

I DIRIGENTI MEDICI E L'ORARIO DI LAVORO

**Tutela normativa
e giurisprudenza
alla luce delle
Direttive Europee**



DIRETTORE

Carlo Lusenti

DIRETTORE RESPONSABILE

Silvia Procaccini

REFERENTI

Massimo Alegiani, Marcello Angius, Donato Antonellis, Claudio Aurigemma, Leonardo Bartolucci, Giampiero Benetti, Massimo Bocca, Salvatore Calabrese, Giorgio Cavallero, Errico Cesareo, Rosario Cutri, Giuseppe D'auria, Salvatore Della Tommasa, Egidio Di Pede, Alessandro Falzone, Gabriele Gallone, Filippo Antonio Gianfelice, Bruno Innocenti, Domenico Iscaro, Mario Lavecchia, Giulio Liberatore, Carlo Melchionna, Leo Mencarelli, Giuseppe Montante, Cosimo Napoletano, Romano Nardelli, Carlo Palermo, Giovanni Pulella, Paolo Quondam, Giuseppe Ricucci, Mario Russo, Domenico Saraceno, Gianluigi Scaffidi, Osvaldo Scarpino, Piero Sirianni, Laura Stabile, Costantino Troise, Bruno Zuccarelli

00187 Roma, Via Barberini 3
Telefono 064245741 Fax 0648903523
E-mail iniziativa.ospedaliera@anaao.it
Sito www.anaao.it

EDITORE

ANAAO ASSOMED
20124 Milano, Via Napo Torriani 30

CONSULENZA EDITORIALE

HEALTH COMMUNICATION SRL

REGISTRAZIONE TRIBUNALE DIVICENZA
N. 121 DEL 22/7/59

PROGETTO GRAFICO

AReA Antonio Romano e Associati

IMPAGINAZIONE

HEALTH COMMUNICATION SRL

STAMPA

TECNOSTAMPA SRL,
VIA LE BRECCIE 60025 LORETO (AN)

Finito di stampare nel mese di novembre 2007

Tiratura 20.000 copie

Presentazione di *Carlo Lusenti* 3

Diritto comunitario e diritto interno

di *Maria Rosaria Ambrosini*

1. Premessa 4
2. Le fonti del diritto comunitario 5
3. Effetto diretto delle norme comunitarie nell'ordinamento interno 5
4. Conclusioni 7

Una sentenza Bosman anche per i medici?

Orario di lavoro: normativa e giurisprudenza

di *Sergio Costantino - Segretario Aziendale Anaa Assomed Irccs Policlinico Milano*

- 1) Introduzione 8
- 2) Definizioni (D.Lgs 66/2003) 10
- 3) Sanzioni (D.Lgs 213/2004) 13
- 4) Campo di applicazione e deroghe (articolo 2 e 17) 14
- 5) Evoluzione in Europa 15
- 6) Giurisprudenza 16
- 7) Conclusioni in sintesi 18
- 8) Una nuova sfida 19
- 9) Riferimenti normativi 20

Il mancato rispetto delle norme in tema di orario di lavoro e l'aggravamento della responsabilità professionale del medico per reato colposo

di *Rosa Cervellione Augello - Avvocato*

- Solo il medico è imputabile 21
- La prevedibilità dell'evento dannoso e l'accettazione del rischio 21
- Il mancato rispetto delle norme in tema di orario di lavoro 22
- L'orientamento della giurisprudenza 22

Rassegna normativa:

L'irrinunciabile diritto alle ferie ovvero, tutto quello che avreste voluto sapere sulle ferie e non avete mai osato chiedere

di *Rosa Cervellione Augello - Avvocato*

- Sintesi delle normative sui periodi di ferie 26
- Ccnl 1996 articolo 21 ferie e festività 27
- Articolo 10 D.Lgs 66/2003 27
- Articolo 1 comma d D.Lgs 213/2004 27

La data dell'8 febbraio 2007 è importante per il nostro mondo professionale e rischia di diventare una di quelle che cambiano lo stato delle cose. In quel giorno il ministero del Lavoro, in risposta ad un interpellato proposto dall'Asl di Imola, ha riconosciuto l'applicabilità del D.Lgs 66/2003 ai Dirigenti medici e sanitari appartenenti al Ssn.

La nostra Associazione si è sempre battuta per tale lettura giuridica, ma non si può negare che il confronto su questo argomento (ma anche la diffusione della specifica cultura) è stato in qualche modo ostacolato dalle posizioni espresse da altri attori istituzionali che negavano l'interpretazione recentemente fornita dal Ministero del Lavoro.

Ma in sintesi di cosa tratta il D.Lgs 66/2003?

È un decreto legislativo che "recepisce" nel contesto italiano le direttive europee 93/104 Ce e 2000/34/Ce in materia di organizzazione del lavoro.

La direttiva originaria nasceva nel 1993, dopo lungo travaglio, per stabilire dei criteri "minimi" a tutela della salute del lavoratore, intendendo la salute nel senso più ampio del termine, comprendente ad esempio il rispetto della vita familiare o il suo benessere psicologico. Sono quindi stati fissati dei criteri "minimi" relativi a pause, riposi, ferie, orario massimo di lavoro, lavoro notturno ecc. che valessero e fossero rispettati in tutti i paesi aderenti alla Comunità Europea. Ma oltre ogni considerazione, emerge il tentativo da parte degli Stati membri di delineare una figura professionale comunitaria con un livello di garanzie minime, rivolte in particolare alla tutela dell'integrità psicofisica, valide per tutti i lavoratori solo per diritto di cittadinanza, ovvero avere il diritto al rispetto di tali norme, in ognuno dei paesi dell'Unione, a fronte del solo requisito di essere cittadino di uno di questi.

Il lavoro competente ed appassionato svolto dal Dottor Sergio Costantino, segretario Anaa Assomed dell'Irccs Policlinico di Milano, e dagli Avvocati Rosa Cervellione Augello e Maria Rosaria Ambrosini, pubblicato nel presente numero di "Iniziativa Ospedaliera", ha indubbiamente il merito di contribuire a colmare il gap culturale sopra richiamato.

Lo scopo non è certo quello di voler esprimere giudizi tranchant o dare interpretazioni assolute, ma di aprire un dibattito nel mondo della Dirigenza medica e sanitaria, e non solo, al fine di comprendere ed ottimizzare le possibili tutele.

Il confronto è ancor più necessario, a mio parere, se si considera la nuova prospettiva "dimensionale" che l'argomento introduce: oltre alle leggi nazionali ed al Ccnl irrompe questa nuova variabile data da una direttiva della Comunità Europea. Si tratta quindi di un campo tridimensionale con regole di fondo e tutele simili, sia che si eserciti in Spagna piuttosto che in Olanda, anche al di sopra delle norme locali. Questo rappresenta un salto culturale epocale nel nostro "pianeta" professionale, un salto importantissimo e tuttora da comprendere appieno in tutti i risvolti sia positivi che, qualora ve ne fossero, negativi.

Il dibattito, infine, dovrebbe fare emergere anche un'altra problematica. Mentre in ambienti lavorativi diversi dal nostro, come in particolare quello dei trasporti, del volo e dell'industria nucleare il problema del rischio legato alla fatica dei soggetti è stato affrontato molti anni fa, nel campo della Medicina il calo della performance o l'errore in campo clinico sono stati considerati come episodi sporadici anche quando vere e proprie catastrofi sono state attribuite a stanchezza. Anche se è difficile misurarlo scientificamente, esiste oramai in materia ampia letteratura sugli effetti della mancanza di sonno e della fatica sulla capacità clinica. L'importanza della direttiva europea è notevole perché dà fondamenta giuridiche alla nozione che periodi lavorativi prolungati producono effetti significativi sulla salute degli interessati ed aumentano il rischio d'errore.

Carlo Lusenti

Diritto comunitario e diritto interno

di Maria Rosaria Ambrosini

1. Premessa

Le questioni inerenti ai rapporti del diritto comunitario con il diritto interno suscitano vivo interesse tra gli “addetti ai lavori” e i cittadini. Il fenomeno, infatti, riguarda tutti: i cittadini, che vedono la propria vita sempre più condizionata dall’applicazione (o dalla mancata applicazione) di norme europee; e i giuristi, che si trovano di fronte a uno dei processi giuridici più significativi in atto nella nostra epoca: quello di relativizzazione della legge all’interno di un ordine che non è “Stato”, e che, non di meno, esprime comandi aventi forza di legge per gli Stati membri.

L’Italia ha acconsentito all’ingresso del diritto comunitario nel proprio ordinamento in virtù dell’art. 11 della Costituzione, che ammette, “*in condizioni di parità con gli altri Stati*”, le “*limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni*”. Nel tempo, questo ingresso di norme “aliene” tra le nostre leggi, in ragione di una sempre maggiore espansione delle competenze comunitarie, ha assunto il carattere di una vera e propria invasione. Di pari passo con la crescente presenza di norme comunitarie nell’ordinamento italiano, la formulazione dell’art. 11 citato ha posto delicati problemi alla nostra Corte Costituzionale, sostanzialmente incentrati sulla necessità di stabilire in che cosa consistano le “limitazioni di sovranità” alle quali la Repubblica può consentire e fino a dove queste si possano spingere senza svuotare l’essenza dello Stato.

Vero è, infatti, che, se la Corte di Giustizia europea, con la sentenza Costa/Enel del 1964, ha affermato il principio della supremazia del diritto europeo su quelli nazionali, la nostra Corte Costituzionale, pur accettando (come vedremo) il principio di effetto diretto delle normative comunitarie nell’ordinamento, non ha mai riconosciuto, invece, una superiorità gerarchica di tali normative. Ad avviso della Consulta, “*vi è un punto fermo nella costruzione giurisprudenziale dei rapporti fra diritto comunitario e diritto interno: i due sistemi sono configurati come autonomi e distinti, ancorché coordinati (...); in ragione della distinzione fra i due ordinamenti, la prevalenza del regolamento adottato dalla Cee va intesa (...) nel senso che la legge interna non interferisce nella sfera occupata da tale atto, la quale è interamente attratta sotto il diritto comunitario*” (sentenza n. 170/1984). In sostanza, la Corte Costituzionale, per salvare il concetto di “sovranità” che caratterizza quello di “Stato”, preferisce ritenere, contrariamente alla Corte di Giustizia europea, che tra Comunità europea e Stato italiano vi sia

un riparto di competenze piuttosto che una subordinazione del secondo alla prima.

La teoria “dualistica” della Corte Costituzionale (ordinamento comunitario e ordinamento italiano sono autonomi e separati), insieme a un’altra di cui faremo cenno fra poco, esprime indubbiamente una sorta di “resistenza”, in difesa del concetto di “Stato”, alle sempre più categoriche prese di posizione della Corte di Giustizia europea circa il primato del diritto comunitario. Va detto che il Trattato di Maastricht del 1992 sembra dar ragione alla nostra Corte, là dove afferma che la Comunità disciplina solo le materie che le sono assegnate dai Trattati (*principio di attribuzione*). Circa le competenze affidate alla Comunità Europea, tuttavia, occorre tenere conto che essa dispone anche di una serie di poteri cosiddetti “impliciti”, che le estendono. Vi sono poi le competenze che può esercitare in virtù del *principio di sussidiarietà*, pure introdotto dal Trattato di Maastricht, principio che – come è stato osservato – rende mobile la linea di demarcazione tra le competenze attribuite alla Comunità Europea e quelle che residuano agli Stati membri. In base all’art. 5 del testo coordinato del trattato di Maastricht e del Trattato CE, infatti, la Comunità Europea è legittimata ad agire nei settori che non sono di sua esclusiva competenza nella misura in cui gli obiettivi dell’azione prevista non possono essere sufficientemente realizzati dagli Stati membri e possono dunque, a motivo delle dimensioni e degli effetti dell’azione in questione, essere realizzati meglio a livello comunitario.

Tornando alla nostra Corte Costituzionale, se essa – come dicevamo – ha cercato di preservare, con la teoria dei due sistemi “autonomi e distinti”, il principio di sovranità dello Stato italiano, per altro verso ha sviluppato, di fronte alla sempre più vistosa espansione delle competenze comunitarie nell’ordinamento interno, quella che viene chiamata la “teoria dei controlimiti alle limitazioni della sovranità nazionale”. Per il Giudice costituzionale questi “controlimiti” sono da individuare nei principi fondamentali e nei diritti inviolabili che devono essere preservati sempre, anche nell’impatto con le normative sovranazionali: per esempio, il diritto del singolo alla tutela giurisdizionale (sentenza n. 98/1965) e la finalizzazione delle organizzazioni internazionali a scopi di pace e di giustizia (sentenza n. 183/1974). È stato detto, a questo proposito, che, secondo la Corte Costituzionale, nel sistema italiano le norme comunitarie godono sì di una sorta di primato (come sostiene da decenni la Corte di

Giustizia europea), ma “con riserva”, dato che prevalgono sulle norme interne, comprese quelle di rango costituzionale, eccezion fatta, però, per i diritti inviolabili e i principi inderogabili contenuti nella Costituzione.

2. Le fonti del diritto comunitario

La distinzione fondamentale, nel sistema delle fonti comunitarie, è tra diritto convenzionale e diritto derivato. Il diritto convenzionale è costituito dai trattati con cui la Comunità Europea è stata istituita e successivamente revisionata e sviluppata. Il diritto derivato, subordinato al diritto convenzionale, è costituito dagli atti normativi che disciplinano, nel Trattato CE, gli organi della Comunità. Le fonti del diritto derivato si dividono in atti vincolanti (regolamenti, direttive, decisioni) ed atti non vincolanti (raccomandazioni e pareri).

Possiamo trascurare gli atti non vincolanti per la loro scarsa importanza ai nostri fini; un più attento esame, sia pure con i limiti imposti dalla necessaria brevità della nostra trattazione, va riservato, invece, agli atti comunitari vincolanti.

Tra questi, come accennato, vi sono le decisioni, vincolanti in tutti i loro elementi per coloro ai quali sono destinate; non richiedono una normativa di applicazione nazionale e possono essere indirizzate a ciascuno o a tutti gli Stati membri, a imprese o a singoli individui.

I regolamenti hanno portata generale, essendo indirizzati a tutti i membri della Comunità, e sono obbligatori. Sono inoltre caratterizzati dalla loro immediata e diretta applicabilità nell'ordinamento interno. Per vero, in Italia, nel primo periodo di partecipazione al sistema comunitario, era invalsa una prassi, in base alla quale il legislatore riproduceva in atti normativi anche le norme dei regolamenti europei. Capitava così – come per le direttive, di cui parleremo più avanti – che i regolamenti comunitari entrassero in vigore con molto ritardo. Questa prassi, ovviamente, incontrava l'aperta ostilità della Corte di Giustizia europea, sia perché costituiva una negazione della diretta applicabilità dei regolamenti, stabilita dal trattato istitutivo, sia perché differiva l'entrata in vigore della norma comunitaria. La situazione era a tal punto insostenibile sotto il profilo giuridico, da provocare l'intervento della Corte Costituzionale, la quale, in due sentenze del 1973 e del 1975, ha sollecitato il Parlamento e il Governo affinché eliminassero i provvedimenti interni che riproducevano norme dei regolamenti comunitari direttamente applicabili.

2.1 Le direttive

Un apposito paragrafo meritano le direttive, perché costituiscono lo strumento più interessante tra quelli di cui si serve l'ordinamento europeo per conseguire i suoi scopi. Le direttive, al contrario dei regolamenti, mirano non ad unificare il diritto, ma a ravvicinare le diverse legislazioni

nazionali, con l'obiettivo di un'eliminazione graduale delle differenze. Sono, infatti, finalizzate al conseguimento di un determinato “risultato” da parte degli Stati membri, che sono, quindi, vincolati a tale obiettivo, mentre invece sono liberi nella scelta della forma e dei mezzi per la realizzazione del risultato, in modo da poter tenere conto delle loro peculiarità nazionali. La direttiva può essere rivolta ad un solo Stato membro o a tutti, e contiene il termine entro il quale i destinatari sono obbligati ad adottare gli atti di recepimento delle sue disposizioni. Lo Stato membro, come si diceva, potrà scegliere forme e mezzi per attuare tali disposizioni, avvalendosi di atti che creino nuove norme giuridiche (leggi o regolamenti), oppure, a tal fine, farà ricorso alla modifica o all'abrogazione di norme giuridiche già esistenti.

Queste caratteristiche delle direttive (vincolatività quanto ai risultati, libertà quanto a forme e mezzi) si esplicano dunque nel fatto che esse, a differenza dei regolamenti, non sostituiscono automaticamente le norme nazionali, anche se gli Stati hanno l'obbligo di adeguare la propria legislazione a quella comunitaria. In un suo libro il giurista francese Alain Supiot, per rappresentare la particolarità delle direttive europee, ha fatto un efficace ricorso alla metafora dell'ipertesto: *“Poiché anche il diritto pertiene alla sfera dei testi, la logica dell'ipertesto non ha tardato a esercitare i propri effetti su questo ambito, e ciò ancora prima del suo sviluppo attraverso l'informatica, alla fine degli anni settanta. La distinzione e la gerarchizzazione dei testi sono state irrimediabilmente compromesse da quell'ipertesto che è la direttiva europea. Formato comune a tutti i paesi membri, potenzialmente adottabile da un numero illimitato di legislazioni (...), la direttiva non possiede le caratteristiche necessarie per essere applicata, bensì solo per essere trasposta all'interno di testi (leggi o convenzioni) che traggono il proprio significato dalla Comunità europea ma la propria forza giuridica da un singolo Stato o dalle parti sociali. (...) Così, la classificazione dei testi che nel Diritto interno permetteva di identificare la forza di un testo (la legge, il regolamento, la convenzione collettiva) con l'Autorità da cui deriva (il Parlamento, il governo, le parti sociali) e con il posto che essa occupa nelle gerarchie delle fonti del Diritto risulta completamente messa a soqquadro. Nell'ordine giuridico comunitario, la legge ha cessato di essere l'atto giuridico sovrano e incontestabile che è nell'ordine giuridico interno: è dunque possibile ottenere che il giudice nazionale faccia prevalere le disposizioni della direttiva su quelle della legislazione nazionale, qualora quest'ultima non l'abbia trasposta o l'abbia trasposta male”* (Homo juridicus. Saggio sulla funzione antropologica del Diritto, Milano, 2005).

