

quotidianosanita.it

Mercoledì 06 MARZO 2019

Orario di lavoro. C'è ancora molto da fare per rispettare il diritto al riposo “senza interruzioni”

Una recente [sentenza della Corte europea](#) ha aperto uno spiraglio sulla possibilità di inserire la reperibilità nell'orario di lavoro. Il caso riguardava un pompiere volontario belga, ma la battaglia per estendere tale ipotesi in sanità è molto difficile. Mentre si può vincere quella per cancellare il “riposo frazionato” previsto dalla norma italiana

Non dobbiamo mai dimenticare di essere medici. Utilizziamo evidenze scientifiche inoppugnabili, più che disquisire di commi ed articoli di legge (spesso impropriamente) con queste potremo abbattere quei nonsense giuridici/giurisprudenziali che incontriamo nel nostro cammino professionale. Spesso invece cerchiamo di competere e destreggiarci in un ambito che non è il nostro.

Non dimentichiamoci mai che le premesse della Direttiva europea [2003/88 Ce](#) scaturiscono tutte da considerazioni sanitarie ed epidemiologiche; quindi tutela della salute piuttosto che ambito giuridico-dottrinale.

L'oggetto dello scontro è relativo ai danni biologici che le disposizioni adottate in Italia possono provocare nei lavoratori costretti a turnazioni serrate e stressanti. Il lavoro medico comprende i turni di notte ma non è possibile accettare qualsiasi disposizione che ci esponga ad un aumentato tasso di malattie.

Prendiamo in oggetto il sonno, quella fase della vita che accettiamo come naturale ma della quale solo da poco stiamo tentando di svelare i misteri. Negli anni 80 si facevano ipotesi contraddittorie oggi dopo oltre 30 anni, **Michael Rosbash** è stato insignito del premio Nobel 2017 per la Medicina per aver scoperto un gene (il Period) che regola il ritmo circadiano e che dà origine ad una proteina che si accumula di giorno nelle cellule e si metabolizza di notte.

Le fasi della giornata sono scandite come è noto dal ciclo del cortisolo. L'organismo stesso può ovviamente cercare di adattarsi a variazioni di questo ciclo solo in tempi di media portata. Per fare un esempio ricordatevi del jet lag: le stesse difficoltà avvengono per quei mini jet lag che nascono da attività notturne strenue e faticose e tutti noi li abbiamo provati.

Tutti questi sintomi sono stati minuziosamente studiati nei paesi anglosassoni e sono stati correlati ad un incremento di patologie sia cerebro e cardiovascolari che tumorali dalla Harvard Medical School.

Il premio Nobel Prof. Rosbash nello specifico afferma: “*È il biologico che diventa sociale. Se alteri ritmi circadiani, magari perché lavori di notte (...) alteri la fisiologia delle cellule* “ e rischi una serie di malattie, “*dovremmo imparare a tenerne conto nella programmazione dei turni di lavoro*”.

Ma qual è l'orientamento della giurisprudenza nazionale e comunitaria? Quest'ultima lo ricordiamo si basa sul principio della Common Law ovvero “sentenza fa giurisprudenza”.

Già nel 1988 in una sentenza della Corte di Giustizia (C133/88 F.Ili Costanzo) era stato posto l'accento sulla automaticità applicativa delle disposizioni europee:

30 gli obblighi derivanti da tali disposizioni valgono per tutte le autorità degli Stati membri. 31 omissis .. tutti gli organi dell'amministrazione, compresi quelli degli enti territoriali, come i comuni, sono tenuti ad applicare le suddette disposizioni.

33 «, al pari del giudice nazionale, l'amministrazione, anche comunale, è tenuta ad applicare l'art. 29, n. 5, della direttiva 71/305 del Consiglio e a disapplicare le norme del diritto nazionale non conformi a questa

disposizione».

Quindi: l'amministrazione (è obbligata) è tenuta, non... può o potrebbe; in estrema sintesi: prevalenza del diritto europeo su quello nazionale, solo se di maggior tutela; obbligo di applicazione locale diretta (anche periferica); diritto al risarcimento.

Nonostante ciò la Direttiva europea primigenia del 1993 (93/104 CE) è stata recepita in Italia solo nel 2003 (66/2003) ed è entrata in vigore ben 23 anni dopo per i medici ed il personale sanitario.

