

LA RETRIBUZIONE DEL PERIODO FERIALE NEL COMPARTO DELLA SANITA' PUBBLICA

1) La questione

La contrattazione collettiva del comparto della sanità (accordo 21 maggio 2018), che disciplina il rapporto di lavoro delle professioni sanitarie nella loro generalità, con esclusione della dirigenza medica, non diversamente da moltissime contrattazioni collettive, indica con (relativa) precisione la base di computo da utilizzare per quantificare il pagamento di ogni giornata di ferie goduta dal personale.

Al pari di molti altri contratti collettivi, anche quello in esame effettua un generale richiamo alla retribuzione ordinaria, specificando, tuttavia, che talune indennità debbano essere escluse, allorché si tratti d'individuare la retribuzione durante le ferie; il riflesso economico di accordi collettivi di questa natura determina che i prestatori d'opera vedano compensato ogni giorno di assenza per questa ragione con una retribuzione anche del 30% inferiore a quella erogata quando sono in servizio.

Legittimo?

Fino a qualche tempo fa, pochi avrebbero dubitato sulla correttezza di quelle clausole contrattuali che avessero escluso questa o quella indennità, riconosciuta aggiuntivamente rispetto alla retribuzione base e agli altri elementi costitutivi della retribuzione, cosiddetta, ordinaria (esemplificativamente: retribuzione base, stipendio tabellare, contingenza, terzi elementi, indennità di posizione, indennità di vacanza contrattuale etc.). La giurisprudenza, sia di merito sia di legittimità, in moltissime occasioni, affermato che:

“In tema di retribuzione dovuta al prestatore di lavoro ai fini dei cc.dd. istituti indiretti (mensilità aggiuntive, ferie, malattia e infortunio), non esiste un principio generale ed inderogabile di omnicomprensività e, pertanto, nella quantificazione degli istituti indiretti il compenso per lavoro notturno o straordinario di turno può essere computato esclusivamente qualora ciò sia previsto da specifiche norme di legge o di contratto collettivo” (cass. 813/2013; conformi 28937/2018; cass. 5591/2012; cass. 2872/2008).

L'evoluzione della giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea, tuttavia, ha, di fatto, modificato in modo radicale il quadro, giungendo ad affermare che ai lavoratori che si assentino per ferie debba essere riconosciuta una retribuzione non diversa da quella percepita durante i giorni di lavoro, in modo da non disincentivare il godimento di un diritto fondamentale. Di qui la nullità delle clausole collettive che escludano.

L'approdo a questa conclusione è progressivo e si sviluppa in quasi vent'anni.

2) Le norme di legge e di contratto applicabili al settore sanitario

Il diritto alle ferie retribuite ha plurimi riconoscimenti normativi che, negli anni, hanno trovato costante conferma da parte dei legislatori nazionali e sovranazionali:

- l'art. 2109 c.c. afferma *“il diritto ... ad un periodo annuale di ferie retribuito”* (1942)
- l'art. 36 comma 3 Cost. stabilisce che, oltre al riposo settimanale, il lavoratore abbia diritto *“a ferie retribuite e non può rinunziarvi”* (1948)
- l'art. 24 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo sancisce *“il diritto ... a ferie periodiche retribuite”* (1948)
- l'art. 3 della Convenzione O.I.L. del 24 giugno 1970, ratificata in Italia con legge 157/1981, riconosce il diritto a un *“congedo ... non ... inferiore a tre settimane per un anno di servizio”*, specificando, al successivo art. 7, comma 1 che il lavoratore, *“deve ricevere, per tutta la durata di detto congedo, almeno la normale o media retribuzione ... calcolata secondo un metodo da stabilirsi da parte dell'autorità competente o dall'organismo appropriato in ciascun Paese”* (1981)
- l'art. 31 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (*“Condizioni di lavoro giuste ed eque”*) statuisce che *“Ogni lavoratore ha diritto a condizioni di lavoro sane, sicure e dignitose”*, intendendosi per tale quello di *“ferie annuali retribuite”* (2000)
- l'art. 7 della Direttiva 2003/88/CE (che segue l'omologa norma della Direttiva 1993/104/CE) enuncia che: *“Gli Stati membri prendono le misure necessarie affinché ogni lavoratore benefici di ferie annuali retribuite di almeno 4 settimane, secondo le condizioni di ottenimento e di concessione previste dalle legislazioni e/o prassi nazionali.*
Il periodo minimo di ferie annuali retribuite non può essere sostituito da un'indennità finanziaria, salvo in caso di fine del rapporto di lavoro” (1993/2003)
- l'art. 10 del d.lgs. 66/2003 conferma che *“... il prestatore di lavoro ha diritto ad un periodo annuale di ferie retribuite non inferiore a quattro settimane ...”* (2003)

Accanto alle disposizioni normative comunitarie, costituzionali e ordinarie, la contrattazione collettiva in ambito sanitario ha disciplinato l'istituto in modo tutt'altro che lineare, seguendo una tecnica di redazione disorganica e di non semplice coordinamento.

Il c.c.n.l. attualmente in vigore, sottoscritto il 21 maggio 2018, all'art. 33 c.c.n.l. enuncia, infatti, che:

“1. Il dipendente ha diritto, in ogni anno di servizio, ad un periodo di ferie retribuito. Durante tale periodo, al dipendente spetta la retribuzione di cui agli art. 19, comma 1, del CCNL dell'1.9.1995 (Ferie e Festività) come integrato dall'art. 23, comma 4, del CCNL del 19.4.2004 (Disposizioni particolari).

2. In caso di distribuzione dell'orario settimanale di lavoro su cinque giorni, in cui il sabato è considerato non lavorativo, la durata delle ferie è di 28 giorni lavorativi.

3. Per i dipendenti che invece hanno un'articolazione oraria su sei giorni, la durata delle ferie è di 32 giorni lavorativi.

4. Ai dipendenti assunti per la prima volta in una pubblica amministrazione per i primi tre anni di servizio, comprensivi anche dei periodi lavorati presso altre pubbliche amministrazioni, spettano 26 giorni di ferie in caso di articolazione dell'orario di lavoro su cinque giorni, oppure 30 giorni di ferie in caso di articolazione dell'orario di lavoro su sei giorni. Dopo tre anni di servizio, anche a tempo determinato, spettano rispettivamente 28 giorni lavorativi e 32 giorni lavorativi.

5. Tutti i periodi di ferie indicati nei commi 2, 3 e 4 sono comprensivi delle due giornate previste dall'art.1, comma 1, lettera "a", della L. 23 dicembre 1977, n. 937. 37 6.

