

RGL 1/2021  
PARTE II  
RGL GIURISPRUDENZA ONLINE  
NEWSLETTER N. 2/2021



# APPROFONDIMENTI

---

TRIBUNALE VENEZIA, 8.7.2020, [decr.](#) – Est. Bortot – Federazione Metropolitana della funzione pubblica – Cgil (Avv. Mason) c. Comune di Venezia (Avv. Ongaro).

## **Lavoro a distanza – Lavoro agile – Lavoro pubblico – Emergenza sanitaria – Buoni pasto – Orario di lavoro – Contrattazione collettiva.**

*La corresponsione dei buoni pasto presuppone che l'orario di lavoro sia organizzato con specifiche scadenze orarie e che il lavoratore, in assenza di un servizio mensa, li utilizzi per acquistare un pasto da consumare al di fuori dell'orario di servizio. In ragione di ciò, questi non sono dovuti al lavoratore che, collocato in smart working, sia libero di organizzare come meglio ritiene la prestazione sotto il profilo della collocazione temporale della prestazione, attesa la loro natura di «agevolazione di carattere assistenziale collegata al rapporto di lavoro da un nesso meramente occasionale». Di conseguenza, la relativa fruizione non può formare oggetto di contrattazione e confronto con le sigle sindacali. (1)*

### (1) LAVORO AGILE EMERGENZIALE E DIRITTO AL BUONO PASTO

Il lavoro agile, al quale si è fatto e si sta facendo ancora ricorso quale strumento di contenimento della pandemia (Albi 2020; Alessi, Vallauri 2020; Brollo 2020; Caruso 2020; Zoppoli 2020), si caratterizza per la funzione che ha assunto, quale misura a tutela della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro, e per la disciplina semplificata che ne è stata dettata, rispetto alle prescrizioni normative della l. n. 81/2017 che lo regola (artt. 18-23), al fine di favorire la più ampia adozione di questa modalità flessibile di svolgimento della prestazione di lavoro (artt. 90 e 263, d.l. 19.5.2020, n. 34, conv. dalla l. 17.7.2020, n. 77, la cui vigenza è stata prorogata al 31.3.2021 dall'art. 19, c. 1, l. 31.12.2020, n. 183).

La disciplina emergenziale del lavoro agile è stata sottoposta ad esame nelle aule giudiziarie con riferimento a due principali questioni controverse, da un lato, la sussistenza o meno di un diritto al lavoro agile in capo al dipendente che ne faccia richiesta (sia consentito il rinvio a Spinelli 2021) e, dall'altra, l'attribuzione del buono pasto ai lavoratori che svolgono la propria prestazione con tale modalità.

L'unica pronuncia in materia, per quanto consta, resa in data 8 luglio 2020, si deve al Tribunale di Venezia, a seguito di ricorso *ex art. 28 St. lav.* presentato dalla Federazione Metropolitana della Funzione Pubblica Cgil, che lamentava l'antisindacalità della condotta del Comune di Venezia per l'esclusione dal godimento dei buoni pasto dei lavoratori agili, senza previa contrattazione con le organizzazioni sindacali.

Il giudice ha respinto il ricorso, affermando la correttezza della condotta datoriale, sulla scorta dell'opzione ermeneutica adottata, in primo luogo, con riferimento alla qualificazione giuridica dei buoni pasto, dei quali ha escluso qualsivoglia natura retributiva, e, quindi, alla previsione di vincoli di orario per la prestazione di lavoro agile, che ha assunto essere del tutto inapplicabili, giungendo così a decretare l'incompatibilità tra fruizione del buono pasto e lavoro agile. Se i buoni pasto non sono dovuti, ha concluso il Tribunale, la mancata corresponsione degli stessi non deve essere oggetto di contrattazione e confronto con le Oo.Ss.