Anzi visti gli effetti dopo le sentenze del 2007 e le risposte agli interpelli del Ministero del Lavoro si è cercato di inattivarne le indicazioni con il comma 4 dell'art. 41 della L 133/08, quello del sospende ma non interrompe il periodo di riposo e trasforma l'obbligo di riposo minimo da periodo sufficientemente lungo e continuo in un nonsenso e partorendo il "riposo spezzatino", ed il comma

13 che escludeva specificamente i lavoratori della sanità dai benefici della Direttiva.

Su quest'ultimo la battaglia Anaa ha avuto ragione in sede Comunitaria ed il governo nel 2015 è stato obbligato ad abrogare la deroga del comma 13 mentre resta ancora attivo il comma 4 utilizzando una visione esclusivamente datoriale e non rispettosa delle indicazioni della Direttiva.

Due capisaldi del Diritto Comunitario il "favor" ed il "non regresso" sono ignorati senza alcuna finezza giuridica e senza reazioni di sorta.

Il sonno e la sua fisiologia sono bellamente ignorati, le fasi REM ridicolizzate.

Viene istituito per legge il sonno ON-OFF. Infatti ON quando ti chiamano a casa, ma non è orario di lavoro, ed OFF quando rientri a casa, riposandoti ovviamente anche nel tragitto dopo aver lavorato; e questo risulta possibile, senza alcuna disposizione di salvaguardia, anche più volte per notte. Dalle 11 ore minime di riposo andranno recuperate solo quelle in servizio attivo.

La definizione UE di orario di lavoro descrive correttamente la realtà lavorativa della reperibilità? La risposta è NO. C'è obbligo di luogo (vicino per poter raggiungere celermente il posto) un vincolo importante che limita le possibilità di spostamento e di luogo (campo telefonico ad esempio), si è a disposizione del datore e si è nell'esercizio delle proprie funzioni

Si è a disposizione del datore di lavoro? Si lo si è (in attesa di una eventuale chiamata).

Nel caso SIMAP (C-303/98), il sindacato spagnolo chiese di equiparare la reperibilità all'orario di lavoro, con esito negativo. Tuttavia l'Avv. generale del caso SIMAP (3 Ottobre 2000) **A. Saggio**, nelle sue "Conclusioni" aveva una visione più vicina alle richieste dei ricorrenti che non al giudizio finale della Corte: *".....la ratio della direttiva, che è appunto quella di assicurare ai lavoratori un tempo ragionevole di riposo."*

Al punto 38 poi: *"Ineffetti, la circostanza che il lavoratore reperibile non possa comunque aver la disponibilità totale e assoluta del proprio tempo rende infondata una interpretazione delle norme in esame che conduca a includere i periodi di reperibilità nell'orario di riposo."*

Ed ancora esprime il concetto che la reperibilità passiva non è riposo ed i sanitari: *"..... hanno comunque titolo, al termine di questo periodo, alle ore di riposo minimo"*

La SIMAP ha condizionato negativamente tutte le cause successive per circa 20 anni sino alla [sentenza C-518/15 Matzak](#) del 21 Febbraio 2018. [Il signor Matzak pompiere volontario, quindi non dipendente, nella città di Nivelles in Belgio, 25.000 abitanti circa su un territorio di circa 60 Km quadrati (dati importanti), riceveva un compenso fisso annuo dall'amministrazione locale per rendersi disponibile al servizio antiincendio presso la sede dei pompieri entro 8 minuti dalla chiamata, avendo in più l'obbligo di residenza nella stessa cittadina. Nel 2009 dopo 29 anni di servizio ha intentato una causa contro la città di

Nivelles ipotizzando la mancata retribuzione delle ore di reperibilità al domicilio e chiedendo a titolo risarcitorio simbolico 1 euro].

La domanda posta alla Corte di Giustizia: *“se la direttiva 2003/88 (...) osti alla possibilità di considerare le ore di guardia al proprio domicilio come orario di lavoro qualora i vincoli gravanti su quest'ultimo durante la guardia (la presenza in 8 minuti), limitino in modo significativo le possibilità di svolgere altre attività”* (questo nonostante il lavoratore sia al proprio domicilio) l'Avvocato Generale **Eleanor Sharpston** ha risposto: *“I vincoli sono di natura tale da limitare in modo oggettivo le possibilità di un lavoratore che si trovi nella condizione del sig. Matzak di dedicarsi ai propri interessi personali e sociali”*.

Quindi il quarto punto della sentenza ribalta quanto precedentemente sostenuto dalla CGCE o almeno ne introduce un'invocabile *“.....le ore di guardia che un lavoratore trascorre al proprio domicilio con l'obbligo di rispondere alle convocazioni del suo datore di lavoro entro 8 minuti, obbligo che limita molto fortemente le possibilità di svolgere altre attività, devono essere considerate come orario di lavoro.”*

Questo apre prospettive impensabili sino a poco tempo orsono.