A tutti i dipendenti sono altresì attribuite 4 giornate di riposo da fruire nell'anno solare ai sensi ed alle condizioni previste dalla menzionata legge n. 937/77. È altresì considerata giorno festivo la ricorrenza del Santo Patrono della località in cui il dipendente presta servizio, purché ricadente in giorno lavorativo.

7. 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.

8. Il dipendente che ha usufruito dei permessi retribuiti di cui agli artt. 36 (Permessi giornalieri retribuiti) e 38 (Permessi previsti da particolari disposizioni di legge) conserva il diritto alle ferie.

9. Le ferie sono un diritto irrinunciabile e non sono monetizzabili fatto salvo quanto previsto dal successivo comma 11. Esse sono fruite, previa autorizzazione, nel corso di ciascun anno solare, in periodi compatibili con le esigenze di servizio, tenuto conto delle richieste del dipendente.

10. L'Azienda o Ente pianifica le ferie dei dipendenti al fine di garantire la fruizione delle stesse nei termini previsti dalle disposizioni contrattuali vigenti.

11. Le ferie maturate e non godute per esigenze di servizio sono monetizzabili solo all'atto della cessazione del rapporto di lavoro, nei limiti delle vigenti norme di legge e delle relative disposizioni applicative. Fermo restando quanto sopra, il compenso sostitutivo è determinato per ogni giornata, con riferimento all'anno di mancata fruizione prendendo a base di calcolo la retribuzione di cui al comma 1.

...”

Nonostante il successivo art. 35 stabilisca che le due norme indicate al comma 1 “cessano d'avere efficacia” con l'entrata in vigore del contratto collettivo, la stessa norma prevede l'ultravigenza delle due norme per quanto concerne l'art. 33 sulle ferie, il cui testo è il seguente.

Art. 19 c.c.n.l. 1 settembre 1995 comma 1:

“1. Il dipendente ha diritto, in ogni anno di servizio, ad un periodo di ferie

retribuito. Durante tale periodo al dipendente spetta la normale retribuzione, escluse le indennità previste per prestazioni di lavoro straordinario e quelle che non siano corrisposte per dodici mensilità.”

Art. 23 c.c.n.l. 19 aprile 2004, comma 4:

“Le parti, con riferimento all’art.19, comma 1 del CCNL 1 settembre 1995, confermano che nella normale retribuzione spettante al dipendente durante il periodo di ferie non sono corrisposte, oltre alle voci indicate dal medesimo comma, anche le particolari indennità di turno o per lavoro notturno per l’erogazione delle quali le norme di riferimento richiedono l’effettiva prestazione del relativo servizio non espletabile nel periodo feriale. Con decorrenza dall’entrata in vigore del CCNL integrativo del 20 settembre 2001 il valore della normale retribuzione spettante nel periodo di ferie è quello individuale mensile di cui all’art. 37, comma 2, lett. c).”

Quest’ultima norma prevede che:

“1. La retribuzione è corrisposta mensilmente, salvo quelle voci del trattamento economico accessorio per le quali la contrattazione integrativa prevede diverse modalità temporali di erogazione.

2. Sono definite le seguenti nozioni di retribuzione:

a) retribuzione mensile che è costituita dal valore economico tabellare mensile previsto per la posizione iniziale di ogni categoria (A, B, C, D) nonché per i livelli economici Bs e Ds che attualmente sono riportati nella tabella B, colonna C, prospetto n. 2, allegata al CCNL relativo al II biennio economico 2000-2001.

b) Retribuzione base mensile che è costituita dal valore della retribuzione mensile di cui alla lettera a) e dalle fasce economiche di cui all’ art. 30, comma 1 del CCNL 7 aprile 1999 nonché dall’indennità integrativa speciale di cui alla tabella allegato 2 al presente contratto.

*c) **Retribuzione individuale mensile che è costituita dalla retribuzione base mensile di cui alla lettera b), dal valore comune delle indennità di qualificazione professionale di cui alla tabella B, colonna D, prospetto 2, allegata al CCNL relativo al II biennio economico 2000-2001, dalla retribuzione individuale di anzianità, dalla indennità di posizione organizzativa di cui all’art. 20 del CCNL 7 aprile 1999 ove spettante, e da altri eventuali assegni personali o indennità in godimento a carattere fisso e continuativo comunque denominati, corrisposti per tredici mensilità.***

d) Retribuzione globale di fatto annuale: è costituita dall’importo della retribuzione individuale mensile per 12 mensilità, cui si aggiunge il rateo della tredicesima mensilità per le voci che sono corrisposte anche a tale titolo nonché l’importo annuo della retribuzione variabile e delle indennità contrattuali percepite nell’anno di riferimento non ricomprese nella lettera b); sono escluse le somme corrisposte a titolo di rimborso spese per il trattamento di trasferta fuori sede o come equo indennizzo.

3. La retribuzione giornaliera si ottiene dividendo le corrispondenti retribuzioni mensili di cui al comma 2 per 26.

4. La retribuzione oraria si ottiene dividendo le corrispondenti retribuzioni

mensili di cui al comma 2 per 156. Per il personale che fruisce della riduzione di orario di cui all'art. 27 del CCNL del 7 aprile 1999 il valore del divisore è fissato in 151."

Mentre la richiamata tabella dell'allegato 2 contiene riferimenti economici, via via aggiornati, l'art. 30 comma 1 c.c.n.l. 7 aprile 1999 indica come segue *"la retribuzione base"*:

"1. Per effetto della prima applicazione del nuovo sistema di classificazione, a decorrere dal 1 gennaio 1998 e sino al 31 ottobre 1998 la struttura della retribuzione del personale è così rideterminata:

a) Il trattamento economico iniziale del personale inserito nelle categorie è indicato nella tabella allegato 3. Esso è formato dallo stipendio tabellare iniziale già previsto dall'art. 41, comma 4, tabella A del CCNL del 1 settembre 1995 e dal CCNL del 27 giugno 1996 nonché dall'indennità di qualificazione professionale di cui all'art. 45, commi 1 e 2 del medesimo CCNL del 1995 nella misura comune agli appartenenti ai profili provenienti dalle stesse posizioni funzionali (tabella allegato 4).

b) Nel periodo di permanenza del dipendente nella categoria, lo sviluppo economico si realizza mediante la previsione - dopo il trattamento economico iniziale - di altre quattro fasce retributive i cui valori economici annui sono stabiliti nella tabella allegato 5, primo e secondo prospetto."