3. Effetto diretto delle norme comunitarie nell'ordinamento interno

Bisogna dire, peraltro, che la distinzione tra regolamenti e direttive si è attenuata da quando la giurisprudenza della

Corte di giustizia europea ha individuato alcune categorie di direttive direttamente applicabili, riconnettendo a queste le stesse conseguenze che si riconnettono ai regolamenti (direttive autoapplicative). Qualcuno si è divertito a definire queste direttive come dei “regolamenti travestiti”.

In Italia si è registrato un certo ritardo nel prendere atto dell'esistenza di direttive, e cioè di “non leggi”, alle quali, tuttavia, va riconosciuto un effetto diretto nell'ordinamento interno.

È intervenuta comunque la nostra Corte Costituzionale, la quale, nel 1976 e poi nella sentenza n. 168/91, ha precisato: “*per le direttive (...) occorre far riferimento alla giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità europee, che - interpretando l'art. 189 del Trattato di Roma sul carattere vincolante delle direttive per gli Stati membri - ha da tempo elaborato principi molto puntuali (...). Pertanto la diretta applicabilità, in tutto o in parte, delle prescrizioni delle direttive comunitarie non discende unicamente dalla qualificazione formale dell'atto fonte, ma richiede ulteriormente il riscontro di alcuni presupposti sostanziali*”.

I presupposti a cui fa riferimento la Corte sono i seguenti:

- la prescrizione deve essere incondizionata (sì da non lasciare margine di discrezionalità agli Stati membri nella loro attuazione);
- la stessa prescrizione deve essere sufficientemente precisa (nel senso che la fattispecie astratta ivi prevista ed il contenuto del precetto ad essa applicabile devono essere determinati con compiutezza, in tutti i loro elementi);
- lo Stato destinatario deve risultare inadempiente per essere inutilmente decorso il termine previsto per dare attuazione alla direttiva.

I giudici italiani, dunque, sulla scorta del citato orientamento della Corte Costituzionale, in alcuni casi hanno riconosciuto, e riconoscono, l'immediata efficacia di direttive non ratificate, ma fornite delle caratteristiche di precettività e autoapplicatività indicate.

Occorre però puntualizzare che, secondo la costante giurisprudenza sia europea che italiana, le disposizioni di una direttiva comunitaria sono prive di efficacia normativa nei rapporti tra privati (cioè di effetti c.d. orizzontali), qualora manchi lo strumento di attuazione dello Stato, potendo in tal caso essere invocate solo nei confronti dello Stato stesso (efficacia c.d. verticale) (Cass. Civ., Sez. II, sentenza n. 2275 del 27.2.95). La direttiva, infatti, per sua natura, vincola gli Stati membri cui è rivolta e non può essere fonte diretta di obblighi a carico di un singolo. Per tale motivo, l'effetto diretto della direttiva non può essere fatto valere nei confronti del singolo, ma solo nei confronti dello Stato e degli enti pubblici, mentre, relativamente ai rapporti tra i cittadini, il singolo non potrà far valere un proprio diritto derivante dalla direttiva nei confronti di altri cittadini.

Precisiamo che il principio dell'effetto diretto delle norme comunitarie (regolamenti e direttive autoapplicative) non

riguarda soltanto i giudici davanti ai quali sia stata instaurata una causa, ma anche le pubbliche amministrazioni. In Italia la Corte Costituzionale, in sintonia con la Corte di Giustizia europea, è stata, infatti, molto chiara sul punto: tutte le autorità nazionali, e perciò non solo i giudici in sede contenziosa, ma anche tutte le amministrazioni centrali, regionali e locali, sono tenute ad assicurare l'immediata applicazione delle norme comunitarie dotate di effetto diretto (sentenza n. 389/1989).

La Corte di Giustizia europea ha anche riconosciuto l'obbligo degli Stati membri di risarcire ai cittadini i danni provocati dalla mancata o dalla scorretta attuazione delle direttive. Secondo la Corte, il dovere di risarcimento, benché non espressamente previsto, costituisce parte integrante dell'ordinamento giuridico comunitario, in quanto questo vedrebbe ostacolata la sua piena efficacia se i cittadini comunitari non avessero la possibilità di ottenere un risarcimento qualora i loro diritti siano stati violati da un'azione degli Stati membri contraria al diritto comunitario.

In tema di contenzioso mirante a far valere l'effetto diretto della norma comunitaria, non possiamo non trattare la questione, che spesso si pone, di un contrasto tra la norma comunitaria invocata e una norma interna. Su questo punto la Corte Costituzionale, che, come abbiamo visto, è stata sempre recalcitrante a riconoscere il primato delle norme europee (tanto da non averlo mai riconosciuto in linea di principio), ha percorso un cammino lungo e difficile.

Nella prima tappa, segnata dalla sentenza n. 14/1964, la Corte, equiparando il diritto comunitario agli atti aventi forza di legge, utilizzava il criterio cronologico: la norma più recente, comunitaria o nazionale che fosse, doveva prevalere, producendo un effetto abrogativo sulla norma precedente che avrebbe dovuto essere rilevato dal giudice comune.

In seguito, sulla spinta della giurisprudenza della Corte di Giustizia europea (che, come sappiamo, si era pronunciata affermando la supremazia del diritto comunitario sul diritto interno), la Corte Costituzionale si vide costretta a rivedere quella prima posizione, arrivando nella sentenza n. 232/1975 a formulare due distinte ipotesi: in caso di contrasto tra norme nazionali previgenti e diritto comunitario sopravvenuto, avrebbe dovuto provvedere il giudice comune disapplicando le norme nazionali; nel caso, invece, di contrasto determinato da norme nazionali successive alle norme comunitarie, avrebbe dovuto darsi luogo a una questione di legittimità costituzionale della norma interna, di competenza della Corte Costituzionale. Questa posizione della Consulta, però, venne avversata dalla Corte di Giustizia europea, che non concepiva la

necessità del ricorso al giudizio di legittimità costituzionale della norma interna, in quanto – come si legge in una sua sentenza del 1978 – *“l'esigenza di immediata e uniforme applicazione del diritto comunitario impone a qualsiasi giudice nazionale, adito nell'ambito della sua competenza, l'obbligo di applicare integralmente il diritto comunitario e di tutelare i diritti che questo attribuisce ai singoli, disapplicando le disposizioni eventualmente contrastanti della legge interna, sia anteriore che successiva alla norma comunitaria”*. Sicché, qualche anno dopo, la Corte Costituzionale si vedeva indotta a riesaminare la questione, finendo con l'accettare (sentenza n. 170/1984) il principio della disapplicazione del diritto interno da parte dei giudici comuni.

Da quel momento in poi – da quando, cioè, la stessa Consulta ha finalmente riconosciuto che i giudici comuni hanno competenza a garantire la corretta applicazione delle norme comunitarie nell'ordinamento nazionale – il Giudice costituzionale ha avuto assai meno occasioni per occuparsi delle normative comunitarie. Sono rimasti di sua competenza alcuni casi particolari (per esempio, quelli in cui la Corte dovesse essere chiamata ad esercitare il suo sindacato di legittimità costituzionale a garanzia dei “controlimiti” alle limitazioni della sovranità nazionale, di cui abbiamo parlato sopra). In tutti questi casi, la Corte Costituzionale, a differenza di altre Corti costituzionali, non riconosce a se stessa la possibilità di rivolgere alla Corte di Giustizia europea una questione pregiudiziale sulla validità o sull'interpretazione del diritto comunitario: ad avviso della Corte, è lo stesso giudice comune che, per risolvere ogni dubbio interpretativo o problema di validità del diritto comunitario, deve direttamente rivolgersi alla Corte di Giustizia europea.

Prima di chiudere queste brevi note, riteniamo utile segnalare come avvenga l'adeguamento dell'ordinamento interno all'ordinamento comunitario.

L'adeguamento delle norme comunitarie non dotate di diretta applicabilità (e cioè delle direttive non autoapplicative e degli altri atti non direttamente applicabili) richiede un'attività complessa: è necessario, infatti, che gli Stati membri provvedano a recepirle in atti normativi e ad abrogare tutte le norme interne contrastanti con il diritto comunitario.

Per molto tempo l'Italia ha proceduto ad adeguarsi al diritto comunitario ogni volta che entrava in vigore un atto normativo europeo; tale prassi, tuttavia, ha prodotto enormi e ben noti ritardi nell'adeguamento alle normative comunitarie.

Con la legge n. 86/1989 (cd. legge La Pergola) e successivamente la legge n. 11/2005, lo Stato, per rendere più sistematiche le procedure di adeguamento, ha istituito la “legge comunitaria” annuale: ogni anno il Parlamento è

chiamato ad approvare una legge per l'adeguamento dell'ordinamento alle normative comunitarie, abrogando le norme interne incompatibili con il diritto comunitario, recependo direttive e altri atti non direttamente applicabili, ecc. L'obiettivo della legge annuale è, ovviamente, quello di garantire la puntualità nell'adeguamento dell'ordinamento italiano al diritto comunitario. Purtroppo però, nella pratica, tale periodicità non è stata rispettata, e i risultati dei ritardi sono sotto i nostri occhi: ancora oggi le direttive comunitarie vengono applicate, talvolta, solo a distanza di anni.

4. Conclusioni

Anche sulla sola scorta delle sintetiche informazioni che si è potuto dare in questo scritto, appare evidente lo straordinario sviluppo che il diritto comunitario ha avuto negli ultimi anni: espansione delle competenze comunitarie, tendenza delle direttive a comportarsi come regolamenti (e a non aver bisogno, quindi, della mediazione dello strumento normativo nazionale), elaborazione di orientamenti giurisprudenziali che, sia pure ancora con dei limiti, facilitano il ricorso dei cittadini al contenzioso e, conseguentemente, al riconoscimento dei loro diritti.

Abbiamo visto che la nostra Corte Costituzionale, quando ha cercato di contrapporre qualche baluardo all'inesorabile avanzata del diritto comunitario, ha sempre dovuto poi, non diremo soccombere, ma fare un passo indietro, dando ascolto alla voce della Corte di Giustizia europea.

Del resto è stata proprio la Corte Costituzionale a valorizzare il ruolo della Corte europea, affermando che ogni sua sentenza, che applica e/o interpreta una norma comunitaria, ha indubbiamente carattere di sentenza dichiarativa del diritto comunitario, e che, quando la decisione riguarda una norma europea avente effetti diretti (regolamento o direttiva autoapplicativa), *“non vi è dubbio che la precisazione o l'integrazione del significato normativo compiute (...) abbiano la stessa immediata efficacia delle disposizioni interpretate”* (sentenza n. 389/1989).

È dunque la Corte di Giustizia che ci appare ormai come la dominatrice di questo territorio virtuale, fatto – come direbbe Supiot – solo di testi (norme ed interpretazioni), che è la Comunità europea. Una potenza, quella della Corte di Giustizia, derivata in larga parte dalla debolezza degli Stati membri, troppo spesso inadempienti o poco capaci di valorizzare le situazioni nazionali senza per questo violare i comandi della Comunità.

Maria Rosaria Ambrosini
Avvocato in Milano, esperta in diritto amministrativo e pubblico impiego

Una sentenza Bosman anche per i medici?

Orario di lavoro: normativa e giurisprudenza nella C.E. ed in Italia

di Sergio Costantino

1. Introduzione

Le maggior parte di richieste di intervento da parte degli iscritti riguardano argomenti relativi alle norme italiane e alle norme comunitarie in materia di orario di lavoro, vuoi perché la parte economica del contratto, bene o male, presto o tardi viene riconosciuta, vuoi per la complessità della normativa stessa, vuoi perché le applicazioni in materia sono le più varie, spesso in contrasto tra di loro con ciò inducendo ad incertezze interpretative sulla reale portata delle norme stesse.

In merito a tali norme, preme qui sottolineare che l'appartenenza dell'Italia alla Comunità Europea comporta, fra l'altro, l'adozione delle "norme occorrenti per dare attuazione alle direttive" (comunitarie); impegno ben presente sin dai primi passi della Comunità Europea e che è stato recentemente riproposto nell'art. 1 della legge 18 aprile 2005 n. 62.

L'espressione "dare attuazione alle direttive" non è casuale e comporta letteralmente la loro adozione, escludendo quindi "interpretazioni" effettuate con criteri utilitaristici diversi a seconda dello stato che le recepisce.

La Comunità stessa, infatti, si preoccupa della portata dei propri atti normativi. Nel caso in cui la "attuazione" delle norme comunitarie da parte dello Stato membro avvenga in difformità tale, rispetto al testo originale, da alterarne il senso, sarà ritenuta autentica e valida la norma comunitaria, il cui dettato prevarrà su quello dell'atto statale così come recepito (un brillantissimo e prezioso vademecum ci è offerto, in questo stesso numero, dall'Avvocato Maria Rosaria Ambrosini, esperta in diritto del lavoro e diritto amministrativo).

Su tale punto le sentenze della Corte di Giustizia Europea hanno fatto epoca (si ricordi ad esempio il caso Bosman¹, in cui la normativa comunitaria ha prevalso su leggi e decreti locali, nonché i regolamenti dell'Uefa e della Fifa).

L'Italia, purtroppo, spesso non ha ottemperato a quest'opera di "ricezione" nei tempi richiesti, e per questo è stata sanzionata. Il Consiglio d'Europa ha rivolto, anche nel recente passato (2

ottobre 2006), un monito all'Italia perché dia reale attuazione alle sentenze della Corte di Giustizia delle Comunità Europee (Aran Newsletter 1/2007).

L'Italia infatti è tra i Paesi con il più alto numero di sentenze non eseguite sul piano interno.

Il carico delle procedure di infrazione aperte da Bruxelles nei confronti del nostro Paese è di 244 nella rilevazione dell'ottobre 2006.

Le procedure di messa in mora avviate nei confronti di Roma si riferiscono a violazioni o mancato adeguamento al diritto comunitario. ("Il Sole 24 Ore", 14 ottobre 2006).

Il Consiglio d'Europa richiede in particolare che venga predisposto un meccanismo interno apposito per consentire l'attuazione effettiva delle sentenze della Corte nell'ordinamento italiano (Aran: Newsletter n. 1, 2007 pag. 48).

Ad esempio la normativa comunitaria sull'orario di lavoro che risale al 1993, è stata recepita in Italia solo nel 2003 quando, peraltro, la stessa aveva già subito modifiche e revisioni in ambito Europeo (2000/34 CE e 2003/88 CE). Mentre le innovazioni apportate in sede comunitaria nel 2003 sono in attesa di essere recepite (cfr. Legge del 18 Aprile 2005 n. 62 - *Delega al Governo per l'attuazione di direttive comunitarie*) intanto, come in una rincorsa senza tregua, sono state ulteriormente apportate delle modifiche (Commissione occupazione e affari sociali: proposta emendata della direttiva 2003/88 CE del Parlamento Europeo e il Consiglio dell'Unione Europea, 20 aprile 2005).

Tuttavia, proprio la Legge del 18 Aprile 2005 n. 62 prevede, nella parte introduttiva, per le infrazioni alle disposizioni dei decreti legislativi recanti le norme occorrenti per dare attuazione alle direttive comunitarie, un severo (e rassicurante) sistema sanzionatorio.

L'art 2, n. 1 lettera c, prevede, infatti:

c) "salva l'applicazione delle norme penali vigenti, ove necessario per assicurare l'osservanza delle disposizioni contenute nei decreti

¹ La sentenza Bosman 15 dicembre 1995

La Corte di Giustizia emana una sentenza che chiude un'epoca nel mondo sportivo. La sentenza Bosman, basata sul concetto che il diritto alla libera circolazione e il divieto di discriminazione nei confronti di cittadini di altri Stati membri appartengono al novero dei principi fondamentali dell'ordinamento comunitario, censura le "norme emanate da Federazioni sportive in forza delle quali, nelle partite che organizzano, le società calcistiche possono schierare solo un numero limitato di calciatori professionisti cittadini di altri Stati membri".

legislativi, sono previste sanzioni amministrative e penali per le infrazioni alle disposizioni dei decreti stessi. Le sanzioni penali, nei limiti, rispettivamente, dell'ammenda fino a 103.291 euro e dell'arresto fino a tre anni, sono previste, in via alternativa o congiunta, solo nei casi in cui le infrazioni ledano o esponano a pericolo interessi costituzionalmente protetti (e tale è il diritto alla salute *nda*). In tali casi sono previste: la pena dell'ammenda alternativa all'arresto per le infrazioni che esponano a pericolo o danneggino l'interesse protetto; la pena dell'arresto congiunta a quella dell'ammenda per le infrazioni che rechino un danno di particolare gravità. La sanzione amministrativa del pagamento di una somma non inferiore a 103 euro e non superiore a 103.291 euro è prevista per le infrazioni che ledano o esponano a pericolo interessi diversi da quelli sopra indicati. Nell'ambito dei limiti minimi e massimi previsti, le sanzioni sopra indicate sono determinate nella loro entità, tenendo conto della diversa potenzialità lesiva dell'interesse protetto che ciascuna infrazione presenta in astratto, di specifiche qualità personali del colpevole, comprese quelle che impongono particolari doveri di prevenzione, controllo o vigilanza, nonché del vantaggio patrimoniale che l'infrazione può recare al colpevole o alla persona o all'ente nel cui interesse egli agisce. In ogni caso sono previste sanzioni identiche a quelle eventualmente già comminate dalle leggi vigenti per le violazioni omogenee e di pari offensività rispetto alle infrazioni alle disposizioni dei decreti legislativi”;

L'art. 1 n. 1, prevede, invece,

Art. 1.

