹¹ Cfr.: Cass., sez. lav., 21 luglio 2008 n. 20087, 6 luglio 2015 n. 13841, 14 luglio 2016 n. 14388, 29 novembre 2019 n. 31137, 21 ottobre 2020 n. 22985, tutte in *www.italgiure.giustizia.it*.

¹² Cfr.: Cons. St., sez. IV, 6 giugno 2011 n. 3386, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. St., sez. IV, 5 aprile 2018 n. 2113, *ivi*.

¹³ Cfr.: C. Conti, sez. contr. Piemonte, 8 gennaio 2012 n. 14, in *www.corteconti.it*; C. Conti, sez. contr. Friuli, 8 gennaio 2013 n. 1, *ivi*.

¹⁴ Secondo la consolidata giurisprudenza della Corte di Cassazione (tra le più recenti Cass., sez. lav., 16 gennaio 2019 n. 984 e 21 ottobre 2020 n. 22985, entrambe in *www.italgiure.giustizia.it*) le circolari non sono fonte del diritto, ma semplici presupposti chiarificatori della posizione espressa dalla P.A. su un dato oggetto.

¹⁵ Cfr. RICCI, *Il lavoro a distanza di terza generazione: la nuova disciplina del "lavoro agile"*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018,632.

beneficio assistenziale del buono pasto è evidentemente connesso al disagio che affronta il dipendente obbligato a rendere la propria prestazione in un orario comprensivo della fisiologica pausa pranzo in un luogo, la sede di lavoro, diverso da quello della propria abitazione: in situazione di lavoro agile viene a mancare il presupposto stesso del sinallagma alla base della fruizione del buono pasto, vale a dire l'obbligo di prestare l'attività lavorativa nella sede di lavoro per un orario comprendente anche la pausa pranzo.

Essendo al momento, a quanto consta, l'unica pronuncia sul tema, sarà interessante verificare se l'orientamento in essa espresso sarà confermato o smentito da altri giudici.