A questo punto, legittimo esimersi dall'eseguire ulteriori richiami, in dipendenza del periodo limitato di vigenza stabilito dal comma 1 e considerando assorbiti i successivi adeguamenti normativi nell'art. 37 c.c.n.l. 20 settembre 2001. Per gli adeguamenti economici, valgono quelli, di fatto, applicati dalla convenuta. E così, saltellando tra i contratti collettivi degli ultimi cinque lustri, si è, finalmente, in grado d'affermare che la retribuzione del periodo feriale nel rapporto di lavoro della sanità pubblica sia quella individuabile in seguito al raccordo sistematico tra l'art. 33 del c.c.n.l. 21 maggio 2018, il quale richiama l'art. 19 comma del c.c.n.l. 1 settembre 1995 e l'art. 23 comma 4 del c.c.n.l. (abrogati per tutta l'ordinaria disciplina del rapporto, ma vigenti solo per quanto concerne l'istituto in esame), la quale ultima norma richiama l'art. 37 comma 2 lettera c) del c.c.n.l. 20 settembre 2001, la quale, a sua volta, richiama il prospetto 2 lettera D del medesimo contratto nonché gli articoli 20 e 30 del c.c.n.l. 7 aprile 1999 e l'art. 30.

Rispetto a questa previsione su base nazionale, va ricordata la possibilità per la contrattazione aziendale d'integrare la disciplina in tema di ferie, ovviamente nell'ambito delle risorse economiche disponibili.

In estrema sintesi, la contrattazione collettiva esclude dalla base di computo per il calcolo della retribuzione durante le ferie una considerevole parte della retribuzione corrisposta quando, invece, i lavoratori prestano servizio che, in molti casi analizzati, determina una perdita in misura prossima al 30%, generando chiari nocuenti per i prestatori d'opera, che, come si vedrà tra breve, nella logica dei giudici del Lussemburgo, potrebbero essere indotti a rinunciare ai periodi di

congedo ordinario, per il rilevante difforme trattamento salariale rispetto a quello loro riservato durante i periodi di servizio.

2) La giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea e la giurisprudenza della Cassazione successiva alle statuizioni dei giudici sovranazionali

I temi del diritto alle ferie e della retribuzione da corrispondere ai lavoratori durante il loro godimento sono stati oggetto di importanti pronunce della Corte di Giustizia Europea, le cui interpretazioni, secondo costante orientamento dei giudici nazionali di legittimità, hanno *“efficacia ultra partes, sicché alle sentenze dalla stessa rese, sia pregiudiziali sia emesse in sede di verifica della validità di una disposizione EU, va attribuito il valore di ulteriore fonte del diritto comunitario, non nel senso che esse creino ex novo norme comunitarie, bensì in quanto ne indicano il significato ed i limiti di applicazione, con efficacia erga omnes nell’ambito della Comunità”* (da ultimo: Cass. 22401/2020; Cass. n. 13425/2019. Conformi, secondo principio che non conosce deviazioni: Cass. n. 22577/2012, Cass. 4466/2005, Cass. 17350/2004).

Ne deriva, pertanto, che il quadro giurisprudenziale tracciato dal giudice sovranazionale costituirà il punto di riferimento per la soluzione della questione in esame.

In poco più d’un quindicennio, la Corte lussemburghese si è occupata dell’art. 7 della Direttiva 2003/88/CE (e dell’omologa previsione dell’art. 7 della Direttiva 1993/104/CE) con le seguenti sei pronunce:

- 26 giugno 2001, BECTU (causa C-173/1999)
- 16 marzo 2006, Robinson-Steele e altri (cause riunite C-131/2004 e C-257/2004)
- 20 gennaio 2009, Gerhard Schultz-Hoff (cause riunite C350/2006 e C-520/2006)
- 15 settembre 2011, Williams e altri (causa C-155/2010)
- 22 maggio 2014, Z.J.R. Lock (causa C-539/2012)
- 13 dicembre 2018, Torsten Hein (causa C-385/2017)

Il loro esame consentirà di delineare l’ambito entro il quale operare i processi interpretativi delle norme di legge e delle disposizioni negoziali, autorizzando la disapplicazione di quelle clausole, specie di natura contrattuale collettiva (**da considerarsi, quindi, nulle per contrarietà a norme imperative**) e permettendo di superare quegli orientamenti giudiziali nazionali, che hanno affermato principi difformi.

Il primo approdo, cui i giudici comunitari sono giunti, si rinviene nella sentenza BECTU del 26 giugno 2001 (causa C-173/1999), secondo cui:

*“43. ... il diritto di ogni lavoratore alle **ferie annuali retribuite** va*

*considerato un principio particolarmente importante del diritto comunitario, al quale **non si può derogare** e la cui attuazione da parte delle autorità nazionali competenti può essere effettuata solo **nei limiti esplicitamente indicati dalla stessa direttiva** ...”* (principio confermato in ognuna delle pronunce emesse dalla Corte: sentenza Robinson-Steele, punto 48; sentenza Schultz-Hoff, punti 22 e 54; sentenza Williams, punto 19; sentenza Torsten Hein, punto 22).

L'affermazione consegna a ciascun interprete un vincolo d'attenzione assoluta rispetto al tema, come dimostrano, altresì e quale naturale conseguenza, **l'inderogabilità assoluta** dell'art. 7 della Direttiva (così l'art. 17 della Direttiva; la sentenza Robinson-Steele, punti 7, 48 e 62; la sentenza Schultz-Hoff, punti 5, 22, 24 e 54; sentenza Williams, punto 17; sentenza Z.J.R. Lock, punto 14; sentenza Torsten Hein, punto 22) e il collegamento con la previsione, di portata generale e informativa del diritto stesso di tutta l'Unione, dell'art. 31 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (sentenza Schultz-Hoff, punto 18; sentenza Z.J.R. Lock, punto 14; sentenza Torsten Hein, punti 23, 53 e prima parte dispositiva).

Il secondo risultato interpretativo, cui la giurisprudenza della Corte è pervenuta su sollecitazione dei giudici nazionali, è consistito nel circoscrivere, per quanto possibile, il valore economico dell'istituto. Questo aspetto è entrato per gradi nelle preoccupazioni della giurisprudenza comunitaria, di pari passo con la varietà dei casi sottoposti all'esame della Corte: così, le prime attenzioni agli aspetti costitutivi ed essenziali del diritto in esame, quali l'entità, le modalità di fruizione, l'indisponibilità e l'inderogabilità (sempre ribadite in ogni decisione), venivano affiancate da quelle inerenti gli aspetti economici.