1. “Il Governo è delegato ad adottare, entro il termine di diciotto mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, (per altro già scaduti *nda*) i decreti legislativi recanti le norme occorrenti per dare attuazione alle direttive comprese negli elenchi di cui agli allegati A e B”.

Quindi non solo la Comunità Europea ci viene, per il caso specifico, in “soccorso” con normative sovranazionali, ma impone ai governi degli stati membri il loro recepimento; tale obbligo implica la applicabilità di tali atti anche in assenza di traduzione in Legge dei singoli Stati non essendone ammessa l'ignoranza.

Ritornando all'orario di lavoro, la prevalenza della normativa comunitaria sulla leggi statali difformi, si traduce in un vantaggio per il lavoratore; infatti, qualora le leggi nazionali comportino orari e condizioni di lavoro peggiori rispetto a quelli previsti dalla normativa comunitaria, vi è un loro automatico superamento; lo stesso principio vale a maggior ragione per i contratti collettivi di lavoro: questi dovranno sempre mantenersi in linea con la normativa europea, quando questa rappresenti un miglioramento delle condizioni di lavoro. Al contrario nulla vieta ai singoli stati di predisporre condizioni più favorevoli rispetto a quanto previsto in sede europea (art. 15, 93/104 CE).

Si prendano ad esempio il D. Lgs 66/2003 che costituisce attuazione delle direttive 93/104/CE e 2000/34/CE concernenti alcuni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro e il D.Lgs 213/2004 in materia di apparato sanzionatorio dell'ora-

rio di lavoro che recepiscono normative europee e che costituiscono un formidabile strumento di azione a disposizione del lavoratore. Entrambi i decreti sono poco conosciuti e mai applicati, nella turnistica ospedaliera, ai medici ai quali vengono ritenuti, per ragioni che non è dato comprendere, non applicabili (la deroga per la cosiddetta funzione dirigenziale è stata smentita sia dalla Ue sia dalle sentenze della Corte di Giustizia delle Comunità Europee, sia dalle sentenze della Cassazione in Italia: attenzione non è smentito il ruolo contrattuale dirigenziale ma la funzione così come è intesa dalla normativa europea ovvero per renderlo ancora più esplicito non è alla figura del medico dirigente che si ispira la normativa quando parla di deroghe nell'art. 17, ma svilupperemo più avanti per esteso il tema). Ancor più misteriosamente, i due decreti legislativi citati (quindi due leggi dello stato italiano), non vengono applicati neppure al comparto in generale, ove la problematica della “dirigenza”, per ora, è solo marginale e per il quale le deroghe previste, dal D.Lgs stesso, sono state negate dal ministero del Lavoro. (“Interpello” n. 10/2007 dell'8 febbraio 2007).

Per prima cosa però dobbiamo ricordare come la direttiva europea (93/104 CE) nasca a tutela della salute di tutti i lavoratori (nessuno escluso), principio fondamentale ribadito anche nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (art 31: “limitazione della durata massima dell'orario di lavoro” ed art. 33: “diritto a conciliare la vita familiare e quella professionale”) e per dettare misure “minime” da rispettare per uniformare le leggi dei Paesi membri su criteri che devono essere eguali e riconosciuti a tutti i cittadini membri in qualsiasi paese della comunità stessa, come affermazione del diritto di cittadinanza (ovvero dovuti solo per il fatto di essere cittadini europei), prevedendo che “l'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute dei lavoratori durante il lavoro, sono pienamente applicabili ai settori contemplati dalla presente direttiva”. “Devono essere adottati provvedimenti adeguati al fine di progredire nell'armonizzazione delle condizioni esistenti in tal campo; considerando che il miglioramento della sicurezza, dell'igiene e della salute dei lavoratori durante il lavoro rappresenta un obiettivo che non può dipendere da considerazioni di carattere puramente economico; considerando che la presente direttiva costituisce un elemento concreto nell'ambito della realizzazione della dimensione sociale del mercato interno”. “Considerando che l'adozione di prescrizioni minime relative all'organizzazione dell'orario di lavoro può migliorare le condizioni di lavoro dei lavoratori nella Comunità” (93/104 CE).

L'art. 15 (della direttiva 93/104 CE) prevede anche che possano esistere “Disposizioni più favorevoli - La presente direttiva non pregiudica la facoltà degli Stati membri di applicare od introdurre disposizioni legislative, regolamentari o amministrative più favorevoli alla protezione della sicurezza e della salute dei lavoratori o di favorire o consentire l'applicazione di contratti collettivi o accordi conclusi fra le parti sociali, più favorevoli alla protezione della sicurezza e della salute dei lavoratori”.

Il dato altrimenti tradotto significa che debbano essere garantiti

Una sentenza Bosman anche per i medici?

dei "minimi" ma che la normativa interna o le previsioni contrattuali possano stabilire dei margini più ampi a favore del lavoratore.

In Italia, per i medici dipendenti, si verificano da una parte scarsissime previsioni migliorative rispetto al dettame europeo (la più evidente è quella sulla durata settimanale dell'orario di lavoro, stabilita dal contratto, 38 contro 40 ore) dall'altra una generale inosservanza della maggior parte dei limiti minimi imposti dalla legge (D. Lgs. 66/2003).

Ci troviamo quindi di fronte a disposizioni comunitarie che, per le loro caratteristiche, se applicate correttamente, come più volte imposto dalla Corte di Giustizia, possono rappresentare delle svolte epocali (si pensi, ancora una volta, ad esempio, alla citatissima sentenza Bosman che attingendo alla potenza degli strumenti legislativi comunitari, e alla loro imperatività, ha consentito al singolo, il Bosman stesso, di aver ragione dei fortissimi interessi economici delle società calcistiche e di tutti i personaggi che gravitano intorno ad esse).

In particolare il D.Lgs 213/2004, introduce regole di facile lettura ed applicabilità che mal si prestano a cavillose interpretazioni; ad esempio: qualora il lavoratore non abbia usufruito di almeno due settimane di ferie dell'anno di pertinenza entro la fine dell'anno stesso, l'amministrazione potrà essere condannata ad una pesante sanzione pecuniaria (moltiplicata per il numero dei dipendenti per i quali è avvenuta l'inadempienza) di entità tale da scongiurare comportamenti illegittimi. Questo anche nel caso limite in cui le ferie fossero in corso di fruizione e comprendessero gli ultimi giorni dell'anno di pertinenza ed alcuni di quello successivo. E, cosa non da poco, applicando il principio di reversibilità del danno da parte dell'ente nei confronti del dirigente che lo ha causato, potrà essere chiamato a rifondere l'ente (sia per la sanzione sia per il risarcimento civile nei confronti del dipendente) lo stesso soggetto che con il suo operato lo ha provocato come, ad esempio, potrebbe succedere nel caso in cui il Direttore Generale, con proprie direttive assunte, in prima persona o per delega, in dispregio alle previsioni normative, non avesse consentito al medico la fruizione delle ferie secondo le modalità stabilite dal decreto.

Nella parte che segue, tenterò, in maniera il più possibile sintetica, di fornire agli iscritti uno strumento che consenta loro, con facilità ed immediatezza, di individuare le regole che presidiano l'organizzazione dell'orario di lavoro e delle ferie. Con i richiami alla giurisprudenza nazionale e comunitaria, invece, intendo dare loro consapevolezza del fatto che i diritti dei medici violati dalle amministrazioni e dai loro dirigenti (nel senso inteso dalla legge e non solo rispetto all'inquadramento contrattuale) possono e devono essere difesi.

2. Definizioni (D.Lgs 66 del 8 aprile 2003)

Orario di lavoro

"Qualsiasi periodo in cui il lavoratore sia al lavoro, a disposizione del datore di lavoro e nell'esercizio della sua attività o delle sue funzioni" (art. 1, comma 2, a);

di conseguenza il

• Periodo di riposo

"qualsiasi periodo che non rientra nell'orario di lavoro" (art. 1, comma 2, b);

• Lavoro straordinario

"è il lavoro prestato oltre il normale orario di lavoro così come definito all'art. 3 del presente decreto" (art. 1 comma 2, c) (nell'art 3 si rinvia sostanzialmente alle norme contrattuali del Ccnl nda).

Per altro il lavoro straordinario che, come si evince dalla definizione dell'art 1 comma 2 c, è quello prestato oltre il normale orario di servizio, deve essere retribuito od in alternativa recuperato (art. 5, comma 5): non esiste alcuna altra possibilità e, come per altro recita una recente sentenza del Tar, non ha necessità di essere autorizzato quando si esplica per effetto dell'organizzazione interna di servizio (Tar Puglia 814/2006). Credo questo faccia giustizia di tutti i bizantinismi a cui siamo sottoposti quotidianamente: semplicemente tutte le ore di lavoro prestate oltre l'orario di lavoro contrattualmente stabilito (34 ore settimanali, con il nuovo contratto 34,5) se effettuate rimanendo a disposizione del datore di lavoro (Ente) e nell'esercizio delle proprie attività, si chiamano straordinario.

• Periodo notturno

"periodo di almeno 7 ore consecutive comprendenti l'intervallo tra mezzanotte e le 5 del mattino" (art 1, comma 2, d);

• Lavoratore notturno

"qualsiasi lavoratore che svolga durante il periodo notturno almeno una parte del suo orario di lavoro secondo le norme definite dai contratti collettivi di lavoro." (art. 1, comma 2, e);

- nel Ccnl è stato aggiunto "in via non eccezionale";

- inoltre nelle code contrattuali Ccnl 10 febbraio 2004 viene precisato che *"svolgono lavoro notturno i dirigenti tenuti ad operare su turni di servizio a copertura delle 24 ore"* (art. 7);

- nella Circ. 8/2005 del Ministero del Lavoro si specificano i criteri di conteggio dell'orario lavorativo, proprio in merito alla durata del turno di notte: *"l'orario per i lavoratori notturni non può superare, in media, le otto ore nell'arco di 24 ore calcolate dal momento dell'inizio dell'esecuzione della prestazione lavorativa ..."* (Art. 18 comma 1).

Il Consiglio dei Ministri in data 19 marzo 2004 aveva previsto di modificare l' articolo 13, comma 1 del D.Lgs 66/2003 sopprimendo "in media", ma nel decreto 213/04 di tale modifica si era persa traccia. La definizione *"dal momento dell'inizio dell'esecuzione della prestazione lavorativa"* comporta conseguenze importanti infatti stabilisce un criterio per il conteggio dell'attività, notturna ma anche diurna: dal momento dell'inizio.

Questo significa che, sia per la normativa contrattuale che per quella europea, il famigerato turno mattino notte non è programmabile, poiché fa superare i limiti alla durata della giornata lavorativa previsti da entrambe le normative nda).

Non irrilevante inoltre è il limite stabilito dalla 93/104/CE (art 8, comma 2), riportato anche dal 66/2003 (art 13, comma 3), che, a proposito del limite orario notturno, stabilisce:

"I lavoratori notturni il cui lavoro comporta rischi particolari o rilevanti tensioni fisiche o mentali non lavorino più di 8 ore nel

corso di un periodo di 24 ore durante il quale effettuano un lavoro notturno" (limite fisso e non come media) rinviando ad un decreto (del ministero del Lavoro e della Funzione Pubblica) l'identificazione di tali lavori.

Decreto che avrebbe dovuto essere emanato entro 120 giorni dall'entrata in vigore del D.Lgs 66/2003 e che ancor oggi, dopo quattro anni, non c'è!

L'unico riferimento a cui si possono affidare i medici, che io abbia trovato, è la Tabella A del DLs 11 Agosto 1993 n. 374 relativa al lavoro particolarmente usurante che individua, tra gli altri, in quello svolto dal "personale addetto ai reparti di pronto soccorso, rianimazione, chirurgia d'urgenza".

Lo stesso decreto 66/2003 stabilisce anche i canoni per il:

• Riposo adeguato

"Il fatto che i lavoratori dispongano di periodi di riposo regolari, la cui durata è espressa in unità di tempo, e sufficientemente lunghi e continui per evitare che essi, a causa della stanchezza, della fatica o di altri fattori che perturbano la organizzazione del lavoro, causino lesioni a se stessi, ad altri lavoratori o a terzi o danneggino la loro salute a breve o a lungo termine" (art. 1 comma 2, j).

- Quale migliore definizione per tutelare l'area medica: tutti abbiamo esperienza delle difficoltà, per altro ben descritte da diversi studi scientifici, nell'effettuare anche piccole procedure che richiedano precisione lavorativa in condizioni di prolungata privazione di sonno. È sufficiente un piccolo movimento sbagliato, e non parlo di fine neurochirurgia, ma ad esempio in una semplice sutura, per bucarsi o tagliarsi con l'incognita del "contatto di sangue".

- Altro versante del medesimo argomento, in crescita esponenziale negli ultimi anni, è dato dalle sempre più frequenti controversie legali; per la giurisprudenza infatti, il protrarsi dell'attività lavorativa, in condizioni routinarie (quindi non durante condizioni eccezionali ed imprevedibili di emergenza /urgenza), oltre l'orario di lavoro previsto dal Ccnl e dalle normative vigenti, viene considerato, in caso di evento avverso, "condotta imprudente" e costituisce in giudizio una aggravante, ritenendosi come volontaria l'accettazione del turno irregolare ed i rischi connessi e non, come impropriamente si crede, una attenuante (vedi il parere dell'Avvocato Rosa Cervellione Augello).

- Di solito tale accettazione non è, purtroppo, dovuta ad una libera scelta, ma nasce da sudditanza o, ancor peggio, da timore di ritorsioni che, sempre più frequentemente, avvengono all'interno delle singole Uo.

Spesso assistiamo ad improprie interpretazioni delle normative sull'orario di lavoro mentre per la CE:

• **Orario normale di lavoro** (art. 3 D.Lgs. 66/2003) è semplicemente: *"l'orario normale di lavoro è fissato in 40 ore settimanali"*. (comma 1) ma i *"Ccnl possono stabilire una durata minore"* (comma 2) che in Italia equivale a 38 ore (34,5 + 3,5 di attività non clinica).

Ma ancor più spesso il conflitto nasce sulla:

• **Durata massima dell'orario di lavoro** (art. 4 D. Lgs. 66/2003) *"i contratti collettivi stabiliscono la durata massima set-*

timanale dell'orario di lavoro" (art. 4 comma 1) e sottolinea massima perché troppo spesso si sono levate voci indicanti l'orario di lavoro, previsto dal Ccnl, come "minimo" dovuto: ciò è palesemente falso.

L'invalidità di tale orario massimo è stata sancita dalla CE tenendo conto degli studi scientifici che dimostrano risposte alterate agli stimoli esterni, già dopo solo 12 ore di veglia, paragonabili a quelle dovute all'assunzione di un bicchiere di vino a digiuno e rivelano, nell'attività delle ore finali di turni prolungati, circa un 30% di errori evitabili (dato omnicomprensivo) e nella reiterazione di turni prolungati, nell'arco di un mese, un netto peggioramento delle performance dei medici (*Harvard Med School: Barger L.K. Impact of Extended-Duration Shifts on Medical Errors, Adverse Events, and Attentional Failures PLoS Med 3 (12): e487; 2006*).

Sempre nell'art. 4 sono previste (al comma 2 e 3) due importanti definizioni:

- *"la durata media, su 7 giorni, di 48 ore comprese le ore di lavoro straordinario"*;
- *"calcolate (le 48 ore/settimana) con riferimento ad un periodo non superiore a 4 mesi"*.

In caso di superamento di detto limite *"nelle unità produttive di più di 10 dipendenti il datore di lavoro (Direttore Generale nda) è tenuto ad informare entro 30 giorni dalla scadenza del periodo di riferimento la Direzione provinciale del lavoro- settore ispezione del lavoro competente per territori"*.

Queste regole sono ampiamente disattese e potrebbero dar luogo a pesanti sanzioni.

• Lavoro straordinario (art. 5 D. Lgs. 66/2003)

"Il ricorso al lavoro straordinario deve essere contenuto" (comma 1);

"In difetto di disciplina collettiva applicabile, il ricorso al lavoro straordinario è ammesso solo previo accordo tra il datore di lavoro ed il lavoratore per un periodo che non superi le 250 ore annuali" (comma 3, salvo casi di forza maggiore per la presenza di un pericolo grave ed immediato: comma 4);

"Il lavoro straordinario deve essere computato a parte e compensato con le maggiorazioni retributive previste dai Ccnl (art. 28 del Ccnl integrativo del 10/2/2004) in alternativa od in aggiunta i lavoratori possono usufruire di riposi compensativi" (comma 5).