Sulla scorta della sentenza Matzak sono state tentate cause e sortite in diversi paesi della Comunità con risultati del tutto differenti anche all'interno del medesimo paese come ci ha riportato dalla FEMS **Alessandra Spedicato**: *“In Austria la reperibilità con obbligo di raggiungere il posto di lavoro in 30 minuti è considerata “orario di lavoro”, lo stesso in Finlandia con obbligo in 5' mentre in altri Stati la disponibilità entro 15' non è considerata orario di lavoro. In Spagna ci sono state due*

sentenze differenti e contrarie. Nella prima ha prevalso il confronto tra i tempi di obbligo per l'accesso e 30 minuti sono stati considerati troppi e non vincolanti, mentre in un'altra è stata posta particolare attenzione più che al dato tempo alla restrizione della vita sociale del lavoratore”.

Questo pone in evidenza come sia estremamente difficoltoso stabilire una definizione chiara ed universale e che si adatti uniformemente a tutti gli stati membri soprattutto se il criterio fondamentale sia il tempo stabilito per raggiungere il luogo di lavoro. In Spagna tuttavia credo sia stata interpellata la sola magistratura ordinaria.

Quali le contraddizioni e quali le difficoltà?

1. Non sarà facile superare quanto viene statuito dalla sentenza SIMAP.
2. Si dovrà cercare un'equiparazione tra gli 8 minuti della città di Nivelles ed il tempo previsto per la pronta disponibilità sul territorio italiano (in alcune trattative aziendali parametrato ancora in 30 minuti, di solitosottintesi).
3. C'è l'equivoco generato da quanto riportato nella L. 133 del 2008, Legge alla quale si sono ispirati i magistrati soprattutto dopo l'interpello al Ministero del Lavoro n° 13 del 2008 (29 Maggio 2008) che sconfessava il precedente n° 31 del 2007 (5 Novembre 2007) che era favorevole alle istanze dei lavoratori sull'argomento: il riposo minimo doveva iniziare con la fine dell'ultima chiamata.
4. Nei paesi della UE c'è una certa confusione nelle applicazioni e nei richiami alla sentenza Matzak, esattamente il contrario di quanto è stabilito dalla Comunità stessa che vorrebbe norme universali in tutti i paesi UE e valide per tutti i cittadini europei ovunque si trovino a lavorare.

In più in Italia dobbiamo superare anche il comma 4 dell'articolo 41 della Legge 133/2008 è, per quanto ci è dato capire, assolutamente contrario alle disposizioni fondamentali della Direttiva europea 2003/88 Ce, eppure nonostante ciò è del tutto vigente .

Quanto pretende di stabilire è basato su una visione non scientifica del riposo: le fasi REM non si ricostruiscono o sostituiscono a piacere. Le ore di riposo spezzate non possono in alcun modo sostituire quelle della definizione europea: *“sufficientemente lunghe e continue”*.

Il premio Nobel per la medicina 2017 ha posto in evidenza come le alterazioni del ciclo circadiano siano causa della mancata eliminazione di una proteina che è direttamente correlata ad una maggiore probabilità di malattia.

Quindi come medici possiamo dimostrare l'assurdità scientifica, prima ancora che giuridica, di questa deroga portando, come già suggerito dalla Commissione europea, il dato non conforme alla Comunità per l'apertura di una infrazione o attraverso una causa pilota in alternativa.

Infatti ad una interrogazione italiana, da me suggerita, alla Commissione europea la signora **Marianne Thyssen** (Commissione Impiego, Affari Sociali) ha così risposto: *“La corretta attuazione e applicazione delle direttive UE, come recepite nella legislazione nazionale, è principalmente di competenza delle autorità nazionali, compresi gli ispettorati del lavoro e i tribunali. In caso di problemi nel recepimento della direttiva sull'orario di lavoro, la Commissione può avviare una procedura di infrazione.”*

Quindi, allo stato attuale delle cose, con un po' di concretezza possiamo affermare che l'inserimento della reperibilità nell'orario di lavoro è un “sogno” per il futuro mentre l'abrogazione della deroga di cui all'articolo 41 comma 4 una importante possibilità da concretizzare.

Sergio Costantino

Direzione Nazionale Anaa, Segreteria Regionale Anaa Lombardia