Se nella sentenza BETCU del 26 giugno 2000 manca ogni riferimento a questo riguardo, già nella sentenza Robinson-Steele del marzo 2006, vi sono i primi incisi che costituiscono un primo significativo e, per gli interpreti, assolutamente, vincolante passo verso la progressiva e completa definizione dell'istituto e della sua monetizzazione:

“49. Il pagamento delle ferie prescritto all'art. 7, n. 1, della direttiva è volto a consentire al lavoratore di prendere effettivamente le ferie cui ha diritto.

*50. L'espressione «ferie annuali **retribuite**», che figura in tale disposizione, significa che, per la durata delle ferie annuali ai sensi della direttiva, **la retribuzione va mantenuta**. In altre parole, il lavoratore **deve percepire la retribuzione ordinaria per tale periodo di riposo.**”*

Ancorché il caso che aveva dato origine al giudizio in sede comunitaria non si sovrapponga, esattamente, all'odierna esigenza d'individuare una retribuzione del periodo feriale inclusiva di voci che, normalmente, la contrattazione collettiva esclude (si trattava, infatti, della sostanziale mancata retribuzione di parte delle ferie, in dipendenza di un meccanismo di conglobamento nella paga base di riferimento), cionondimeno, i principi delineati dalla Corte sono, senza alcun

dubbio, invocabili, tanto nella parte in cui, dopo aver ribadito l'assoluta indisponibilità del diritto, si evidenziano i limiti dell'azione contrattuale, anche collettiva (*“Non si può derogare a tale diritto con un accordo contrattuale”*, punto 52), quanto e soprattutto, laddove si traccia uno strettissimo parallelismo tra il diritto assoluto a **ferie retribuite** e l'**entità della retribuzione dovuta**, durante i periodi d'assenza. La Corte, infatti, precisa come la Direttiva:

*“58. ... tratta il diritto alle ferie annuali e quello all'ottenimento di un pagamento a tale titolo **come due aspetti di un unico diritto**. L'obbligo di pagare tali ferie è volto a mettere il lavoratore, in occasione di tali ferie, in una situazione che, dal punto di vista della paga, **è paragonabile ai periodi di lavoro**.*

*59. Quindi, fatte salve le disposizioni più favorevoli in virtù dell'art. 15 della direttiva, il momento in cui vengono pagate le ferie annuali deve essere stabilito in modo che, in occasione di tali ferie, il lavoratore, per quanto riguarda la paga, **sia messo in una situazione paragonabile a quella dei periodi di lavoro**.”*

Il tema dell'entità della retribuzione durante il periodo feriale (e, corrispondentemente, dell'indennità sostitutiva in caso d'interruzione del rapporto di lavoro per le ferie residue) diviene oggetto di maggior considerazione – ancorché non piena ed esclusiva – con la sentenza Schultz-Hoff del 20 gennaio 2009 (emessa, peraltro, dalla Grande Sezione), nella quale fu risolto positivamente per i lavoratori il diritto alla maturazione del congedo durante la malattia e dell'entità dell'indennità finanziaria sostitutiva, da erogare al momento della cessazione del rapporto di lavoro, qualora il diritto di astensione non fosse stato goduto (punti 53/56):

“57. Nessuna disposizione della direttiva 2003/88 fissa espressamente le modalità di calcolo dell'indennità finanziaria sostitutiva del o dei periodi minimi di ferie annuali retribuite nel caso di cessazione del rapporto di lavoro

*58. Tuttavia, secondo la giurisprudenza della Corte, l'espressione «ferie annuali retribuite» di cui all'art. 7, n. 1, della direttiva 2003/88 significa che, per la durata delle ferie annuali ai sensi di tale direttiva, **la retribuzione deve essere mantenuta**; in altre parole, **il lavoratore deve percepire la retribuzione ordinaria** per tale periodo di riposo (v. sentenza Robinson-Steele e a., cit., punto 50).*

...

*60. Secondo la giurisprudenza della Corte, la direttiva 2003/88 tratta il diritto alle ferie annuali e quello all'ottenimento di un pagamento a tal titolo **come due aspetti di un unico diritto** ... L'obbligo di monetizzare queste ferie è volto a mettere il lavoratore, in occasione della fruizione delle stesse, in una situazione che, a livello retributivo, sia paragonabile ai periodi di lavoro (v. sentenza Robinson-Steele e a., cit., punto 58).*

*61. ... l'indennità finanziaria alla quale ha diritto deve essere calcolata in modo da porlo in una **situazione analoga** a quella in cui si sarebbe trovato se avesse esercitato tale diritto nel corso del rapporto di lavoro. Pertanto **la retribuzione ordinaria** del lavoratore, cioè quella che deve essere mantenuta durante il periodo di riposo corrispondente alle ferie annuali retribuite, è parimenti determinante ai fini del calcolo dell'indennità finanziaria sostitutiva delle ferie*

annuali non godute al momento della cessazione del rapporto di lavoro

62. ... *Ai fini del calcolo della suddetta indennità finanziaria è **parimenti determinante la retribuzione ordinaria del lavoratore**, la stessa che **deve essere mantenuta** durante il periodo di riposo corrispondente alle ferie annuali retribuite.*” (in questi letterali termini anche nella parte dispositiva n. 3 della sentenza).

Sono i successivi tre pronunciamenti, anche in dipendenza dei provvedimenti di remissione, a concentrarsi, maggiormente, sul *quantum* del diritto in questione.

Con la sentenza Williams del 15 settembre 2011, i giudici europei furono chiamati a esprimersi sul caso dei piloti della British Airways, i quali, durante le ferie, perdevano parte della loro retribuzione, costituita da una base fissa e da due parti variabili, in dipendenza del tempo trascorso in volo e di quello trascorso fuori dalla loro sede di riferimento. Il Tribunale del lavoro britannico, di fronte alla pretesa dei piloti di vedersi conteggiata la retribuzione per ferie e di disapplicare la previsione contrattuale, che quantificava il diritto solo sulla retribuzione fissa, chiese alla Corte di Giustizia di esprimersi sulla legittimità di tale disposizione e, in caso di contrarietà alle norme dell’Unione, quale fossero gli emolumenti da considerare, per quantificare il credito dei lavoratori in ferie. Dopo aver ricordato le precedenti statuizioni, secondo cui i lavoratori dovessero “*percepire la retribuzione ordinaria per tale periodo di riposo* (v. sentenza 16 marzo 2006 ... Robinson-Steele ..., punto 50, nonché Shultz-Hoff ... punto 58)”, i giudici comunitari richiamarono le condivisibili conclusioni dell’Avvocato Generale, secondo cui:

“21. ... *la retribuzione delle ferie annuali deve essere calcolata, in linea di principio, **in modo tale da coincidere con la retribuzione ordinaria del lavoratore**. Da quanto sopra si evince inoltre che un’indennità determinata ad un livello appena sufficiente ad evitare un serio rischio che il lavoratore non prenda le sue ferie non soddisfa le prescrizioni del diritto dell’Unione.*”

Nello sviluppo del ragionamento a fondamento della sentenza, i giudici della Corte precisarono che:

22. ... *quando la retribuzione percepita dal lavoratore è composta di diversi elementi, per determinare tale retribuzione ordinaria e, di conseguenza, l’importo cui ha diritto il lavoratore durante le ferie annuali, è necessario svolgere un’analisi specifica ...*

23. *In proposito occorre dichiarare che, sebbene la struttura della retribuzione ordinaria di un lavoratore di per sé ricada nelle disposizioni e prassi disciplinate dal diritto degli Stati membri, essa non può incidere sul diritto del lavoratore ... di godere, nel corso del suo periodo di riposo e di distensione, di condizioni economiche paragonabili a quelle relative all’esercizio del suo lavoro.*

24. *Pertanto, qualsiasi **incomodo intrinsecamente collegato all’esecuzione delle mansioni che il lavoratore è tenuto ad espletare in forza del suo contratto di lavoro e che viene compensato tramite un importo pecuniario***

incluso nel calcolo della retribuzione complessiva del lavoratore, come il tempo trascorso in volo per i piloti di linea, deve obbligatoriamente essere preso in considerazione ai fini dell'ammontare che spetta al lavoratore durante le sue ferie annuali.

25. *All'opposto, gli elementi della retribuzione complessiva del lavoratore diretti esclusivamente a coprire spese occasionali o accessorie che sopravvengano in occasione dell'espletamento delle mansioni che incombono al lavoratore in ossequio al suo contratto di lavoro, come le spese connesse al tempo che i piloti sono costretti a trascorrere fuori dalla base, non devono essere presi in considerazione nel calcolo dell'importo da versare durante le ferie annuali.*

26. A questo riguardo, è compito del giudice nazionale valutare il nesso intrinseco che intercorre tra, da una parte, i vari elementi che compongono la retribuzione complessiva del lavoratore e, dall'altra, l'espletamento delle mansioni ad esso affidate in ossequio al suo contratto di lavoro. Questa valutazione deve essere svolta in funzione di una **media su un periodo di riferimento giudicato rappresentativo** e alla luce del principio sviluppato dalla suesposta giurisprudenza secondo cui la direttiva 2003/88 tratta il diritto alle ferie annuali e quello all'ottenimento di un pagamento a tal titolo come due aspetti di un unico diritto (v. citate sentenze Robinson-Steele e a., punto 58 e Schultz-Hoff, punto 60).

...

28. ... **oltre** agli elementi della retribuzione complessiva rilevati al punto 24 di questa sentenza, **tutti** quelli correlati allo status personale e professionale del pilota di linea devono essere mantenuti durante le ferie annuali retribuite di tale lavoratore."

I medesimi principi informano la sentenza 22 maggio 2014, Z.J.R. Lock, nella quale la Corte di Giustizia fu chiamata a esprimersi circa la validità d'esclusione delle **provvigioni**, d'entità variabile, dalla base di computo della retribuzione nel periodo feriale:

"16. Orbene, anche se la formulazione dell'articolo 7 della direttiva 2003/88 non fornisce alcuna indicazione esplicita per quanto riguarda la retribuzione cui il lavoratore ha diritto durante le ferie annuali, la Corte ha tuttavia già avuto occasione di precisare che l'espressione «ferie annuali retribuite» che compare al paragrafo 1 di detto articolo 7 significa che, per la durata delle «ferie annuali» ai sensi di tale direttiva, **la retribuzione deve essere mantenuta e che, in altre parole, il lavoratore deve percepire la retribuzione ordinaria per tale periodo di riposo** (v. sentenze Robinson-Steele ... punto 50, nonché Schultz-Hoff ... punto 58) ...

26. Al riguardo occorre anzitutto osservare che la retribuzione versata a titolo di ferie annuali deve in linea di principio essere calcolata in modo che corrisponda alla retribuzione ordinaria percepita dal lavoratore (v. sentenza Williams ... punto 21) ...

29. Nell'ambito di un'analisi specifica, ai sensi della giurisprudenza citata, è accertato che **ogni incomodo intrinsecamente collegato all'esecuzione dei compiti incombenti al lavoratore in base al contratto di lavoro e compensato da**

un importo in denaro che rientra nel calcolo della retribuzione globale del lavoratore deve necessariamente far parte dell'importo cui il lavoratore ha diritto durante le ferie annuali (v. sentenza *Williams* ... punto 24).

30. Inoltre, la Corte ha precisato che **tutti gli elementi della retribuzione globale** che si ricollegano allo status personale e professionale del lavoratore devono continuare a essere versati durante le sue ferie annuali retribuite ...

31. Per contro, secondo questa stessa giurisprudenza, gli elementi della retribuzione globale del lavoratore che sono esclusivamente diretti **a coprire i costi occasionali o accessori** che insorgono in occasione dell'esecuzione dei compiti che incombono al lavoratore secondo il suo contratto di lavoro non devono essere presi in considerazione ...

32. Nel procedimento principale, come l'avvocato generale ha osservato ai paragrafi da 31 a 33 delle sue conclusioni, la provvigione percepita dal sig. Lock **presenta un rapporto diretto con l'attività dell'interessato** in seno alla sua impresa. Pertanto, esiste un nesso intrinseco tra la provvigione che il sig. Lock percepisce mensilmente e l'esecuzione dei compiti che gli incombono in forza del suo contratto di lavoro.

33. Ne consegue che siffatta provvigione deve essere tenuta in considerazione all'atto del calcolo della retribuzione globale cui un lavoratore, come il ricorrente nel procedimento principale, ha diritto a titolo di ferie annuali.

34. In tale contesto, spetta al giudice nazionale valutare, alla luce dei principi enucleati dalla citata giurisprudenza della Corte, se, **sulla base di una media su un periodo di riferimento giudicato rappresentativo**, in applicazione del diritto nazionale, i metodi di calcolo della provvigione dovuta ad un lavoratore, come il ricorrente nel procedimento principale, a titolo di ferie annuali raggiungano l'obiettivo perseguito dall'articolo 7 della direttiva 2003/88."