In sostanza lo straordinario è previsto solo:

- a) con il consenso del lavoratore (palese e formale, nullo quello ottenuto in particolari situazioni di "debolezza" del lavoratore, ad esempio in prossimità di un rinnovo del contratto individuale etc.);
- b) dopo accordo individuale (e non per accordo sindacale in delega perché non è prevista delega);
- c) deve essere retribuito con le maggiorazioni previste;
- d) non può superare le 250 ore annue (anche se c'è il consenso);
- e) in alternativa si deve recuperare nel corso dei mesi (4) di riferimento.

(Si ufficializza in questo modo l'istituto adottato dalla quasi totalità dei contratti collettivi, sia pure con modalità diverse,

Una sentenza Bosman anche per i medici?

della “Banca Ore”).

Trattandosi di Leggi per la tutela della salute del lavoratore è ovviamente previsto un:

• **Riposo giornaliero minimo** che è stato così identificato: “*il lavoratore ha diritto a 11 ore di riposo consecutivo ogni 24 ore*” (Art. 7 comma 1 D. Lgs. 66/2003) ripeto minimo, nulla vieta, ai singoli Stati per D.Lgs o per Ccnl, di indicare valori maggiori.

Nella Circolare interpretativa 8/2005 del ministero del Lavoro si afferma che per specularità viene dedotto che l’orario massimo consentito giornaliero è di 24 ore meno 11 ore, meno 30’ per la pausa ovvero 12 ore e 30’, questa è l’interpretazione autentica del Ministero.

Per quanto riguarda le condizioni di miglior favore le Oo.Ss, nel nostro contratto nazionale (2002/2005), nella dichiarazione a verbale sottoscritta n. 26 auspicano “*che l’organizzazione del lavoro non può prevedere di norma turni giornalieri continuativi superiori ad 8 ore e turni notturni superiori alle 12 ore*”, ma come sappiamo le dichiarazioni a verbale non hanno la stessa rilevanza del Ccnl.

Sempre la circolare, già citata, del ministero del Lavoro afferma che:

“*le 24 ore si computano dall’inizio del servizio*” (ad esempio dalle 8 del mattino sino alle 8 del mattino dopo) tale definizione ridicolizza la prassi applicata, in molti ospedali, del conteggio da mezzanotte a mezzanotte, utilizzata per poter frazionare in due giorni diversi il faticosissimo turno mattino notte, che spesso risulta di 19-20 ore su 24; per questo il turno mattino notte, qualora non sia di durata inferiore od eguale a 12 ore e 30 minuti, con almeno undici ore di riposo continuativo nelle 24 ore, è da considerarsi illegale.

• **Riposi settimanali** (art. 9 D.Lgs. 66/2003)

“*il lavoratore ha diritto ogni sette giorni ad un periodo di riposo di almeno 24 ore consecutive, di regola coincidenti con la domenica, da cumulare con le ore di riposo giornaliero di cui all’art 7*”, quindi 24 + 11 = 35 h consecutive.

A tale proposito è di particolare interesse l’interpello al ministero del Lavoro 2186 (9/05).

La previsione stabilisce pertanto i seguenti requisiti del riposo settimanale:

- 1) *la periodicità (ogni sette giorni);*
- 2) *la durata di 24 ore;*
- 3) *la coincidenza di regola con la Domenica;*
- 4) *la consecutività con il riposo giornaliero.*

Requisiti, questi, che non possono essere oggetto di deroga come si evince dalla giurisprudenza consolidata della Corte Costituzionale:

• la consecutività, perché si tratta di “*un elemento essenziale del riposo settimanale, in quanto consente di distinguerlo e di non sovrapporlo al riposo giornaliero e a quello annuale*” (Corte Cost. 150/1967; 182/1976; 23/1982);

• la durata, in quanto le 24 ore costituiscono il periodo minimo che consente “*al dipendente il recupero delle energie fisiche e psichiche, per assicurargli un congruo periodo di tempo da destina-*

re ad attività ricreative per se e per la famiglia - che è lo scopo umano e sociale del precetto costituzionale” (Corte Cost. 23/1982).

Il medesimo diritto è costituzionalmente garantito dall’art. 36 comma 3, che ne ha sancito l’irrinunciabilità e dall’art. 2109, comma 1 c.c. ed è stato suffragato dall’orientamento giurisprudenziale sia della Corte Costituzionale che della Cassazione: “*non è possibile un regime ordinario di prolungamento delle giornate lavorative oltre il numero di sette senza riposo compensativo obbligatorio. Solo in casi eccezionali connessi ad oggettive ed imprescindibili esigenze di servizio può prevedersi la possibilità di deroga: tale deroga è correlata al riconoscimento di un compenso specifico, ulteriore ed aggiuntivo rispetto quello volto a retribuire il lavoro prestato nella giornata di domenica; tale compenso spetta anche in assenza di previsione al riguardo da parte del contratto collettivo, in base al principio di proporzionalità di cui all’art. 36 della Costituzione.*” (“Interpello” 2186/05 ministero del Lavoro).

Quindi un’altra chicca: tutte le volte che vengono superati i 7 giorni di lavoro consecutivo senza riposo si può chiedere un “*indennizzo economico*” (consiglio a tutti di visitare il sito internet del ministero del Lavoro sezione interPELLI dove si possono trovare numerose ed interessanti risposte).

La Cassazione, inoltre, in caso di irregolare fruizione dei riposi (irregolare fruizione quindi un fatto meno grave della mancata concessione nda) ha stabilito che si ha diritto ad un “*risarcimento del danno psicofisico*” come qui riportato:

“*Fruizione del riposo settimanale con modalità irregolari. Dà diritto ad un indennizzo per usura psico-fisica. Il lavoratore retribuito in misura fissa mensile, il quale, in violazione delle norme di tutela contenute nell’art. 36, 3° comma, Cost. e 2109, 1° comma, cod.civ., abbia prestato attività lavorativa in giornate destinate al riposo settimanale con definitiva perdita dello stesso e, quindi, della possibilità di recupero delle energie fisiche e mentali che il riposo è finalizzato a salvaguardare, ha diritto: 1) alla retribuzione giornaliera (al sensi dell’art. 2126, 2° comma, cod.civ.) per il lavoro prestato nel giorno di riposo, in quanto la normale retribuzione mensile compensa solo sei giorni di lavoro la settimana e un giorno di riposo; 2) a una maggiorazione retributiva per la maggiore penosità del lavoro domenicale nel caso in cui la prestazione sia stata resa nella giornata di domenica; 3) a un’attribuzione patrimoniale di natura non retributiva ma risarcitoria del danno (usura psicofisica) derivante dal mancato o irregolare godimento del riposo a causa della inadempienza del datore di lavoro, il quale compie una scelta organizzativa in contrasto con norme imperative poste a tutela di diritti fondamentali del prestatore. Ove vi sia attribuzione del riposo settimanale, ma le modalità siano tali da non consentirne la fruizione per 24 ore consecutive, il caso non è equiparabile a quello della totale assenza del riposo settimanale perchè non si verifica un inadempimento ma un inesatto adempimento della prestazione dovuta. La diversità, sul piano concettuale, di queste due situazioni giuridiche non può non riflettersi sulle conseguenze da esse prodotte in termini di lesione del diritto (al riposo) costituzionalmente protetto. Il frazionamento del riposo*

settimanale non comporta, infatti, come invece la sua mancata fruizione senza recupero, una prestazione di lavoro aggiuntiva ed eccedente quella già compensata con la retribuzione mensile e perciò non può determinare l'insorgenza, per il lavoratore, del diritto a un compenso di natura retributiva analogo a quello riconosciuto per il caso di mancata fruizione (salva la eventuale maggiorazione per la penosità del lavoro domenicale, ove il frazionamento del riposo comporti lavoro in questa giornata) ma soltanto il diritto a un'attribuzione patrimoniale che ha natura risarcitoria, non retributiva, essendo diretta non già a compensare una prestazione di lavoro eccedente rispetto agli obblighi contrattuali, ma a indennizzare il lavoratore medesimo per il titolo (autonomo e diverso) rappresentato dal godimento irregolare del riposo e dalla conseguente usura psicofisica" (Cassazione Sezione Lavoro n. 3233 del 3 aprile 1999, Pres. Sommella, Rel. Coletti).

A quanti si occupino della contrattazione locale, per evitare di vedersi proporre interpretazioni maliziose della legge e, guarda caso, favorevoli alle amministrazioni che tentano di privare il lavoratore di diritti sanciti e riconosciuti, ricordo come in vari contratti del pubblico impiego "la giornata del sabato, nella articolazione dell'orario di lavoro su 5 giorni non è lavorativa" e, come cita il Ccnl 14/9/2000: "L'attività prestata in giorno feriale non lavorativo, a seguito di articolazione di lavoro su 5 giorni, dà titolo, a richiesta del dipendente a equivalente riposo compensativo od alla corresponsione del compenso per lavoro straordinario non festivo" Art. 24.

Così anche il Ccnl 20.9.01 art 9 ed il Ccnl Dirigenza Medica del 1996:

"Il sabato nell'articolazione su 5 giorni è non lavorativo" (art. 20 comma 3).

Altri contratti si spingono oltre: "dà titolo a equivalente riposo compensativo": il riposo compensativo dovrebbe essere espresso in ore per correlarlo quantitativamente all'attività prestata nella giornata medesima. (Ccnl 14/9/2000 art 24 comma 3).

Per amore della completezza "al personale in servizio di pronta disponibilità in giorno festivo spetta un giorno di riposo compensativo senza riduzione del debito orario settimanale, che va distribuito nei rimanenti giorni lavorativi della settimana. Quanto sopra discende dalle norme contrattuali che disciplinano la materia per tutto il personale, sia delle aree dirigenziali che del comparto, del Ssn" (Aran).

"Qualora la reperibilità cada di Domenica o comunque di riposo settimanale secondo il turno assegnato, il dipendente ha diritto ad un giorno di riposo compensativo anche se non è chiamato a rendere alcuna prestazione lavorativa" senza ovviamente alcuna riduzione dell'orario di lavoro settimanale" (Ccnl 14/9/2000 art 23, comma 4).

Prima di proseguire oltre c'è un dato rilevante da far notare ovvero che non sono previste deroghe per l'art. 1 del D.Lgs. 66/2003.

Questo significa che tutte le definizioni riportate, nell'articolo stesso, ci riguardano e debbono, oltre che possono, essere applicate ai medici.

Questo è un dato non irrilevante soprattutto in sede di defini-

zione del contratto nazionale: non possono infatti essere previsti criteri in contrasto e riduttivi.

Non solo ma anche gli articoli 6, 9, 10, 11 e 14 sono esenti da qualsiasi deroga:

Art. 6 *Criteri di computo*

Art. 9 *Riposi settimanali*

Art. 10 *Ferie annuali*

Art. 11 *Limitazioni al lavoro notturno*

Art. 14 *Tutela in caso di prestazioni di lavoro notturno*

Art. 15 *Trasferimento al lavoro diurno.*

In particolare risulta interessante l'applicabilità senza vincoli dell'art. 10 sulle ferie così come sarà poi modificato dal D.Lgs. 213/2004, che rinvia i termini di fruibilità delle ferie annuali a 18 mesi dal termine dell'anno di riferimento

• **Ferie annuali** (art. 10 D. Lgs. 66/2003)

L'articolo stabilisce che il periodo minimo di ferie annuali retribuite è di quattro settimane; periodo minimo che i contratti collettivi possono modificare con condizioni di miglior favore (comma 1), ma non possono sostituire con indennità, salvo risoluzione del rapporto di lavoro (comma 2):

"Va goduto per almeno 2 settimane, consecutive in caso di richiesta del lavoratore, nel corso dell'anno di maturazione e per le restanti due settimane, nei 18 mesi successivi al termine dell'anno di maturazione" (D.Lgs. 213/2004 art 1 comma d).

(Vi rinvio alla disamina completa delle Leggi e delle sentenze, sull'argomento ferie, effettuato dallo Avvocato Rosa Cervellione Augello a pag. 24).

3. Sanzioni: D.L. 213 del 19 luglio 2004

Il D.Lgs 213/2004 è la legge che ci fornisce le "armi" con le quali possiamo difendere i nostri diritti. Vediamo cosa esso prevede in relazione alle varie ipotesi di disapplicazione.

• **Ferie**

Come è noto le ferie (ai sensi dell'art. 10 D. Lgs. 66/2003) devono essere almeno quattro settimane annuali da fruirsi in "un periodo di almeno due settimane, consecutive in caso di richiesta del lavoratore, nel corso dell'anno di maturazione e, per le restanti due settimane, nei 18 mesi successivi al termine dell'anno di maturazione".

- In caso di violazione è prevista la seguente sanzione amministrativa: "da 130 euro a 780 Euro, per ogni lavoratore e per ciascun periodo cui si riferisca la violazione".

Bisogna per altro considerare come il Ccnl indichi 15 giorni, come periodo minimo consecutivo di ferie (nel periodo compreso tra l'1 giugno ed il 30 settembre) che equivalgono, secondo l'interpretazione Aran, a 3 settimane nell'articolazione dell'orario su 5 giorni settimanali e 2 settimane e tre giorni nell'articolazione su 6 giorni.

• **Sanzioni penali**

- **Stato di salute dei lavoratori notturni**

Le violazioni delle disposizioni che prevedono la valutazione dello stato di salute dei lavoratori notturni a cura e a spese del datore di lavoro, attraverso controlli preventivi e periodici,

Una sentenza Bosman anche per i medici?

almeno ogni due anni, volti a verificare l'assenza di controindicazioni al lavoro notturno a cui sono adibiti i lavoratori stessi comportano "l'arresto da 3 a 6 mesi o ammenda da 1.549 a 4.131 Euro".

- Donne in maternità

La violazione del divieto di adibire le donne al lavoro, dalle 24 alle ore 6, dall'accertamento dello stato di gravidanza fino al compimento di un anno di età del bambino prevede "l'arresto da 2 a 4 mesi o ammenda da 516 a 2.582 Euro".

- Lavoro notturno

Sono esentati da prestazioni di lavoro notturno:

- la lavoratrice madre di un figlio di età inferiore a tre anni o, in alternativa, il lavoratore padre convivente con la stessa;
- la lavoratrice o il lavoratore che sia l'unico genitore affidatario di un figlio convivente di età inferiore a 12 anni;
- la lavoratrice o il lavoratore che abbia a proprio carico un soggetto disabile ai sensi della legge 5 febbraio 1992, n. 104, e successive modificazioni, nonostante il dissenso espresso in forma scritta e comunicato al datore di lavoro entro 24 ore anteriori al previsto inizio della prestazione

La violazione comporta "l'arresto da 2 a 4 mesi o ammenda da 516 a 2.582 Euro".

• Sanzioni amministrative

- Orario normale di lavoro

Per la violazione orario normale di lavoro, fissato in 40 ore settimanali, sono indicate dalla legge sanzioni "da 25 a 154 Euro, se la violazione si riferisce a più di cinque lavoratori ovvero si è verificata nel corso dell'anno solare per più di cinquanta giornate lavorative, la sanzione amministrativa va da 154 euro a 1.032 euro e non è ammesso il pagamento della sanzione in misura ridotta".

- Durata massima dell'orario di lavoro

La violazione della durata media dell'orario di lavoro che, lo ricordiamo, non può in ogni caso superare, per ogni periodo di sette giorni, le 48 ore, comprese le ore di lavoro straordinario, deve essere calcolata con riferimento a un periodo non superiore a quattro mesi, salvo diverse indicazioni recepite nei contratti collettivi a fronte di ragioni obiettive, tecniche o inerenti all'organizzazione del lavoro, specificate negli stessi contratti collettivi. Tale violazione implica una sanzione "da 130 euro a 780 Euro, per ogni lavoratore e per ciascun periodo cui si riferisca la violazione stessa".

- Limite annuale di ore di straordinario

"La violazione del massimo orario straordinario di 250 ore annuali comporta sanzioni da 25 a 154 Euro, se la violazione si riferisce a più di cinque lavoratori ovvero si è verificata nel corso dell'anno solare per più di cinquanta giornate lavorative, la sanzione amministrativa va da 154 euro a 1.032 euro e non è ammesso il pagamento della sanzione in misura ridotta".

- Computo delle ore di straordinario

Il computo del lavoro straordinario deve essere effettuato separatamente e compensato con le maggiorazioni retributive previste dai contratti collettivi di lavoro, in caso "di violazioni si

prevedono sanzioni da 25 a 154 Euro, se la violazione si riferisce a più di cinque lavoratori ovvero si è verificata nel corso dell'anno solare per più di cinquanta giornate lavorative, la sanzione amministrativa va da 154 euro a 1.032 euro e non è ammesso il pagamento della sanzione in misura ridotta".

- Comunicazione straordinari

"La violazione degli obblighi di comunicazione del datore di lavoro che, in caso di superamento delle 48 ore di lavoro settimanale, attraverso prestazioni di lavoro straordinario, per le unità produttive che occupano più di dieci dipendenti, è tenuto a informare, entro trenta giorni dalla scadenza del periodo di riferimento, la direzione provinciale del lavoro, settore ispezione del lavoro competente per territorio, comportano sanzioni da 103 a 200 Euro (omissis) i contratti collettivi di lavoro possono stabilire le modalità per adempiere al predetto obbligo di comunicazione".