Il Tribunale di Venezia ha rilevato, infatti, preliminarmente, richiamando una pronuncia della Cassazione (28.11.2019, n. 31137 in *CED Cassazione* 2019), che il buono pasto non è un elemento della retribuzione e neppure un trattamento necessariamente conseguente alla prestazione di lavoro in quanto tale, trattandosi piuttosto di un beneficio conseguente alle modalità concrete di organizzazione del lavoro. Ne consegue, pertanto, a detta del giudice, l'inapplicabilità dell'art. 20, l. n. 81/2017, che sancisce il diritto del lavoratore agile ad un trattamento economico e normativo non inferiore a quello applicato nei confronti dei lavoratori che svolgono le proprie mansioni esclusivamente all'interno della sede del datore di lavoro. Il Tribunale ha proceduto, poi, all'analisi delle norme del contratto collettivo di comparto (art. 26, Ccnl Funzioni Locali 2016-18, che rinvia agli artt. 45 e 46 del Ccnl 14.9.2000), osservando che le stesse subordinano la fruizione dei buoni pasto a determinati requisiti di durata giornaliera della prestazione, per dedurne, quindi, che, ai fini della maturazione del relativo diritto, è necessario che «l'orario sia organizzato con specifiche scadenze e che il dipendente consumi il pasto al di fuori dell'orario di servizio». Tali presupposti non sussistono, a detta del giudice, quando la prestazione è resa in regime di lavoro agile, in quanto, sostiene, «il lavoratore è libero di organizzare la propria attività come meglio ritiene sotto il profilo della collocazione temporale». A tal riguardo, il giudice si mostra consapevole dell'indicazione fornita dal Ministero per la pubblica amministrazione (Circ. n. 2/2020), che rinviava ad un confronto tra le singole amministrazioni e le organizzazioni sindacali «gli eventuali riflessi sul buono pasto» del lavoro agile emergenziale, dopo aver escluso il riconoscimento automatico del diritto, ma la richiama solo per negarne l'efficacia vincolante nella valutazione dell'operato del Comune, assumendone anzi l'inutilità, in quanto «non si potrebbe neppure ipotizzare di giungere a soluzioni differenti a seconda dell'esito del confronto sindacale».

In realtà, in assenza di una norma che espressamente vieti l'erogazione del buono pasto al lavoratore agile, le amministrazioni hanno operato al riguardo scelte diversificate, soprattutto durante la prima fase emergenziale. In più di un caso, infatti, nei diversi comparti, anche all'esito di un confronto sindacale, le amministrazioni pubbliche si sono determinate a riconoscere il buono pasto, in considerazione, tra l'altro, del fatto di aver richiesto ai dipendenti in lavoro agile di rispettare rigidità orarie ed organizzative tali da rendere la prestazione svolta da casa perfettamente parificabile a quella che aveva luogo in sede (per un focus sulle Università, v. Nicosia 2020).

Anche a prescindere da simili ipotesi limite, la decisione del giudice veneziano non convince quanto all'affermazione dell'aprioristica incompatibilità tra fruizione del buono pasto e lavoro agile, che deduce dalla flessibilità temporale della prestazione resa con tale modalità (*contra*, Greco 2020, spec. 1537).

Intanto, come è noto, nel lavoro agile la destrutturazione del tempo di lavoro atiene alla sola collocazione oraria della prestazione, e non anche alla sua durata, che, ai sensi dell'art. 18, c. 1, l. 81/2017, deve comunque rispettare i limiti massimi, giornaliero e settimanale, previsti dalle fonti legali e negoziali. Inoltre, nel bilanciamento tra esigenze organizzative e istanze di conciliazione vita-lavoro, il dettato normativo consente una pluralità di forme di lavoro agile e si presta, con riferimento alla dimensione temporale, a diverse soluzioni applicative, a seconda delle variabili organizzative e delle scelte delle parti. Si pensi, soltanto, alla previsione di fasce di contattabilità, ricorrente nella regolazione patiziale, individuale e collettiva, del lavoro agile, al fine di raccordare l'attività del prestatore con quella della struttura operativa alla quale egli appartiene. La prestazione di lavoro agile, quindi, ben potrebbe essere organizzata – in regime emergenziale, per volontà dell'amministrazione; secondo la disciplina ordinaria, con l'accordo individuale (art. 19, l. 81/2017) – così da soddisfare i presupposti che, ai sensi della normativa contrattuale, danno titolo al buono pasto ai dipendenti degli enti locali – per restare nei confini della fattispecie esaminata dal giudice, ma il ragionamento si può estendere – e cioè in modo che, per ogni giornata effettivamente lavorata (art. 46), essi prestino attività lavorativa al mattino con prosecuzione nelle ore pomeridiane, con una pausa non superiore a due ore e non inferiore a trenta minuti (art. 45).