Si giunge così, per questa via, all'ultima significativa pronuncia della Corte di Giustizia, cui è stato richiesto se fosse conforme all'art. 7 della Direttiva un assetto normativo e contrattuale collettivo, come quello tedesco in ambito edilizio, che prevedesse la possibilità di conteggiare la retribuzione per il periodo feriale sulla media delle ultime retribuzioni percepite, anche laddove le stesse fossero inferiori alla normale media delle retribuzioni ordinarie, in conseguenza di periodi di disoccupazione e se la concessione di un periodo di ferie, superiore al minimo di quattro settimane, potesse compensare eventuali trattamenti economici deteriori, dipendenti da eventi riguardanti il periodo di riferimento per il calcolo. Alla Corte è stato, infine richiesto se fosse conforme alla Direttiva una previsione legale che escludesse dalla base di computo i corrispettivi per il lavoro straordinario prestato.

Con il richiamo della giurisprudenza già ricordata, i giudici europei hanno rimarcato l'importanza dei capisaldi in materia, evidenziando come:

"32. ... l'espressione «*ferie annuali retribuite*», di cui all'articolo 7, paragrafo 1, della direttiva 2003/88, significa che, per la durata delle «*ferie annuali*», ai sensi di tale direttiva ... il lavoratore deve percepire **la retribuzione ordinaria** per tale periodo di riposo (sentenze *Robinson-Steele*, punto 50 e

Williams, punto 19) ...

37. ... *un lavoratore che si trovi in una situazione come quella del sig. Hein ottiene, per i suoi giorni di ferie annuali, una retribuzione che **non corrisponde alla retribuzione ordinaria** che egli percepisce durante i periodi di lavoro effettivo, in contrasto con i requisiti ricordati ... secondo cui il lavoratore deve godere, durante i periodi di riposo e di distensione che gli sono garantiti dall'articolo 7, paragrafo 1, della direttiva 2003/88, di condizioni economiche paragonabili a quelle relative all'esercizio del suo lavoro ...*

43. ... *un'estensione dei diritti alle ferie annuali retribuite oltre il minimo richiesto all'articolo 7, paragrafo 1, della direttiva 2003/88 o la possibilità di ottenere un diritto a ferie annuali retribuite continuative sono misure favorevoli ai lavoratori che vanno oltre i requisiti minimi previsti a tale disposizione e, pertanto, non sono disciplinate da quest'ultima. Tali misure **non possono servire a compensare l'effetto negativo, per il lavoratore, di una riduzione della retribuzione dovuta per tali ferie**, a pena di rimettere in discussione il diritto alle ferie annuali retribuite a titolo di detta disposizione, di cui è parte integrante il diritto per il lavoratore di godere, durante il suo periodo di riposo e di distensione, di condizioni economiche paragonabili a quelle relative all'esercizio del suo lavoro.*

44. Occorre ricordare a tale proposito che ***l'ottenimento della retribuzione ordinaria** durante il periodo di ferie annuali retribuite è volto a consentire al lavoratore di prendere effettivamente i giorni di ferie cui ha diritto ... Orbene, quando la retribuzione versata a titolo del diritto alle ferie annuali retribuite previsto all'articolo 7, paragrafo 1, della direttiva 2003/88, come nella situazione di cui trattasi nel procedimento principale, **è inferiore alla retribuzione ordinaria ricevuta dal lavoratore durante i periodi di lavoro effettivo, lo stesso rischia di essere indotto a non prendere le sue ferie annuali retribuite**, almeno non durante i periodi di lavoro effettivo, poiché ciò determinerebbe, durante tali periodi, una diminuzione della sua retribuzione ...*

46. Infine, riguardo alla norma secondo cui le ore di straordinario svolte dal lavoratore sono computate ai fini del calcolo della retribuzione dovuta a titolo dei diritti alle ferie annuali retribuite, si deve rilevare che, a causa del suo carattere eccezionale e imprevedibile, la retribuzione percepita per ore di straordinario svolte non fa parte, in linea di principio, della retribuzione ordinaria cui il lavoratore ha diritto a titolo di ferie annuali retribuite previste all'articolo 7, paragrafo 1, della direttiva 2003/88.

47. Tuttavia, quando gli obblighi derivanti dal contratto di lavoro richiedono al lavoratore di ***svolgere ore di straordinario con carattere ampiamente prevedibile e abituale, e la cui retribuzione costituisce un elemento significativo della retribuzione complessiva che il lavoratore percepisce nell'ambito dell'esercizio della sua attività professionale, la retribuzione percepita per tali ore di straordinario dovrebbe essere inclusa nella retribuzione ordinaria a titolo del diritto alle ferie annuali retribuite previsto all'articolo 7, paragrafo 1, della direttiva 2003/88, affinché il lavoratore goda, in occasione di tali ferie, di condizioni economiche paragonabili a quelle di cui beneficia nell'esercizio del suo lavoro.***

Nel punto 1) della parte dispositiva della sentenza, la Corte ha, poi, condensato l'orientamento in punto *quantum*, affermando che i lavoratori debbano percepire un'indennità per ferie non ***“inferiore alla media della retribuzione ordinaria percepita da questi ultimi durante i periodi di lavoro effettivo”***, chiudendo, in siffatto modo e per quanto è dato sinora, il percorso di elaborazione giurisprudenziale.

La giurisprudenza nazionale, sia di legittimità di merito, discostandosi da precedenti e superati orientamenti, sta, di fatto, accogliendo e confermando i principi maturati in sede sovranazionale, che, per ora, si trovano condensati nella sentenza n. 13425/2019, che ripercorre, pedissequamente, i principi finora evidenziati, così come analoghe conferme si trovano nella giurisprudenza di merito, pur relative a settori diversi da quello sanitario (Corte d'Appello di Milano, sentenza n. 1066/2021, confermativa di Tribunale di Milano n. 1822/2020; Corte d'Appello di Milano n. 36/2020; Corte d'Appello di Milano n. 719/2021; Tribunale Civitavecchia, sentenza n. 19/2021; Tribunale di Milano n. 739/2022, Tribunale di Milano, 166/2022).

Esiste, dunque, un concetto europeo di retribuzione di riferimento per le ferie, che, sinteticamente, possiamo indicare come quella somma, conteggiata in un periodo di tempo definito, costituita dalla media di tutti gli emolumenti corrisposti dal datore di lavoro, in dipendenza della prestazione resa e delle condizioni soggettive del lavoratore, con esclusione dei rimborsi spese. Se, come nel nostro caso, le previsioni contrattuali collettive sono in contrasto con questa previsione, sono da considerarsi nulle, perché in contrasto con disciplina indisponibile e inderogabile *in pejus*.