- Durata lavoro notturno

La violazione della durata dell'orario di lavoro dei lavoratori notturni che non può superare, in media, otto ore nelle 24 ore, dà luogo a "sanzione da 51 a 154 Euro, per ogni giorno e per ogni lavoratore adibito al lavoro notturno oltre i limiti previsti".

- Riposo giornaliero

Per la violazione degli obblighi di riposo giornaliero (il lavoratore ha diritto come minimo a 11 ore di riposo consecutivo ogni 24 ore) sono previste "sanzioni da 105 a 630 Euro".

- Riposo settimanale

Il lavoratore ha diritto ogni sette giorni a un periodo di riposo di almeno 24 ore consecutive, di regola in coincidenza con la domenica, da cumulare con le ore di riposo giornaliero "la non osservanza implica sanzioni da 105 a 630 Euro".

4. Campo di applicazione e deroghe

In questo paragrafo verranno esaminate le varie motivazioni utilizzate per negare l'applicabilità ai medici del D. Lgs. 66/2003.

Le motivazioni addotte appaiono in netto contrasto con l'articolo 2 del Decreto che infatti così recita:

"le disposizioni contenute nel presente decreto si applicano a tutti i settori di attività pubblici e privati con le uniche eccezioni del lavoro della gente di mare di cui alla direttiva... del personale di volo nella aviazione civile di cui alla direttiva... e dei lavoratori mobili per quanto attiene ai profili di cui alla direttiva..." (art. 2, comma 1);

Ai commi 2,3,4 dello stesso art. 2 vengono stilati degli elenchi di soggetti esclusi dai benefici della legge nei quali, tuttavia, non sono compresi i medici;

Nel D.Lgs. 66/2003 infatti possono essere previste deroghe per "contratto nazionale" (art. 17, comma 1) o per "decreto" (art. 17, comma 2) all'art. 7 "riposo giornaliero", art. 8 pause, art. 12 "organizzazione lavoro notturno", art. 13 "durata del lavoro notturno"; mentre non sono previste per la nostra categoria deroghe sulla "durata massima dell'orario di lavoro settimanale" (art. 16).

Quindi in ogni caso non si ipotizzano, sulla scorta del D.Lgs., né si devono temere, variazioni della durata massima dell'ora-

rio settimanale di lavoro (come ritenuto da alcuni) che è determinato in prima istanza dalla previsione contrattuale.

Le deroghe per la "dirigenza" (art. 17, comma 5) fanno riferimento all' "orario di lavoro normale" (art. 3), alla "durata massima dell'orario settimanale" (art. 4), allo "straordinario" (art. 5) ed al "riposo giornaliero, solo per situazioni particolari" (art. 7).

La Circ. n 8/2005 ministero. del Lavoro individua 3 modalità di deroga:

Deroga per contratto: la derogabilità degli articoli 7, 8, 12, 13 rimane affidata "alla previsione dei contratti collettivi nazionali" o "accordi conclusi a livello nazionale tra OoSs nazionali ed associazioni nazionali dei datori di lavoro" (art 17 comma 1) e, soltanto se e quando abilitata da questo primo livello di contrattazione, "anche alla contrattazione collettiva di secondo livello o delle contrattazioni tra le parti sociali".

Nel Ccnl non è prevista tale abilitazione e, quindi, le contrattazioni di secondo livello sono da considerarsi nulle.

Deroga per decreto: "In mancanza di disciplina collettiva, il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, di concerto con il Ministro della Funzione Pubblica per quanto coinvolge i pubblici dipendenti, su richiesta delle organizzazioni sindacali nazionali di categoria comparativamente più rappresentative o delle associazioni nazionali di categoria dei datori di lavoro firmatarie dei contratti collettivi nazionali di lavoro, adotta un decreto, sentite le stesse parti per stabilire deroghe" (art. 17, comma 2).

Nessun decreto è mai stato emanato: quindi, seppure, esista la possibilità di deroga per decreto, essa non è stata attivata.

Per altro sempre nel D.L. 66/2003 troviamo anche:

"Le deroghe previste dai commi precedenti possono essere ammesse soltanto a condizione che ai prestatori di lavoro siano accordati periodi equivalenti di riposo compensativo... o in casi eccezionali in alternativa sia accordata una protezione appropriata" (art 17, comma 4).

Deroghe per la dirigenza: (art 17 comma 5) : "il decreto (negli art. 3,4,5 e 7) non si applica ai lavoratori la cui durata di lavoro, a causa delle caratteristiche dell'attività esercitata, non è misurata o predeterminata o può essere determinata dai lavoratori stessi e, in particolare, quando si tratta: a) di dirigenti, di personale direttivo delle aziende o di altre persone aventi potere di decisione autonomo;

Questa disposizione sembrerebbe riguardare direttamente i "dirigenti medici", ma nella Circ. n 8/ 2005 del ministero del Lavoro si legge:

"Le ipotesi di deroga di cui al comma 5 (dell'art. 17 n.d.a.), essendo delle esemplificazioni, come lascia intendere l'espressione "in particolare" non sono ipotesi tassative" (art 20 comma f) quindi non sono obbligatorie, sono solo "ipotesi".

Inoltre è ben noto a tutti noi come la nostra attività sia:

- misurata (timbrature e foglio presenze);
- abitualmente predeterminata (le disposizioni di servizio);
- non possa essere determinata da noi stessi (turni di guardia ad esempio).

Inoltre proposte emendate (della direttiva 2003/88 CE) dalla

commissione occupazione ed affari sociali del 20/4/2005 fanno definitiva chiarezza sul termine "dirigente", almeno per la legge, infatti l' articolo 1 comma 4 recita: "all'art 17, paragrafo 1 vengono apportate le seguenti modifiche : gli stati membri possono derogare agli art 3-6 8 e 16 allorché la durata dell'orario di lavoro.. non è misurata o predeterminata o può essere determinata dai lavoratori stessi, allorché si tratta:

a) di direttori generali (o funzionari comparabili), dirigenti superiori direttamente subordinati ad essi e che sono stati nominati direttamente dal consiglio d'amministrazione" (2003/88 CE Mod 20/4/2005).

Ma quale miglior giudice della questione della Regione Lombardia che indica, nei requisiti per accedere alla graduatoria degli idonei alla direzione generale, come indispensabile il possesso di un' esperienza dirigenziale quinquennale ma, guarda caso, sono esclusi i dirigenti medici (ex primo livello ma anche titolari di Uos):

"Ritenuto di individuare i seguenti criteri di valutazione del possesso del requisito della qualificata esperienza dirigenziale quinquennale che dovranno essere adeguatamente comprovati dall'interessato nel curriculum vitae:

- per gli enti o aziende sanitarie sarà presa in considerazione unicamente:
- 1. l'attività di amministratore svolta in qualità di organo monocratico (amministratore straordinario, commissario straordinario, direttore generale);
- 2. le esperienze professionali relative a Primariati Ospedalieri, direzioni di Unità Operative o Strutture Complesse".

Quindi la tanto decantata qualifica dirigenziale che impedirebbe da un lato ai medici , secondo le stesse fonti, di poter beneficiare dei decreti legislativi 66/2003 e 213/2004 non è sufficientemente qualificante per poter partecipare al bando stesso (Regione Lombardia deliberazione n. VIII/003849 seduta del 20 dicembre 2006).

Una collocazione dirigenziale "sospesa e solo sulla carta" francamente strumentalizzata e mortificante.

5. Evoluzione in Europa

Il dato di fatto più interessante, dal punto di vista "legale", nasce dalla considerazione che queste norme CE, come esemplificherò in questo paragrafo, sono norme poste a tutela della salute del lavoratore, diritto e tutela della salute che come ben sappiamo sono garantite in Italia dalla Costituzione. (art. 32). Le evoluzioni della normativa comunitaria (che ribadiscono e rafforzano i dettami della direttiva 93/104 CE) appaiono, viste le condizioni in cui troppo spesso esercitiamo, sorprendenti ed addirittura "commoventi"; sembrano infatti presagire un nuovo "umanesimo" nel mondo del lavoro e specie in medicina; leggiamole insieme:

2003/88 CE Mod. 11/5/2005: "L'art 137 paragrafo 2 del trattato che istituisce la comunità europea dispone che la CE sostiene e completa l'azione degli stati membri al fine di migliorare l'ambiente di lavoro per proteggere la sicurezza e la salute dei lavoratori"; "è necessario rafforzare la tutela della salute e della sicurezza

Una sentenza Bosman anche per i medici?

dei lavoratori nonostante la sfida delle nuove forme nell'organizzazione dell'orario di lavoro, segnatamente per introdurre nuovi modelli di organizzazione dell'orario di lavoro che offrano opportunità di apprendimento lungo tutto l'arco della vita dei dipendenti e stabiliscano da un lato un nuovo equilibrio tra conciliazione della vita professionale e familiare e dall'altro una più flessibile organizzazione dell'orario di lavoro”;

2003/88 CE Mod 11/5/2005: “la conciliazione tra lavoro e vita familiare è un elemento essenziale per il raggiungimento degli obiettivi che l'Unione si è prefissata nella strategia di Lisbona. . . . essa non solo è adatta a rendere più soddisfacente il clima lavorativo, ma anche a consentire un miglior adattamento ai bisogni dei lavoratori, segnatamente di quelli che hanno responsabilità familiari.

Varie modifiche introdotte con la 2003/88/CE sono volte a permettere una migliore compatibilità tra lavoro e vita familiare”.

2003/88 CE: “Il miglioramento della sicurezza, dell'igiene e della salute dei lavoratori durante il lavoro rappresenta un obiettivo che non può dipendere da considerazioni di carattere puramente economico”.

2003/88 CE: “Tutti i lavoratori dovrebbero avere dei periodi di riposo adeguati. Il concetto di “riposo” deve essere espresso in unità di tempo. . . i lavoratori della Comunità devono beneficiare di periodi minimi di riposo giornaliero, settimanale e annuale e di adeguati periodi di pausa. È anche necessario, in tale contesto, prevedere un limite massimo di ore di lavoro settimanali”

2003/88 CE: “alcuni studi hanno dimostrato che l'organismo umano è più sensibile nei periodi notturni ai fattori molesti dell'ambiente nonché a determinate forme di organizzazione del lavoro particolarmente gravose e che lunghi periodi di lavoro notturno sono nocivi per la salute dei lavoratori e possono pregiudicare la sicurezza dei medesimi sui luoghi di lavoro.”

2003/88 CE: “Occorre limitare la durata del lavoro notturno”.

2003/88 CE art. 13: “Gli stati membri prendono le misure necessarie affinché il datore di lavoro che prevede di organizzare il lavoro secondo un certo ritmo tenga conto del principio generale dell'adeguamento del lavoro all'essere umano, segnatamente per attenuare il lavoro monotono ed il lavoro ripetitivo, a seconda del tipo di attività e delle esigenze in materia di sicurezza e di salute, in particolare per quanto riguarda le pause durante l'orario di lavoro”.

2003/88 CE Mod 11/5/2005: “i lavoratori possono aver diritto di chiedere modifiche dei loro orari e metodi di lavoro e che i datori di lavoro abbiano l'obbligo di tener conto equamente di tali richieste, con dovuto riguardo alle proprie esigenze di flessibilità e a quelle dei lavoratori, i datori di lavoro possono rifiutare una tale richiesta soltanto se gli inconvenienti organizzativi per il datore di lavoro sono sproporzionati rispetto ai benefici per il lavoratore”.

6. Giurisprudenza

Corte di Giustizia delle Comunità Europee: casi Simap e Jaeger.

Sono già state pronunciate sentenze della Corte di Giustizia delle Comunità europee per medici di Francia, Spagna e

Germania tutte favorevoli all'applicazione della direttiva comunitaria relativa all'orario di lavoro alla categoria “medici”; I ricorrenti nelle cause in oggetto si opponevano ad una interpretazione unilaterale data dalle normative nazionali che non tenevano in alcun conto il dettame europeo, decidendo quindi di intraprendere le vie legali per la tutela dei diritti derivanti dalla cittadinanza europea.

Le sentenze sopra citate, che si caratterizzano per il superamento delle Leggi nazionali e dei Contratti di lavoro specifici, sono riconosciute anche da quelle successive come fondamentali:

- “Il consenso espresso dalla parte sindacale nell'ambito di un contratto o di un accordo collettivo non equivale a quello dato dal lavoratore medesimo ai sensi dell'art. 18, n. 1, lett. b), sub i), primo trattino, della direttiva 93/104” (punto 7 Sentenza Simap);
- “In limine, occorre ricordare che, anche se non spetta alla Corte pronunciarsi, nell'ambito di un procedimento promosso ai sensi dell'art. 234 CE, sulla compatibilità di norme di diritto interno con il diritto comunitario, né interpretare disposizioni legislative o regolamentari nazionali, essa è tuttavia competente a fornire al giudice nazionale tutti gli elementi di interpretazione attinenti al diritto comunitario che gli consentano di pronunciarsi su tale compatibilità per la definizione della causa per la quale è adito” (v., in particolare, sentenze 15 dicembre 1993, causa C-292/92, Hünermund e a., Racc. pag. I-6787, punto 8; 3 maggio 2001, causa C-28/99, Verdonck e a., Racc. pag. I-3399, punto 28, e 27 novembre 2001, cause riunite C-285/99 e C-286/99, Lombardini e Mantovani, Racc. pag. I-9233, punto 27).” (punto 43 Sentenza Jaeger);

- “Pertanto, il fatto che la definizione della nozione di orario di lavoro si riferisca alle ‘normative e/o prassi nazionali’ non significa che gli Stati membri possano definire unilateralmente la portata di tale nozione. (punto 59 sentenza Jaeger);

- Inoltre tali Stati non possono subordinare a qualsivoglia condizione il diritto dei lavoratori a che i periodi di lavoro, e, correlativamente, quelli di riposo, siano tenuti in debito conto, poiché un diritto del genere deriva direttamente dalle disposizioni di tale direttiva” (idem);

- Qualsiasi altra interpretazione vanificherebbe lo scopo della direttiva 93/104 che è quello di armonizzare la tutela della sicurezza e della salute dei lavoratori mediante prescrizioni minime (v. sentenza 12 novembre 1996, causa C-84/94, Regno Unito/Consiglio, Racc. pag. I-5755, punti 45 e 75.) (idem).

La Corte di Giustizia in sostanza sancisce, in queste due sentenze, che nessuno, neppure delle OoS, può siglare patti, accordi o contratti nazionali che non siano rispettosi delle direttive europee. Qualora ciò avvenisse il singolo può far valere le proprie ragioni indipendentemente dagli accordi siglati. Stante lo scopo della direttiva lo Stato membro non può travisarne gli intenti e quindi deve rispettarne le indicazioni sia relativamente alle Leggi nazionali già esistenti sia a quelle ancora da emanare. Le interpretazioni difformi vanificherebbero gli intenti della direttiva europea il cui scopo è stabilire dei “criteri minimi”, che debbono essere condivisi dai paesi membri, sull'orario di lavoro per la tutela della salute e della sicurezza dei

lavoratori stessi.

Corte di Giustizia delle Comunità europee:
casi Pfeiffer e a./ Deutsches Rotes Kreuz.

Diritto istituzionale: effetto diretto delle direttive
(così è nel Boll Ue12-2004)

- *“La Corte rileva che la direttiva relativa all'organizzazione dell'orario di lavoro soddisfa le condizioni necessarie per produrre effetto diretto.*
- *Il suo contenuto appare incondizionato e sufficientemente preciso perché i singoli possano farlo valere dinanzi ai giudici nazionali nei confronti dello Stato qualora quest'ultimo non abbia recepito tempestivamente la direttiva o l'abbia recepita in modo non corretto”.*

Quindi l'eventuale senso restrittivo della Legge italiana deve essere inteso come difetto di recepimento essendo la normativa europea sopranazionale; ne consegue che le eventuali sentenze italiane non potranno discostarsi, come senso giuridico, dalla normativa europea.

“Il giudice nazionale, nell'applicare le norme del diritto interno adottate al fine dell'attuazione degli obblighi previsti dalla direttiva, deve prendere in considerazione tutte le norme del diritto nazionale. La Corte precisa dettagliatamente i compiti del giudice nazionale: interpretare le norme nazionali, per quanto possibile, alla luce del testo e della finalità di tale direttiva (che ricordiamo è relativa alla tutela della salute) per giungere ad una soluzione conforme all'obiettivo da essa perseguito”.

In sostanza sono riconosciute, dalla Corte di Giustizia, alla direttiva stessa (104/93 CE) quelle caratteristiche di specificità e chiarezza tali da non richiedere neppure il recepimento nella normativa del paese membro: ovvero possono essere direttamente applicate dai giudici nazionali e possono essere invocate dai singoli in controversie contro disposizioni dello Stato o di organi ed Enti che abbiano ricevuto dallo stato incarichi, ad esempio, di organizzazione, in questo caso del lavoro.

Caratteristiche che sia le Asl che le Aziende ospedaliere hanno.

Giudice nazionale: Tribunale di Bolzano 263/2005 R.g. (causa promossa da Anao-Assomed).