Né può essere d'ostacolo a tale ricostruzione la presunta inconciliabilità tra il lavoro agile e la misurazione del tempo di lavoro, che, in ossequio all'orientamento interpretativo della Corte di giustizia dell'Unione Europea, risulta essere una misura indispensabile al fine di garantire il perseguimento delle finalità della Direttiva n. 2003/88 sull'organizzazione dell'orario di lavoro e, quindi, una migliore tutela della salute e sicurezza dei lavoratori (C. Giust., 14.5.2019, C-55/18). Affinché possa essere sottratto a tale tutela occorre, infatti, che il lavoratore agile sia effettivamente in grado di determinare autonomamente non solo la collocazione temporale della sua prestazione, ma anche la relativa durata, come è possibile che avvenga, ad esempio, quando essa sia resa in relazione a «forme di organizzazione per fasi, cicli e obiettivi» (per una disamina approfondita di tale questione interpretativa, si rinvia a Leccese 2020).

Se, in ragione di quanto esposto, viene meno la premessa dell'incompatibilità tra lavoro agile e buono pasto, la valenza antisindacale della condotta datoriale deve essere riconsiderata, alla luce della disciplina delle relazioni sindacali nel sistema delle fonti del lavoro pubblico. Anche volendo accedere alla tesi della natura non retributiva del buono pasto, secondo l'orientamento consolidato della Suprema Corte (si v. ancora, di recente, Cass. 28.7.2020, n. 16135, in *Mass.*, 2020), come fa il Tribunale di Venezia, non può trascurarsi, tuttavia, che, nel caso di specie, l'istituto trova la sua fonte regolativa nella contrattazione collettiva. Esso viene, infatti, ricondotto, in ragione del suo indiscutibile valore economico, nell'ambito del relativo trattamento, che è materia di competenza esclusiva della negoziazione collettiva, ai sensi dell'art. 2, c. 3, d.lgs. 165/01.

Dello stesso avviso si è mostrata la Corte dei conti – Sezione regionale Lombardia, che, con delibera 115/2020, ha dichiarato inammissibile sotto il profilo oggettivo la richiesta di parere sottoposte dalla Regione Lombardia circa la legittimità dell'erogazione

del buono pasto ai lavoratori pubblici in modalità agile emergenziale. In particolare, la Corte ha affermato che il buono pasto è materia che trova regolamentazione nelle norme del contratto collettivo di comparto, escluse, per giurisprudenza costante, dal perimetro della sua funzione consultiva e rimesse, invece, alla funzione interpretativa dell'Aran. Quest'ultima, adita in precedenza da un'amministrazione universitaria, con nota Prot. Em.0002689/2020, aveva pilatescamente concluso «di rivolgere il quesito al Dipartimento Funzione Pubblica, quale organo istituzionalmente competente», il quale aveva quindi adottato la richiamata circolare n. 2/2020, indicando la via del confronto con le organizzazioni sindacali. Lo stesso Dipartimento è ritornato sulla questione successivamente alla pronuncia in esame e, con parere del 28.8.2020, n. 55945, ha sostenuto che «in mancanza di un consolidato indirizzo giurisprudenziale sul punto, si ritiene di confermare l'orientamento già espresso in precedenza, considerando coerente all'attuale dettato normativo che ciascuna amministrazione, nell'ambito della propria autonomia organizzativa e gestionale del lavoro, assuma le decisioni più opportune in relazione all'attivazione o meno dei buoni pasti sostitutivi, alle modalità di erogazione degli stessi, nonché all'attivazione di adeguate misure volte a garantire la verifica di tutte le condizioni e dei presupposti che ne legittimano l'attribuzione ai lavoratori».