3) I tentativi di limitare la portata delle decisioni della Corte di Giustizia

Per ridurre la portata degli indirizzi sovranazionali sono state eseguite, in alcuni giudizi, acritiche estrapolazioni dalle sentenze, affermando che i richiami allo *“status professionale o personale”* e alla necessità che gli emolumenti siano *“intrinsecamente connessi alla natura delle mansioni svolte”* e destinati a *“compensare uno specifico disagio dall'espletamento di dette mansioni ...”* dimostrerebbero l'esigenza di un collegamento funzionale, tra ciò che dovrebbe entrare nella base di calcolo della retribuzione delle ferie e il ruolo, la mansione e la professionalità del lavoratore. In altri termini, se un lavoratore percepisse compensi privi di questo collegamento funzionale, questi non dovrebbero essere computati nel calcolo della retribuzione feriale.

La pretesa è in netto contrasto con il senso della giurisprudenza comunitaria e le estrapolazioni delle espressioni virgolettate sono state del tutto decontestualizzate ed equivocate.

Quando i giudici del Lussemburgo hanno accennato alla professionalità dei

lavoratori, l'hanno fatto non per circoscrivere o limitare il principio di retribuzione equivalente, ma, al contrario con lo scopo di **non escludere** elementi che, diversamente e in alcune realtà giuridiche, sarebbero apparse dubbie, come dimostra, proprio il contenuto del paragrafo 25 della sentenza Williams, destinato a individuare le voci da estromettere dalla base di computo, costituite solo da quegli *“elementi della retribuzione complessiva del lavoratore diretti esclusivamente a coprire spese occasionali o accessorie che sopravvengano in occasione dell'espletamento delle mansioni che incombono al lavoratore in ossequio al suo contratto di lavoro, come le spese connesse al tempo che i piloti sono costretti a trascorrere fuori dalla base”*.

L'unica prova richiesta, dunque, sotto il profilo *“funzionale”* è quella secondo la quale, dedotta l'esistenza del contratto di lavoro e, se si vuole, le mansioni svolte e/o lo status del prestatore d'opera, occorra ricordare il lavoro prestato e la retribuzione ricevuta, null'altro. Questo il senso dei richiami allo *“status personale e professionale”*.

Su questa linea interpretativa pare, d'altra parte, già indirizzata la giurisprudenza della Cassazione secondo la quale spetta al *“giudice del merito valutare, in primo luogo, il rapporto di funzionalità (id est: il nesso intrinseco ... sentenza Williams ... punto 26) ... che intercorre tra i vari elementi che compongono la retribuzione complessiva del lavoratore e le mansioni ad esso affidate in ossequio al suo contratto di lavoro”*. In altri e più semplici termini: tutto ciò che il lavoratore percepisce, sia per il lavoro prestato, sia per il suo status e la sua professionalità (quindi: stato di malattia, gravidanza, puerperio, anzianità di servizio, qualifica professionale, funzioni di comando, premi etc.) costituisce retribuzione di riferimento. Pertanto: includere, non escludere.

La controprova che i riferimenti a *“status, professionalità, rapporto di funzionalità”* debbano intendersi nel senso suggerito è costituito dall'inclusione degli straordinari nella base di computo. Come indicato al paragrafo 47 della sentenza Torsten Hein del 2018, *“quando gli obblighi derivanti dal contratto di lavoro richiedono al lavoratore di svolgere ore di straordinario con carattere ampiamente prevedibile e abituale e la cui retribuzione costituisce un elemento significativo della retribuzione complessiva che il lavoratore percepisce nell'ambito della sua attività professionale, la retribuzione percepita per tali ore di straordinario dovrebbe essere **inclusa** nella retribuzione ordinaria a titolo del diritto alle ferie ... affinché il lavoratore goda, in occasione di tali ferie, di condizioni economiche paragonabili a quel di cui beneficia nell'esercizio del suo lavoro”*.

Ma se lo straordinario, elemento **accidentale ed eventuale** della retribuzione, può divenire parte costitutiva della base di computo, anche qualunque altro emolumento con le medesime caratteristiche dovrà avere lo stesso trattamento e, a maggior ragione, dovranno esserlo quelle erogazioni ordinarie direttamente connesse alla posizione dei prestatori d'opera, ossia, connessi con *“status, professionalità,*

rapporto di funzionalità”.

Nessun dubbio, pertanto, che rientrino nella base di computo i codici corrisposti tutti i giorni (soddisfacendo, così, i criteri della prevedibilità e abitudine richiesti dalla Corte). I medesimi codici, poi, hanno natura di piena corrispettività, in quanto compensano la prestazione lavorativa (soddisfacendo, così, il criterio del rapporto di professionalità: la datrice di lavoro paga questi codici, perché i lavoratori svolgono il proprio lavoro), sì che, anche a impiegare il percorso interpretativo da taluni suggerito, nulla muterebbe sull'obbligo d'inclusione.

Espressa previsione nel senso suggerito la si riscontra nella sentenza 166/2022 del Tribunale di Milano, pagina 8 (estensore dott.ssa Ghinoy), secondo cui:

“... in presenza di una retribuzione composta da parte fissa e parte variabile, anche le voci variabili debbono essere incluse nella base di calcolo della retribuzione spettante durante le ferie, ove di tratti di indennità che compensino qualsiasi incomodo intrinsecamente collegato all'esecuzione delle mansioni che il lavoratore è tenuto ad espletare in forza del suo contratto di lavoro oppure di indennità correlate allo status personale o professionale del lavoratore (ad esempio, le integrazioni alla qualità di superiore gerarchico, all'anzianità e alle qualifiche professionali)”.

L'uso della congiunzione disgiuntiva “*oppure*” offre prova di un condivisibile rigore interpretativo delle sentenze della Corte di Giustizia, di cui il Tribunale ha colto pienamente e correttamente il senso, che non è di ridurre la base di computo della retribuzione feriale, in dipendenza di condizioni soggettive del prestatore d'opera ma, al contrario, d'ampliarla considerando, aggiuntivamente rispetto ai compensi collegati all'esecuzione delle prestazioni, quegli elementi distintivi connessi a status e professionalità.