Il Tribunale di Bolzano non solo afferma l'applicabilità ai medici (del D.Lgs 66/2003) ma aggiunge anche: *“L'orario previsto può essere superato alla condizione che il lavoratore abbia prestato il suo consenso, che nessun lavoratore possa subire danno in ipotesi di mancata prestazione del suo consenso, che siano tenuti registri aggiornati... il ricorso al lavoro straordinario da parte dell'Azienda è previsto solo con il consenso (esplicito e formale) dei lavoratori”.*

“L'interesse ad agire del sindacato deve essere ravvisato, come retta- mente dedotto dallo stesso, nella tutela di un diritto indisponibile del lavoratore stesso, quale quello della salute, costituzionalmente garantito dall'art. 32 della Costituzione e imposto, nel caso specifico, anche quale precipuo interesse della collettività. Infatti la prestazione di cosiddetto “superlavoro”, oltre i limiti consentiti dalla legge, rappresenta da un lato una situazione di pericolo di danno per la salute del singolo lavoratore, fonte di eccessivo affaticamento

e stress ed eventuali patologie ad essi collegate, e dall'altro una situazione di pericolo di danno per la salute pubblica, per il rischio che la prestazione lavorativa resa da un medico in condizione di stress ed eccessivo affaticamento sia fonte di danno anziché di beneficio per l'utenza che di tale prestazione usufruisce”. Lo stesso Tribunale *“riconosce i presupposti per l'adozione del provvedimento richiesto: periculum in mora. L'articolo 700 del c.p.c. subordina l'adozione di un provvedimento d'urgenza all'accertamento della sussistenza di un fondato motivo di temere che, durante il periodo necessario per far valere il diritto in via ordinaria, questo sia minacciato da un pregiudizio imminente ed irreparabile”.*

Ed ancora : la cosiddetta deroga per i dirigenti *“tale deroga non pare poter trovare applicazione nel caso specifico, perché l'attività del personale medico all'interno della A.S. non è esercitata con caratteristiche tali che impediscano la misurazione dell'orario di lavoro... anzi al contrario la durata dell'orario risulta essere misurata e predeterminata”.*

Quindi in sintesi:

- a) il superamento dell'orario è previsto solo dopo il consenso esplicito e “formale” del singolo lavoratore;
- b) nessun lavoratore può subire danno per mancato consenso;
- c) devono essere tenuti dei registri (in caso di superamento dell'orario di lavoro);
- d) l'interesse ad agire del sindacato è fondato sulla tutela della salute sia del lavoratore sia della salute pubblica (art. 32 della Costituzione): quindi il sindacato può costituirsi in giudizio;
- e) l'abituale iter giudiziario giustifica, per evitare pregiudizi imminenti ed irreparabili, il ricorso ai provvedimenti d'urgenza;
- f) La cosiddetta deroga per dirigenti non trova applicazione nel caso specifico.. niente impedisce la misurazione dell'orario di lavoro ...anzi al contrario la durata dell'orario risulta essere misurata e predeterminata.

Cassazione Lavoro 11637/2004 Medici Asl di Rieti

• *“I medici rientrano nella categoria per la quale non opera l'invocata esclusione prevista dalla normativa applicata... la qualifica di dirigente non va dedotta dalla normativa collettiva... bensì dalla stessa legge applicata, per cui sono dirigenti solo coloro che sono addetti a compiti di organizzazione e direzione”.*

Sempre nella medesima sentenza si legge ancora:

- *“si considera personale direttivo quello preposto alla direzione tecnica od amministrativa dell'azienda o di un reparto di essa con diretta responsabilità dell'andamento dei servizi;*
- *“un limite quantitativo sussiste pur sempre, anche per il personale direttivo, in rapporto alla necessaria tutela della salute e dell'integrità fisico-psichica, costituzionalmente garantita a tutti i lavoratori”.*

Si può facilmente notare come la sentenza della Cassazione, ora citata, sia per altro antecedente agli interventi del Parlamento Europeo: questi ultimi non fanno che rafforzare definitivamente ed incontestabilmente l'interpretazione, della

Una sentenza Bosman anche per i medici?

Corte stessa, già sufficientemente sostenuta e suffragata dalle normative precedentemente vigenti.

Infine anche in un recentissimo interpello del Ministero del Lavoro si sostiene la tesi della non applicabilità del regime derogatorio per la qualifica dirigenziale del Ssn: "Interpello" n. 10/2007 - Roma, 8 febbraio 2007

Ministero del Lavoro e della Previdenza Sociale
Direzione generale per l'attività ispettiva, Prot. n. 25/1/000174.
Al Servizio Sanitario Regionale Emilia Romagna Ausl di Imola
Via Amendola, 2 40126 - Bologna. Oggetto: art. 9, D.Lgs. n. 124/2004 - risposta istanza di interpello avanzata dal Servizio Sanitario Regionale Emilia Romagna - Azienda Unità Sanitaria Locale di Imola in materia di lavoro straordinario:
c) si chiede, infine, se "il personale direttivo appartenente alle categorie D e DS, nonché il personale con qualifica dirigenziale del comparto sanità possano essere ricondotti al regime derogatorio previsto dall'art. 17 co. 5 del D. Lgs. n. 66/2003 in materia di riposo giornaliero, pausa, lavoro notturno e durata massima settimanale".

Al riguardo, acquisito il parere della Direzione generale della Tutela delle Condizioni di Lavoro, si rappresenta quanto segue (omissis):

"Infine, per quanto concerne il terzo quesito, si osserva che l'operatività dell'art. 17, comma 5, del D.Lgs. n. 66/2003 presuppone che, a causa delle caratteristiche peculiari dell'attività esercitata, la durata dell'orario di lavoro non risulti quantificata né predeterminabile, ovvero la sua determinazione sia rimessa al lavoratore".
Nel caso prospettato il Ccnl di riferimento prevede una durata determinata delle prestazioni per la totalità delle categorie dei lavoratori citati (D, DS ed il personale con qualifica dirigenziale), pertanto detto personale non sembra rientrare nel regime derogatorio previsto dall'art. 17, comma 5, del D.Lgs. n. 66/2003 in regione delle esplicite previsioni della contrattazione collettiva di settore.

Il Direttore Generale (f.to Mario Notaro)

Quindi in sintesi il D. Lgs. 66/2003 è applicabile nel Ssn.

A proposito di interpelli è interessante notare come l'art. 9 del Decreto Legislativo 23 aprile 2004, n. 124, modificato dalla recente Legge 24 novembre 2006, n. 286 relativa agli interpelli del Ministero del Lavoro precisi:

comma 1 - "gli organismi associativi a rilevanza nazionale degli enti territoriali e gli enti pubblici nazionali nonché, di propria iniziativa o su segnalazione dei propri iscritti, le organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro maggiormente rappresentative sul piano nazionale e i consigli nazionali degli ordini professionali, possono inoltrare alla Direzione Generale, esclusivamente tramite posta elettronica, quesiti di ordine generale sull'applicazione delle normative di competenza del Ministero del Lavoro e della Previdenza Sociale. La Direzione Generale fornisce i relativi chiarimenti d'intesa con le competenti Direzioni Generali del Ministero del Lavoro e della Previdenza Sociale e, qualora interessati dal quesito, sentiti gli Enti Previdenziali".

comma 2 - "L'adeguamento alle indicazioni fornite nelle risposte

ai quesiti di cui al comma 1, esclude l'applicazione delle relative sanzioni penali, amministrative e civili".

Ovvero in caso di interpello favorevole, e quello citato ne è un esempio, la non applicazione da parte dell'amministratore può comportare sanzioni, nella fattispecie anche penali, l'applicazione invece in ogni caso garantisce il funzionario da qualsiasi eventuale successiva contestazione.

Alla fine della disamina rimarrebbero quindi esclusi dai benefici della legge solo i Medici in formazione come indicato dalla q93/104 CE e ribadito dalla 2003/88 CE.

In realtà cosa sta avvenendo?

Alcune realtà come il comitato di settore, sulla spinta delle amministrazioni ospedaliere, stanno facendo pressioni sul ministero del Lavoro e sul ministero della Funzione Pubblica per far approvare un decreto che consenta di derogare dalla Legge, con azione quindi contraria alle normative in essere ed al loro spirito.

Del resto, nelle parole di alcuni Direttori Generali, viene espressa la considerazione di cui, nella nostra regione, godono i medici: "non si vede perché i portinai dei musei o i bidelli delle scuole siano esclusi e nella sanità, che ha delle prestazioni più importanti, debba valere la legge".

Tale frase non meriterebbe commento ma il bidello, con tutto il rispetto che ogni lavoratore merita, al massimo può lavar male un pavimento; un medico che lavori abitualmente per molte più ore di quelle normalmente sopportabili e spesso in condizioni di obiettivo stress non solo fisico, può essere invece indotto ad errori dalle gravi conseguenze per sé ma soprattutto per gli altri: cioè i pazienti.

La normativa comunitaria, lo ricordo ancora, è una normativa per la tutela della salute del lavoratore.

E quindi, qualora venisse attuata una deroga, sarebbe immediatamente impugnabile presso la Corte di Giustizia Europea a Lussemburgo. Dobbiamo prepararci a tale prospettiva ed essere già pronti a replicare, colpo su colpo, nelle sedi competenti.

7. Conclusioni in sintesi

In sintesi il D.Lgs. 66/2003 (e quindi anche il D.Lgs. 213/2004) è valido ed applicabile anche ai Medici:

- Le deroghe previste (Ccnl o decreto ministeriale) non sono state attivate;
- L'ipotesi di cui al comma 5 art 17 (figura dirigenziale) non è tassativa;
- La Corte di Giustizia delle Comunità Europee ha affermato l'applicabilità (della normativa europea) ai Medici di tutta Europa (casi Simap ed Jaeger et al);
- La stessa Corte ha evidenziato come (caso Pfeiffer e altri) la "direttiva soddisfa le condizioni per produrre un effetto diretto" ed "i singoli possano far valere la direttiva dinanzi ai giudici nazionali per giungere, alla luce del testo e della finalità, ad una soluzione conforme all'obiettivo da essa perseguito" anche se "lo Stato non abbia recepito tempestivamente la direttiva o l'abbia recepita in modo non corretto";

e) In Italia la Corte di Cassazione sez. Lavoro, con sentenza 11637/2004, legittima in pieno l'ipotesi di applicazione del D.Lgs 66/2003 ai medici, affermando che:

“... la qualifica di dirigente non va dedotta dalla normativa collettiva... bensì dalla stessa legge applicata, per cui sono dirigenti solo coloro che sono addetti a compiti di organizzazione e direzione”.

“si considera personale direttivo quello preposto alla direzione tecnica od amministrativa dell'azienda o di un reparto di essa con diretta responsabilità dell'andamento dei servizi;

f) Il Ministero del Lavoro: nell' "Interpello" n. 10/2007 così risponde:

“ nel caso prospettato il Ccnl di riferimento prevede una durata determinata delle prestazioni per la totalità delle categorie dei lavoratori citati (D, DS ed il personale con qualifica dirigenziale), pertanto detto personale non sembra rientrare nel regime derogatorio previsto dall'art. 17, comma 5, del D.Lgs. n. 66/2003 in ragione delle esplicite previsioni della contrattazione collettiva di settore”.

g) Le successive evoluzioni della Legge nella CE hanno chiarito il significato di “dirigente” (e tale modifica sia pure non ancora recepita in Italia è comunque legalmente valida) ovvero “direttori generali (o funzionari comparabili), dirigenti superiori direttamente subordinati ad essi e che sono stati nominati direttamente dal consiglio d'amministrazione”.

8. Una nuova sfida

La normativa europea ci pone, dunque, di fronte ad una nuova sfida: non solo “aziendalismo” selvaggio ma rispetto dell'umana natura sia dei medici che dei pazienti. Come logica conseguenza andrà ripensato l'orario di lavoro per conformarlo alle normative ma anche alle esigenze dei pazienti e delle strutture. Lo stesso D.Lgs 66/2003 afferma implicitamente un principio ineludibile laddove stabilisce che il campo di applicazione dello stesso è esteso “a tutti i settori di attività pubblici e privati”; vi è, quindi, a livello normativo, una equiparazione dei doveri e dei limiti in materia di organizzazione del lavoro anche nel settore dell'ospedalità privata, convenzionata e non: anche gli ospedali privati devono rispettare le stesse leggi del pubblico e, a mio avviso, a maggior ragione se convenzionati. Lo strumento di pressione per dare avvio a questo riordino è rappresentato dal severo regime sanzionatorio previsto dal D.Lgs 213/04: infatti, in considerazione della mancata applicazione delle norme, la gravità delle sanzioni previste, potrebbe portare alla sostituzione di tutti i direttori generali, passibili, in quanto titolari del rapporto di lavoro, di sanzioni e per i quali vale, da parte dell'ente, il diritto di rivalsa rispetto alla sanzione comminata; in ogni caso, per effetto dell'erogazione delle sanzioni, si aprirebbero delle voragini nei budget aziendali e, in caso di rivalsa, nei patrimoni personali dei vari dirigenti. La legislazione Europea, e dal 2003 anche Italiana, fornisce dunque gli strumenti per arginare quella sorta di “concorrenza sleale” che il privato convenzionato esercita nei confronti dell'ospedalità pubblica; concorrenza che si regge anche sui rap-

porti di lavoro atipici (contrattisti, pseudoborsisti) nei confronti dei quali non mi pare siano ben determinati i confini delle mansioni e degli orari di lavoro, anche sulla scorta, fortemente vessatoria, della potenziale non rinnovabilità dell'incarico. Ciò potrebbe rappresentare finalmente un mezzo di difesa del pubblico invertendo quella perversa tendenza imitativa di cui gli amministratori pubblici sembrano soffrire: la compressione dei costi fissi del personale attuata con sottodimensionamento degli organici (e conseguente sfioramento delle ore lavorative dei medici che, talora con l'avallo delle sigle sindacali, vengono considerate non solo dovute ma anche a titolo gratuito).

Occorre opporsi fermamente a questa impostazione che non tiene conto di fattori di primaria importanza:

- a) un medico stanco sbaglia più facilmente e quindi viene meno alla ragion d'essere della sua professione, cioè creare buona salute;
- b) il medico che sbaglia produce non indifferenti costi “sociali” aggiuntivi;
- c) non è affatto detto che “più fai più curi”, spesso anzi la quantità è contraria alla qualità;
- d) è altrettanto ovvio che gli amministratori, identificandosi troppo spesso nella cura del bilancio del proprio ente che non è esattamente la cura del paziente, agiscono con il criterio di economicità; la loro cura trae giovamento dal moltiplicarsi delle Sdo e dal ridimensionamento del personale (= aumento della produzione e riduzione dei costi fissi di gestione).

Ma la salute non è un prodotto industriale e l'ospedale non è una fabbrica; esso non si può gestire secondo una logica unicamente aziendale; se passasse questo principio non è difficile immaginare a quali conseguenze ci si potrebbe esporre (ad esempio l'abbandono dei malati appartenenti alle fasce sociali più deboli per esclusione dalle cure pubbliche delle patologie con un rapporto costi/ricavi sfavorevole, ad esempio la “selezione” del paziente sulla base dello stesso criterio).

Seppure per alcuni (forse troppi) la sanità è un business, tuttavia il business non ha nulla a che vedere con il nostro ruolo e compito: l'ospedale non dovrebbe produrre buone cure e salute? Dov'è il tanto osannato “governo clinico”? Perché la cura per una buona sanità deve prendere spunto da una “politica” di espropriazione della funzione perseguita da tali personaggi? In tutto questo, purtroppo, non ci rendiamo conto (né a questo dato, in fondo banale, viene dato il dovuto risalto) che i soldi dilapidati sono sempre i nostri e non è pensabile agire di rincorsa e, per coprire i buchi nel bilancio, intervenire con sempre maggiori tasse addizionali e con norme di contenimento delle spese per il personale che, di fatto, consegnano quel che rimane della sanità del paese al privato convenzionato (si veda, ad esempio, la formula dei vasi comunicanti dei posti letto: si riducono quelli pubblici e si moltiplicano quelli privati convenzionati).

Occorre invertire questa tendenza che precipita il sistema sanità verso la bancarotta.

Una sentenza Bosman anche per i medici?

In un'interrogazione orale l'eurodeputato Philip Bushill-Matthews il 9 novembre 2006 definisce, alla luce della direttiva 93/104 CE, illegale la gestione dei Ssn in molti dei paesi membri della comunità.

Io credo sia giunto ormai il momento di porre fine a questa illegalità almeno in Italia.

Riferimenti normativi

- Ccnl 2002/2005
- DL 66/2003
- DL 213/2004
- 93/104 CE
- 2000/34 CE
- code contrattuali Ccnl 10/2/2004
- Cassazione Sezione Lavoro n. 3233 del 3 aprile 1999
- Cassazione Sezione Lavoro n. 11367 del 2004
- Sentenze Corte di Giustizia Europea (casi Simap, Jaeger e Pfeiffer)
- Ccnl 14/9/1990
- Ccnl 20/9/2001
- Ccnl dirigenza medica 1996
- 2003/88 CE e successive modifiche
- Ccnl 19/4/2000

- Legge 18 Aprile 2005 n 62
- Circ n 8/2005 Ministero del Lavoro
- Interpelli del Ministero del Lavoro
- Interpretazioni autentiche dell'Aran

Ringraziamenti

Desidero ringraziare il Dottor Carlo Palermo, Segretario Regionale Anaa-Assomed Toscana nonché Coordinatore della Conferenza Permanente dei Segretari Anaa-Assomed delle Regioni e delle Province autonome, per gli utili suggerimenti e le "bacchettature" relativi al Ccnl.