Secondo tale ricostruzione, quindi, l'attribuzione del buono pasto sarebbe da ricondursi all'esercizio delle prerogative organizzative unilaterali dell'amministrazione (Lamberti 2020, 633, nt. 32), in quanto datore di lavoro pubblico, le quali, tuttavia, per quanto sottratte alla contrattazione collettiva (art. 40, c. 1, d.lgs. 165/2001), sono pur sempre riconducibili nell'alveo della partecipazione sindacale, di cui il confronto costituisce una modalità relazionale tipizzata in sede negoziale, ai sensi dell'art. 9, d.lgs. 165/2001. Pertanto, anche volendo accedere a tale ipotesi interpretativa, l'amministrazione non potrebbe sottrarsi almeno alle forme di interlocuzione sindacale dirette a garantire la rappresentanza degli interessi dei lavoratori nei processi decisionali datoriali.

Del resto, il Decreto del Ministro per la p.a. del 19 ottobre 2020, che ha dettato una sorta di compendio del lavoro agile emergenziale (La vigenza del provvedimento è stata prorogata al 31 gennaio 2021 dal D.M. 23 dicembre 2020), a proposito delle relazioni sindacali, fa rinvio al Protocollo sulla sicurezza del 24.7.2020, ove, al punto 8, si dispone che «nelle more di una definizione contrattuale specifica del rapporto di lavoro agile, le amministrazioni attivino *il confronto* con i soggetti sindacali ai sensi della disciplina contrattuale vigente».

#### *Riferimenti bibliografici*

- Albi P. (2020), *Il lavoro agile fra emergenza e transizione*, in WP C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona», n. 430, 1 ss.
- Alessi C., Vallauri M.L. (2020), *Il lavoro agile alla prova del Covid-19*, in Bonardi O. et al. (a cura di), *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, Ediesse, Roma, 131 ss.
- Brollo M. (2020), *Il lavoro agile alla prova dell'emergenza epidemiologica*, in Garofalo D. et al. (a cura di), *Welfare e lavoro nella emergenza epidemiologica*, vol. I *Covid-19 e rapporto di lavoro*, a cura di V. Filì, 167 ss.
- Caruso B. (2020), *Tra lasciti e rovine della pandemia: più o meno smart working?*, in RIDL, I, n. 2, 215 ss.

- Greco M.G. (2020), *L'esclusione del diritto ai buoni pasto per i lavoratori in modalità agile nelle pubbliche amministrazioni*, in *ADL*, n. 6, 1533 ss.
- Lamberti M. (2020), *Il lavoro a distanza nell'emergenza sanitaria e le prospettive dello smart working*, in *MGL*, n. 3, 615 ss.
- Leccese V. (2020), *Lavoro agile e misurazione della durata dell'orario per finalità di tutela della salute*, in *RGL*, II, 428 ss.
- Nicosia G. (2020), *La querelle sui buoni pasto emergenziali: il punto sulle Università*, in Nicosia, Saracini, Spinelli, *Osservatorio lavoro pubblico*, in *RGL*, n. 4, 118 ss.
- Spinelli C. (2021), *Il lavoro agile al vaglio della giurisprudenza cautelare: potenzialità e limiti del diritto emergenziale*, in corso di pubblicazione su *RGL*, n. 1.
- Zoppoli L. (2020), *Dopo la digi-demia: quale smart working per le pubbliche amministrazioni italiane?*, in WP C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona», n. 421 ss.

Carla Spinelli  
*Professoressa associata di Diritto del lavoro  
presso l'Università di Bari Aldo Moro*