Il Professor Giovanni Mangione, Presidente Emerito del Consiglio di Stato, per essere stato col suo esempio e con il suo conforto l'ispiratore di questa "ricerca".

Infine, da ultimo ma non per ultimo, vorrei ringraziare il Segretario Nazionale dell'Anaa-Assomed, Dottor Carlo Lusenti per la fiducia dimostrata concedendomi questa grande opportunità.

Sergio Costantino

Segretario Aziendale Anaa-Assomed Irccs Policlinico Milano

Il mancato rispetto delle norme in tema di orario di lavoro e l'aggravamento della responsabilità professionale del medico per reato colposo

di Rosa Cervellione Augello

Le cronache giudiziarie riportano il dato di una sempre maggiore reattività dell'utenza nei confronti del medico ritenuto professionalmente responsabile per eventi che si risolvono negativamente per il paziente; l'attribuzione di tale responsabilità può dare luogo all'imputazione del medico per il delitto di reato colposo previsto dall'art. 43 del codice penale secondo il quale "*Il delitto: ...omissis ... è colposo, o contro l'intenzione, quando l'evento, anche se preveduto, non è voluto dall'agente e si verifica a causa di negligenza o imprudenza o imperizia, ovvero per inosservanza di leggi, regolamenti, ordini e discipline*". Costituisce circostanza aggravante di tale delitto, secondo l'art. 61 n. 3 del codice penale "*... l'aver, nei delitti colposi, agito nonostante la previsione del reato*".

Solo il medico è imputabile

Come è noto è solo il medico ad essere imputabile del reato colposo mentre l'ente ospedaliero può essere chiamato a rispondere solo sul piano civilistico. Peraltro, le aziende ospedaliere pubbliche, strette tra la necessità di operare secondo criteri di economicità di tipo privatistico e quella di mantenere comunque attivo il servizio sanitario in ogni ambito (anche quelli meno redditizi) e senza limiti di orario, spesso pretendono dai medici una quantità tale di prestazioni da non consentire il rispetto della normativa dettata in materia di organizzazione dell'orario di lavoro routinario, della quantità di lavoro straordinario, dei riposi anche compensativi, dei permessi destinati all'aggiornamento professionale, delle ferie, delle festività etc. Il mancato rispetto di tali previsioni normative comporta delle conseguenze dirette ed indirette per il medico lavoratore pubblico, alcune delle quali attengono alla sua sfera personale, altre possono comportare conseguenze verso i terzi e, segnatamente, verso i pazienti.

In considerazione del tema qui trattato, limiteremo il commento alle conseguenze verso i terzi, riservando ad altro momento l'approfondimento della grave lesione dei diritti

della persona, in tal modo, quotidianamente perpetrata contro molti medici.

Studi scientifici, probabilmente noti ai lettori di questa rivista, hanno dimostrato che già dopo 12 ore di veglia, la risposta individuale può essere considerevolmente alterata. Va da sé che maggiore sarà il numero delle ore di veglia, maggiore e secondo un criterio più che proporzionale, sarà l'alterazione della risposta individuale. Se poi durante queste ore di veglia prolungata il soggetto è sottoposto ad una richiesta di prestazioni impegnative e stressanti sia dal punto di vista fisico che emozionale, non servono neanche studi scientifici per immaginare che il livello di risposta individuale nell'affrontare e risolvere un evento critico, possa essere fortemente alterato. A riprova dell'attendibilità della regola (che oltre che scientifica è di comune esperienza) tali studi hanno fatto rilevare, nell'attività medica delle ore finali di turni notturni, circa un 30% di errori evitabili.

La prevedibilità dell'evento dannoso e l'accettazione del rischio

La prevedibilità dell'alterazione della risposta individuale si riflette in maniera diretta sulla responsabilità del medico per reato colposo. Ed infatti, la responsabilità penale non può prescindere dalla capacità del soggetto agente di rappresentare la conseguenza delle proprie azioni che, per essere penalmente rilevanti, non possono che essere dolose (cioè volute o, comunque, previste) o colpose (cioè non volute ma prevedibili). Se escludiamo che nella pratica medica possa ricorrere l'ipotesi del dolo¹ che, caso mai, potrebbe far qualificare l'azione delittuosa anche sotto profili differenti da quelli attinenti la responsabilità professionale, possiamo concentrare l'attenzione sull'atteggiamento soggettivo della colpa che è quella oggetto dell'esame odierno. Senza tediare il lettore con disquisizioni giuridiche sui vari tipi e gradi di colpa individuati dalla giurisprudenza, per quanto qui di interesse, è da sottolineare che la ricorrenza di tale elemento psicologico si tramuta in responsabi-

¹ *Rispetto alla responsabilità professionale del medico potrebbe ipotizzarsi il caso di dolo eventuale che rappresenta l'espressione meno grave di intenzionalità e che ha in comune con la colpa cosciente (che, invece, rappresenta l'espressione più intensa della colpa) la prevedibilità dell'evento. I due elementi psicologici, si differenziano, invece, sotto l'aspetto discrezionale che è costituito dall'elemento dell'accettazione o meno del rischio di produrre l'evento*

Il mancato rispetto delle norme

lità penale in capo al medico. Infatti, secondo la giurisprudenza, dato comune in tutte le ipotesi nelle quali è stata ravvisata la responsabilità colposa del medico è rappresentato, dalla inosservanza, da parte dello stesso, delle doverose precauzioni. In questi due aggettivi, prevedibile e doveroso, consiste la ratio secondo la quale, pur se non voluto da chi lo ha commesso (agente), l'atto colposo è punibile. Ma quando il mancato rispetto delle regole, siano esse nascenti da specifici obblighi professionali (colpa specifica) che dalla comune esperienza (colpa generica) sia fonte di danno per i terzi e quando tale danno vada a colpire interessi di primaria importanza quali quello alla incolumità psico-fisica o, addirittura, la vita, l'applicazione di una sanzione punitiva, di tipo penale, oltre che giustificata, assolve ad una funzione preventiva diretta a rendere imperativo, per il medico, nell'esercizio della sua professione, adottare comportamenti responsabili e prudenti. Quello che è, invece, sommamente ingiusto ed ingiustificabile è che il medico subisca tale aggravamento del rischio di commettere reati colposi, come conseguenza dell'illegittimo comportamento del suo datore di lavoro che da tali rischi è immune.

Il mancato rispetto delle norme in tema di orario di lavoro

È (purtroppo) dato di comune esperienza che l'ente pubblico ospedaliero, in palese contrasto con la normativa anche europea, improntata al rispetto dei diritti della persona, sia essa il medico che il paziente, perseguendo un'insana spinta alla "redditività" interpreti molto liberamente, se non in alcuni casi, in maniera del tutto arbitraria, la disciplina dettata per l'organizzazione dell'orario di lavoro obbligando il medico a prestazioni di lavoro straordinario non remunerato con lo strumento dell'ordine di servizio/organizzazione dei turni di lavoro dell'attività di routine. E questo anche se:

- la CE 2003/88 Mod 20/4/2005 prevede che "Gli stati membri prendono le misure necessarie affinché il datore di lavoro che prevede di organizzare il lavoro secondo un certo ritmo tenga conto del principio generale dell'adeguamento del lavoro all'essere umano, segnatamente per attenuare il lavoro monotono ed il lavoro ripetitivo, a seconda del tipo di attività e delle esigenze in materia di sicurezza e di salute, in particolare per quanto riguarda le pause durante l'orario di lavoro";
- la Circolare 8/2005 Ministero del Lavoro prevede che "le 24 ore si computano dall'inizio del servizio" (ad esempio 8 del mattino sino alle 8 del mattino dopo e non come è in uso in alcuni ospedali i cui dirigenti forse non hanno il senso del ridicolo, interrompendo la conta alla mezzanotte per far figurare in due giorni diversi il turno mattino notte);
- il D.L. 66/2003, in punto adeguatezza del riposo, prevede "il fatto che i lavoratori dispongano di periodi di riposo regolari, la cui durata è espressa in unità di tempo, e sufficientemente lunghi e continui per evitare che essi, a causa della stanchezza, della fatica o di altri fattori che perturbano la organizza-

zione del lavoro, causino lesioni a se stessi, ad altri lavoratori o a terzi o danneggino la loro salute a breve o a lungo termine" (art. 2 comma 1, j); "il lavoratore ha diritto a 11 ore di riposo consecutivo ogni 24 ore" (Art. 7 comma 1); "il lavoratore ha diritto ogni sette giorni ad un periodo di riposo di almeno 24 ore consecutive, di regola coincidenti con la domenica, da cumulare con le ore di riposo giornaliero di cui all'art 7" (quindi 24 + 11 = 35 h)(art. 9: riposi settimanali).

L'orientamento della giurisprudenza

Al riguardo della responsabilità professionale per reato colposo, secondo la giurisprudenza, il protrarsi dell'attività lavorativa, in condizioni routinarie (quindi non durante condizioni eccezionali ed imprevedibili di emergenza/urgenza), oltre l'orario di lavoro previsto dal Ccnl e dalle normative vigenti, viene considerato, in caso di evento avverso, "condotta imprudente" e costituisce aggravante, dovendosi ritenere come volontaria l'accettazione del turno irregolare ed i rischi connessi. Non può tacersi che quello che è criticabile non è certo il sano ragionamento della giurisprudenza che interpreta correttamente l'elemento psicologico soggettivo della colpa, ma il perverso meccanismo attraverso il quale il medico ospedaliero vede attribuirsi l'aggravamento della responsabilità da reato costretto dalla necessità di adempiere all'ordine di servizio rappresentato dalla normale organizzazione dei turni di lavoro da parte del suo dirigente. E infatti, il codice penale, nell'individuare il reato di colpa con previsione, fa riferimento ad una condotta in cui l'azione sia stata compiuta, pur nella prevedibilità, da parte dell'agente, della possibilità che si avveri un fatto negativo.

Il richiamo alla realtà ospedaliera è fin troppo semplice: quale medico che svolga un turno di 15 ore consecutive (previsto dal normale ordine di servizio) non è perfettamente consapevole che se deve trattare un caso alla tredicesima o quindicesima ora del suo turno ha una lucidità e prontezza, fisica e mentale, alquanto ridotte rispetto ai suoi abituali standards? E del resto, l'art. 43 c.p. nell'individuare le caratteristiche fondamentali del reato e della responsabilità colposa, fa riferimento al concetto di prevedibilità al di fuori del quale non vi è spazio per un giudizio di colpevolezza; solo se era possibile prevedere ciò che non è stato previsto, il soggetto agente può essere "incolpato" per non aver tenuto una condotta diversa, idonea ad evitare l'evento lesivo. Il logico presupposto della qualificazione della condotta colposa quale negligente, imprudente ed imperita, risiede nella possibilità dell'agente (nel nostro caso il medico) di prevedere l'accadimento dell'evento lesivo. Qualora, invece, malgrado l'attenzione, la diligenza e la prudenza il soggetto agente non avrebbe potuto, in alcun modo, prevedere l'evento lesivo, la sua condotta non potrebbe mai essere giudicata colposa giacché il punto di partenza del giudizio di responsabilità colposa non può che far riferimento alla condizione oggettiva e soggettiva nella quale si trovava il sog-

getto agente nel momento in cui ha compiuto l'azione che ha permesso il verificarsi della lesione. Sul punto si è pronunciata anche la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 166 del 28 novembre 1973, con la quale è stato affermato il principio secondo il quale la mitigazione della colpa può essere invocata e riconosciuta solo quando essa consegua all'imperizia (al riguardo della cui ricorrenza occorre valutare la difficoltà di individuazione e soluzione di particolari problemi tecnici che comporta anche il rischio, a volte percentualmente alto, di insuccesso) mentre deve essere giudicata senza alcuna mitigazione la colpa che sia frutto della negligenza o dell'imprudenza (e siamo al nostro caso) che dipendono, unicamente, da una (ingiustificata) condizione soggettiva dell'agente.

Ma può dirsi veramente ingiustificata la condizione soggettiva del medico che sia sfibrato dalla abituale durata di turni massacranti, privato dei normali riposi infragiornalieri, dei riposi compensativi, del riposo settimanale e magari anche del-

le ferie? Seppure sembri l'improbabile elenco stilato da un soggetto affetto da mania di persecuzione è, invece, la reale situazione di molti medici ospedalieri.

Tuttavia e ciò nonostante, si deve ritenere che la condizione soggettiva sopra descritta non possa costituire esimente della responsabilità penale per il reato colposo di cui si è fino ad ora parlato, ma ne costituisca, piuttosto, un'aggravante oltre che per i motivi già esposti, anche per l'ulteriore considerazione che il medico che si trovi a subire l'inadempimento del suo datore di lavoro al Ccnl non è privo di strumenti di tutela e ben può (e dovrebbe) rivolgersi all'Autorità Giudiziaria per chiedere l'adempimento del contratto e la cessazione della condotta lesiva dei suoi interessi materiali e dei suoi, incompressibili, diritti personali primo fra tutti quello di non essere posto in condizione di agevolare il proprio errore professionale.

Rosa Cervellione Augello
Avvocato in Milano

L'irrinunciabile diritto alle ferie ovvero, tutto quello che avreste voluto sapere sulle ferie e non avete mai osato chiedere

di Rosa Cervellione Augello

È circostanza (purtroppo) nota alle cronache, che di quando in quando, le strutture ospedaliere mettono in atto delle strategie volte ad “espropriare” i medici delle ferie delle quali non hanno potuto godere.

Naturalmente, per valutare la correttezza o meno del comportamento del datore di lavoro occorre conoscere il motivo per il quale le ferie non sono state fruito a tempo debito.

Ometteremo di indagare, in questa sede, l'ipotesi (pressoché ignota alle cronache) in cui sia stato il medico a rifiutare le ferie e le conseguenze per esso stesso e per il datore di lavoro.

Esamineremo, invece, l'ipotesi in cui fosse stato lo stesso datore di lavoro ad impedire, di fatto, la fruizione delle ferie.

Una delle modalità attraverso le quali rendere impossibile la fruizione delle ferie è la semplice omissione dell'adeguato e tempestivo piano annuale da predisporre, come prevede la legge, d'intesa con i dipendenti.

Diversamente, adducendo motivi di servizio (che in determinati casi sono del tutto plausibili), l'amministrazione non accetta il piano delle ferie proposto dal dipendente senza motivarne specificamente le ragioni e senza proporre uno diverso; in altri casi, invece, viene proposto un piano delle ferie che ne preveda la fruizione per periodi molto brevi (da 1 a 8 giorni) e quindi di durata inferiore ai 15 giorni continuativi ai quali il lavoratore, ricorrendo alcune condizioni, avrebbe diritto; in altri casi ancora il periodo delle ferie viene comunicato tanto a ridosso della sua data da non consentire al dipendente alcuna programmazione delle stesse.

Qualunque sia la ragione per la quale il datore di lavoro impedisce od ostacola la fruizione delle ferie è bene che sia chiaro che tale comportamento è illegittimo e le volte che è stato portato all'attenzione della magistratura, è stato sempre severamente censurato.

Infatti, nel titolo terzo della Costituzione Italiana che si intitola “Rapporti economici” è inserito l'art. 36 che al 3° comma recita testualmente “*Il lavoratore ha diritto al riposo settimanale e a ferie annuali retribuite, e non può rinziarvi*”.

Da ciò si deduce che quello alle ferie, non solo è un diritto irri-

nunciabile del lavoratore, costituzionalmente garantito e inderogabile, ma che è sottratto al suo stesso potere di rinuncia.

La tutela accordata a tale diritto nella stessa Costituzione ne impedisce qualsiasi modifica sia mediante specifiche previsioni normative (che sarebbero di rango inferiore alla Costituzione) sia, ed a maggior ragione, mediante pattuizioni contrattuali che, in ogni caso, sarebbero del tutto nulle.

Da ciò discende che non solo non è negoziabile la rinuncia alle ferie ma che ne è impossibile anche la sostituzione con il denaro anche a titolo di retribuzione¹.

L'art. 36 della Costituzione trova, inoltre, il suo completamento nell'articolo 2109 del Codice Civile che stabilisce il diritto ad una fruizione delle ferie “possibilmente” continuativa, che deve temperare i reciproci interessi dell'impresa e del lavoratore; la ragione della continuità è facilmente intuibile: la previsione delle ferie è posta a presidio dell'integrità fisica e psichica del cittadino prestatore di lavoro subordinato e, quindi, il periodo di riposo ha la funzione di ricostituire le forze del lavoratore; funzione che, come i medici ben sanno, non potrebbe essere assolta in un brevissimo periodo di tempo che sarebbe insufficiente a reintegrarne e ritemperarne le energie fisiche. Difatti la giurisprudenza e la dottrina sono contrarie a ritenere che singole giornate di ferie, specialmente se imposte dal datore di lavoro, unilateralmente e in assenza di accordo con il lavoratore, possano essere considerate frazioni del riposo annuale.

Le modalità di godimento delle ferie trovano la loro regolamentazione sia nel Ccnl (Ccnl del 1996, art. n. 21) che nei Decreti Legislativi n. 66/2003 e 213/2004. Le previsioni contenute in questi documenti tracciano una linea di demarcazione tra prima di esse e dopo di esse.

Prima del 2003, come abbiamo visto, esistevano:

- l'art. 36, 3° comma, della Costituzione;
- l'art. 2109 del Codice Civile che nella sua formulazione originaria, riconosceva il diritto alle ferie solo “*dopo un anno d'ininterrotto servizio*”;
- nel 1963 la Corte Costituzionale con la sentenza n. 66 ha

¹ Secondo la circolare 8/2005 del Ministero del Lavoro potrebbe, invece, essere sostituita con la retribuzione quella parte di ferie superiore ai 20 giorni minimi previsti dal D.Lgs. 66/2003 che, eventualmente, risulti non utilizzata allo scadere dei 18 mesi, contati dalla fine dell'anno di pertinenza. Tale indicazione viene però smentita dalla Corte di Giustizia Europea.

soppresso quest'ultima limitazione;

- anche la Cassazione si è pronunciata diverse volte sulla materia delle ferie ed ha stabilito che *“le singole assenze non possono rappresentare un compenso sostitutivo delle ferie annuali”* ritenendo, di conseguenza, che il *“lavoratore possa legittimamente pretendere di fruire dell'intero periodo spettante per contratto, in caso di unilaterale azione di scomputo di giornate singole dalle ferie annuali, previa disponibilità a riversare all'azienda la retribuzione percepita nelle stesse giornate considerate dall'azienda “in conto ferie”*. (4/2/71 n°264)

- sempre secondo l'art. 2109 c.c., il datore di lavoro ha l'onere di comunicare preventivamente, con congruo e ragionevole preavviso, il periodo concesso per la fruizione delle ferie e questo, evidentemente, per consentire al lavoratore di organizzare, in tempo utile, la fruizione di tale periodo; tuttavia il datore di lavoro può, per reali e comprovate esigenze di servizio, modificare od interrompere il periodo di ferie già determinato ovviamente facendosi carico degli oneri economici che ne derivano (treni, aerei, alberghi, ed inoltre disagio e oneri familiari); la facoltà di spostare il godimento delle ferie, dunque, resta *“prevista solo per eccezionali e motivate esigenze di servizio”* (C. Cost. 543/90); tale indicazione è stata riconfermata dalla Cassazione che ha sancito che *“il potere del datore di lavoro non è del tutto arbitrario e privo di vincoli, ma deve tener conto anche degli interessi del prestatore... senza essere vessatorio e dimentico delle legittime esigenze di quest'ultimo”* (C. Cass.13980/00). Questa indicazione corrisponde al principio di *“infrannualità”* delle ferie da cui deriva un *“divieto di imporre al lavoratore lo smaltimento in anni successivi delle ferie arretrate accumulate sia per diniego del datore di lavoro ma anche, fatto assai rilevante, per oggettiva preclusione”* (Cassazione 13980/00) dovendo inoltre risarcire il danno subito dal lavoratore.

- Sempre la Cassazione (2569/01) ha affermato il diritto (del lavoratore *nda*) a non accettare indennità sostitutive, in caso di mancata fruizione sostenendo che *“il lavoratore ha diritto alla fruizione delle stesse (ferie) anche in anni successivi, in applicazione del diritto al risarcimento in forma specifica”* (art 2058, comma 1 c.c.): vanno quindi considerate *“nulle le clausole, anche collettive, che prevedano altrimenti”*. Ne consegue che spetta comunque al datore di lavoro, in quanto titolare del diritto/dovere di organizzatore del lavoro ed organizzatore anche del periodo feriale, provare l'esistenza delle concrete esigenze ostative aziendali.

- Nel 2001 la Cassazione (14020/2001) ha affermato il diritto alla maturazione delle ferie anche durante l'assenza per malattia statuendo la *“nullità”* di accordi che contemplino la decurtazione del periodo corrispondente.

Dopo il 2003, in questo panorama normativo e giurisprudenziale, è intervenuto il D.Lgs. 66/03 che ha introdotto in modo espresso il *“divieto di monetizzare il periodo di ferie”* corrispondente alle 4 settimane previste dalla legge (salvo in caso di risoluzione del rapporto di lavoro. Il decreto limita con precisione il campo di applicabilità della normativa ed infatti prevede che: *“le disposizioni contenute nel presente decreto si applicano a tutti i settori di attività pubblici e privati con le uniche eccezioni del lavoro*

ro della gente di mare di cui alla direttiva ... omissis ... del personale di volo nella aviazione civile di cui alla direttiva ... omissis ... e dei lavoratori mobili per quanto attiene ai profili di cui alla direttiva ... omissis ...” (art. 2, comma 1).

In particolare risulta interessante l'applicabilità senza vincoli, e per tutti, dell'art. 10 sulle ferie così come sarà poi modificato dal D.Lgs. 213/2004, che rinvia i termini di fruibilità delle ferie annuali a 18 mesi dal termine dell'anno di riferimento, contrariamente alla previsione normativa precedente, relativa al pubblico impiego, che definiva come ultima proroga, e per motivate esigenze di servizio, i 6 mesi successivi l'anno di pertinenza. Seppure la regola generale preveda espressamente che debbano essere applicate le indicazioni di maggior favore per i lavoratori, sulla materia occorre, comunque, fare riferimento alla Circolare interpretativa del Ministero del Lavoro n. 8 del 2005 che indica tre periodi distinti di ferie:

- Il primo di almeno *“due settimane, da fruirsi in modo ininterrotto nel corso dell'anno di maturazione”*, su richiesta del lavoratore (ma nel Ccnl si parla di *“15 giorni continuativi tra il 1 giugno ed il 30 settembre”*, ovvero secondo l'interpretazione dell'Aran, nell'articolazione dell'orario di lavoro su 5 giorni settimanali, di tre settimane e, nell'articolazione su 6 giorni, di 2 settimane e tre giorni). Se al termine dell'anno di pertinenza tale periodo non fosse stato fruito, il datore di lavoro sarà passibile di sanzione (la sanzione è prevista anche nel caso in cui solo una parte di detto periodo non sia stata goduta dal lavoratore e anche nell'ipotesi in cui il godimento delle ferie sia in corso).

- Un secondo periodo di *“due settimane nei successivi 18 mesi”*; nel caso in cui la contrattazione collettiva stabilisca termini meno favorevoli (l'art 2109 del c.c., comma 2, dispone, infatti, che la durata delle ferie è stabilita dai contratti collettivi e nel pubblico impiego sono citati i 6 mesi dell'anno successivo) se la fruizione avviene in difformità alle regole ma, comunque, nel termine dei 18 mesi, si configurerà, da parte dell'ente datore di lavoro, una violazione esclusivamente contrattuale. Ciò sta a significare che la violazione delle norme in materia di ferie sono, tra di loro, in un rapporto di implicita gerarchia intendendosi di maggiore entità una violazione di legge rispetto ad una violazione contrattuale a maggior ragione quando quest'ultima avvenga per tutelare il diritto alle ferie del lavoratore stesso. Infatti, la violazione contrattuale che consiste nel procrastinare i termini di fruizione delle ferie, seppure apparentemente sembrerebbe a svantaggio del lavoratore, in situazioni particolari come, ad esempio, nel caso in cui la normale fruizione sia impedita dalla cronica carenza di personale, si traduce in una tutela del lavoratore stesso che altrimenti, per esigenze del servizio, si troverebbe senza ferie e senza poter monetizzare quelle non usufruite.

- Un terzo periodo, *“superiore a quello minimo di 4 settimane, potrà essere fruito anche in modo frazionato o in alternativa monetizzato”*, tenendo conto della normativa prevista per il pubblico impiego (tale tesi è stata avvalorata dal Tribunale di Milano con la sentenza 3 marzo 2005 n. 793). Questa interpretazione, però, è stata messa in discussione dalla giurisprudenza comuni-

L'irrinunciabile diritto alle ferie

taria. E invero, secondo i giudici europei, non possono considerarsi giorni di ferie "eccedenti" (e quindi monetizzabili) i "giorni accumulati dal minimo legale di ferie di un anno precedente" (come invece ritiene il governo olandese) e con la sentenza 6 aprile 2006, (causa C-124/05 Federazione olandese dei sindacati - Fnv c. Paesi Bassi), la Corte di giustizia europea ha affermato che "l'art. 7, par. 2, direttiva n. 2003/88 sull'orario di lavoro deve essere interpretato nel senso che osta alla normativa nazionale", di divergente contenuto. Comunque anche la giurisprudenza nazionale si è posta a tutela di questo diritto spesso infranto stabilendo che "il lavoratore che abbia accumulato ferie maturate in anni precedenti non decade mai dal relativo diritto, salvo che il datore di lavoro non provi un rifiuto del dipendente a goderne". (Cassazione 2569, 21 febbraio 2001).

Quindi qualunque ente o datore di lavoro che disponga o voglia disporre la soppressione delle ferie residue, afferma e cerca di imporre regole vessatorie al di fuori della legge, poco conta se con l'avvallo delle Oo.Ss che comunque non hanno, sull'argomento, in trattativa decentrata e per ovvi motivi, piena delega. (Ccnl 2002-2005 art 4 comma 2, art 6 comma 1 lettera B).

Non deve né può, quindi, essere elusa la normativa posta a tutela del lavoratore, costituita dal diritto alla fruizione delle ferie nell'anno di pertinenza (e nel caso di eccezionali e motivate esigenze di servizio, entro i primi 6 mesi dell'anno successivo), mediante l'applicazione della legge imposta in forza di un criterio interpretativo "di comodo", per cui, dopo aver, in alcuni casi palesemente e per iscritto, negato la fruizione delle ferie nei tempi e modi previsti per legge, si obblighino i medici a rispettare date del tutto arbitrarie pena la decadenza del diritto e soppressione delle stesse. Tale decadenza e la relativa soppressione sono altrettanto arbitrarie ed, in ogni caso, avulse sia dal dettato normativo che dagli orientamenti giurisprudenziali: dal diritto alle ferie non può decadersi; tutt'al più, come anzi detto, si può, eventualmente, e con il consenso del singolo lavoratore, monetizzarne quella quota, superiore ai 20 giorni minimi previsti, che eventualmente risulti non utilizzata allo scadere dei 18 mesi, contati dalla fine dell'anno di pertinenza.

Rosa Cervellione Augello
Avvocato in Milano

SINTESI DELLE NORMATIVE SUI PERIODI DI FERIE

1. Almeno 15 giorni continuativi di ferie (tra 1/6 e 30/9): nell'articolazione su 5 giorni equivalgono a tre settimane (Aran: interpretazione autentica).
2. Diritto alle ferie (Costituzione art 36 comma 3) per la tutela dell'integrità fisica e dello stato di salute del lavoratore.
3. Diritto ad una fruizione possibilmente continuativa (art 2109 c.c.) In caso di frazionamento: frazioni lunghe, infatti le assenze brevi non possono permettere al lavoratore di reintegrare e ritemperare le proprie energie fisiche.
4. Le singole giornate di assenza, imposte, non possono rappresentare un compenso sostitutivo delle ferie annuali (Cassazione 4/2/1971 n° 264). Nel caso di tale imposizione il lavoratore può pretendere legittimamente di fruire dell'intero periodo spettante per contratto.
5. Il datore di lavoro ha l'obbligo di comunicare preventivamente il periodo concesso (con congruo e ragionevole preavviso - art 2109 c.c) per consentire al lavoratore una adeguata programmazione.
6. Il datore di lavoro può, per reali e comprovate esigenze di servizio, interrompere il periodo di ferie già programmato facendosi però carico di tutti gli oneri economici diretti ed accessori che tale rientro comporta per il lavoratore. La facoltà di spostare le ferie è quindi prevista per eccezionali e motivate esigenze di servizio (C. Costituzionale 543/90) senza che ciò divenga vessatorio e nel rispetto delle esigenze del lavoratore.
7. Il principio della infrannualità delle ferie comporta il divieto di imporre lo smaltimento delle ferie arretrate in anni successivi (Cassazione 13980/00) ed indica anche il risarcimento del danno patito dal lavoratore.
8. Sempre la Cassazione (2569/01) ha stabilito il diritto a non accettare indennità sostitutive: il lavoratore ha infatti il diritto al risarcimento in forma specifica (ovvero poter usufruire delle ferie anche in anni successivi (art. 2058, comma 1 c.c.).
9. D.Lgs 66/2003: divieto di monetizzazione del periodo minimo (4 settimane) salvo risoluzione del rapporto di lavoro. Distingue tre periodi:
 - a) due settimane continuative da effettuare obbligatoriamente entro l'anno di pertinenza
 - b) due settimane nei successivi 18 mesi
 - c) il periodo superiore a quello minimo, che potrà essere anche frazionato.
10. Non v'è decadenza del periodo di ferie accumulato, salvo che il datore di lavoro "provi" un rifiuto del dipendente a goderne. (Cassazione 2569/01)
11. Nessuno può sopprimere arbitrariamente le ferie residue, non esiste, infatti, nelle leggi vigenti, avvallo in tal senso.
12. Le Oo.Ss non hanno delega per produrre accordi sull'argomento, quindi qualsiasi firma sia stata apposta, nelle trattative aziendali, vale solo a titolo personale e non può produrre effetto vincolante per i lavoratori.

RASSEGNA NORMATIVA

Ccnl 1994/1997

Articolo 21 - Ferie e festività

1. Il dirigente ha diritto, in ogni anno di servizio, ad un periodo di ferie retribuito pari a 32 giorni lavorativi, comprensivi delle due giornate previste dall'articolo 1, comma 1, lettera "a", della L. 23 dicembre 1977, n. 937. In tale periodo, al dirigente spetta la retribuzione di cui alla tabella allegato n. 4.

2. Il periodo di ferie per coloro che accedono alla qualifica di dirigente dopo la stipulazione del presente contratto - fatti salvi coloro che risultino essere già dipendenti del comparto - è di 30 giorni lavorativi comprensivi delle due giornate previste dal comma 1. Dopo tre anni di servizio agli stessi dirigenti spettano i giorni di ferie previsti nel comma 1.

3. Nel caso che presso la struttura cui il dirigente è preposto l'orario settimanale di lavoro sia articolato su cinque giorni, il sabato è considerato non lavorativo ed i giorni di ferie spettanti ai sensi dei commi 1 e 2 sono ridotti, rispettivamente, a 28 e 26, comprensivi delle due giornate previste dall'articolo 1, comma 1, lettera "a", della L. 23 dicembre 1977, n. 937.

4. Al dirigente sono altresì attribuite 4 giornate di riposo da fruire nell'anno solare ai sensi ed alle condizioni previste dalla menzionata legge n. 937/1977.

5. La ricorrenza del Santo Patrono della località in cui il dirigente presta servizio è considerata giorno festivo purché ricadente in giorno lavorativo.

6. Nell'anno di assunzione o di cessazione dal servizio la durata delle ferie è determinata in proporzione dei dodicesimi di servizio prestato. La frazione di mese superiore a quindici giorni è considerata a tutti gli effetti come mese intero.

7. Il dirigente che è stato assente ai sensi dell'art. 23 conserva il diritto alle ferie.

8. Le ferie sono un diritto irrinunciabile e non sono monetizzabili, salvo quanto previsto nel comma 13. Esse sono fruite, anche frazionatamente, nel corso di ciascun anno solare in periodi programmati dallo stesso dirigente nel rispetto dell'assetto organizzativo dell'azienda o ente; in relazione alle esigenze connesse all'incarico affidato alla sua responsabilità, al dirigente è consentito, di norma, il godimento di almeno 15 giorni. continuativi di ferie nel periodo dal 1 giugno al 30 settembre.

9. In caso di rientro anticipato dalle ferie per necessità

di servizio, il dirigente ha diritto al rimborso delle spese documentate per il viaggio di rientro in sede e per quello di eventuale ritorno al luogo di svolgimento delle ferie, nonché all'indennità di missione per la durata del medesimo viaggio; il dirigente ha inoltre diritto al rimborso delle spese anticipate e documentate per il periodo di ferie non goduto.

10. Le ferie sono sospese da malattie che si siano protratte per più di 3 giorni o abbiano dato luogo a ricovero ospedaliero. L'azienda o ente, cui è inviata la relativa certificazione medica, deve essere tempestivamente informata.

11. In caso di indifferibili esigenze di servizio o personali che non abbiano reso possibile il godimento delle ferie nel corso dell'anno, le ferie dovranno essere fruite entro il primo semestre dell'anno successivo.

12. Il periodo di ferie non è riducibile per assenze per malattia o infortunio, anche se tali assenze si siano protratte per l'intero anno solare.

In tal caso, il godimento delle ferie avverrà anche oltre il termine di cui al comma 11.

13. Fermo restando il disposto del comma 8, all'atto della cessazione dal rapporto di lavoro, qualora le ferie spettanti a tale data non siano state fruite per esigenze di servizio o per cause indipendenti dalla volontà del dirigente, l'azienda o ente di appartenenza procede al pagamento sostitutivo delle stesse (procedura attualmente non più attuabile). Analogamente si procede nel caso che l'azienda o ente receda dal rapporto ai sensi dell'art 36.

Decreto Legislativo 66/2003

Art. 10 - Ferie annuali

L'articolo stabilisce il periodo minimo di ferie annuali retribuite: quattro che i contratti collettivi possono modificare con condizioni di miglior favore (comma 1) ma non si possono sostituire con indennità, salvo risoluzione del rapporto di lavoro (comma 2).

Decreto Legislativo 213/2004

Art. 1 comma d)

"Va goduto per almeno 2 settimane, consecutive in caso di richiesta del lavoratore, nel corso dell'anno di maturazione e per le restanti due settimane, nei 18 mesi successivi al termine dell'anno di maturazione" In caso di violazione è prevista la seguente sanzione amministrativa: da 130 euro a 780 Euro, per ogni lavoratore e per ciascun periodo cui si riferisca la violazione.