4) La retribuzione in periodo feriale secondo il c.c.n.l. comparto sanità 21 maggio 2018

La retribuzione con cui le aziende sanitarie nazionali compensano le ferie è quella indicata al capitolo 2. Nella sostanza, ai lavoratori sono erogati trattamenti economici in modo fisso, continuativo e predeterminato su base mensile, contraddistinguibili dalla loro erogazione in cifra fissa, tipicamente così denominate:

- Trattamento economico iniziale/Stipendio tabellare base
- Indennità professionale specifica
- Indennità comuni conglobate
- Elemento perequativo
- Indennità di vacanza contrattuale

Le predette voci retributive cambiano d'importo solo periodicamente, in dipendenza dell'applicazione di nuovi accordi nazionali o aziendali e rappresentano

la parte invariabile della retribuzione, utilizzata per il compunto delle ferie.

In busta paga, tuttavia, appaiono diverse altre erogazioni che, tuttavia, le datrici di lavoro in ambito sanitario non considerano rientranti nel concetto di “*retribuzione ordinaria*” e, per tale ragione, sono escluse dalla base di calcolo per la retribuzione del periodo feriale, ancorché queste erogazioni contraddistinguano l’attività quotidiana, “*lo status e la professionalità*” dei lavoratori e rappresentino un “*incomodo intrinsecamente collegato all’esecuzione delle mansioni che il lavoratore è tenuto ad espletare*” (sentenza Williams, punto 24; sentenza Z.J.R. Lock, punto 29), strettamente connesso al “*rapporto diretto con l’attività del [lavoratore] interessato*” (sentenza Z.J.R. Lock, punto 32).

La mancata inclusione di queste voci variabili provocano sensibilissime riduzioni dei compensi erogati ai prestatori d’opera, mediamente prossime al 30%, facendo correre il più che concreto “*rischio*” di disincentivare il godimento delle ferie.

Ma vediamo, esemplificativamente, le più rilevanti indennità previste dalla contrattazione collettiva e come debbano essere considerate alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia.

INDENNITÀ TRE TURNI (ART. 86 COMMA 3 C.C.N.L.)

Percepita per tutti i giorni di lavoro dai lavoratori impegnati su tre turni (in sostanza il personale che lavora anche di notte), è disciplinata dall’art. 86 comma 3 del c.c.n.l., secondo cui: “*Al personale dei ruoli sanitario e tecnico ... operante su tre turni, compete una indennità giornaliera, pari a € 4,49 ... L’indennità non può essere corrisposta nei giorni di assenza dal servizio a qualsiasi titolo effettuata, salvo per i riposi compensativi*”. Nell’intenzione dei contraenti collettivi, dunque, il corrispettivo pecuniario a questo titolo erogato è escluso dalla base di computo per la retribuzione feriale, ma in dipendenza di quanto indicato dalla Corte di Giustizia la non inclusione nella base di computo determina la nullità della previsione contrattuale. Peraltro, poiché questa indennità, da un lato, compensa prestazioni assolutamente necessarie per assicurare il servizio e, quindi, per assicurare esigenze datoriali, dall’altro, qualifica lo status e la professionalità del prestatore d’opera, che la percepisce esclusivamente in funzione del proprio ruolo e delle mansioni che è chiamato ad adempiere, non può esservi dubbio della sua utilizzabilità per la quantificazione della retribuzione feriale.

INDENNITÀ DUE TURNI (ART. 86 COMMA 4 C.C.N.L.)

“*Agli operatori di tutti i ruoli ... addetti agli impianti e servizi attivati in base alla programmazione dell’Azienda o dell’Ente per almeno dodici ore giornaliere ed effettivamente operanti su due turni per la ottimale utilizzazione degli impianti stessi ovvero che siano operanti su due turni in corsia o in struttura protetta ... compete un’indennità giornaliera pari a € 2,07... L’indennità non può essere corrisposta nei giorni di assenza dal servizio a qualsiasi titolo effettuata, salvo per i riposi compensativi*”. L’omologia rispetto alla precedente è totale, sì che valgono le medesime considerazioni.

INDENNITÀ TERAPIE INTENSIVE E SALE OPERATORIE (ART. 86 COMMA 6 LETT. A)
INDENNITÀ TERAPIE SUB INTENSIVE, NEFROLOGIA, DIALISI (ART. 86 COMMA 6 LETT. B)
INDENNITÀ MALATTIE INFETTIVE E MANSIONI EX D.M. 30.1.1998 (ART. 86 COMMA 6 LETT. C)

Previste dall'art. 86 comma 6 lettere a, b, e c del c.c.n.l. 2018, sono erogate al *“personale infermieristico”* quando è utilizzato nelle aree e nei servizi indicati. Sono tutte indennità che contraddistinguono l'attività quotidiana del personale sanitario, il loro *“status e professionalità”*, compensano un *“incomodo intrinsecamente collegato all'esecuzione delle mansioni che il lavoratore è tenuto ad espletare”* (sentenza Williams, punto 24; sentenza Z.J.R. Lock, punto 29) e sono strettamente connesse al *“rapporto diretto con l'attività del [lavoratore] interessato”* (sentenza Z.J.R. Lock, punto 32). Non esiste, pertanto, dubbio alcuno che, in applicazione dei criteri dettati dalla Corte di Giustizia, i correlativi compensi debbano essere considerati parte della normale retribuzione, da utilizzare come parametro per il pagamento delle ferie. Il successivo comma 11 dell'art. 86 del c.c.n.l., non diversamente da quanto previsto per le indennità turni, stabilisce che le *“indennità previste nei commi 6 e 8 non sono corrisposte nei giorni di assenza dal servizio a qualsiasi titolo effettuata, salvo per i riposi compensativi”*; come per l'identico inciso ai commi 3 e 4 anche il comma 11 deve intendersi colpito da nullità per i principi dettati dalla giurisprudenza comunitaria.

INDENNITÀ LAVORO NOTTURNO (ART. 86 COMMA 12)

Ai sensi del comma 12 dell'art. 86 c.c.n.l. 2018, al *“personale dipendente, anche non turnista, che svolga l'orario ordinario di lavoro durante le ore notturne spetta una indennità nella misura unica di € 2,74 lorde per ogni ora di servizio prestata tra le ore 22 e le ore 6”*. Anche se l'indennità sia erogabile a tutti i lavoratori, viene da sé che per quelli impiegati su tre turni la stessa costituisca parte ordinaria della retribuzione, innestandosi con regolarità nella dinamica del rapporto di lavoro, compensando gli *“incomodi”* connessi con la prestazione resa e ponendosi in *“rapporto diretto con l'attività”* espletata. Differentemente dalle precedenti indennità, l'art. 86 non prevede un'espressa esclusione dei corrispettivi erogati a questo titolo dalla base di computo delle ferie, sì che non occorrerà disapplicare una clausola nulla, bensì applicare semplicemente il contratto collettivo alla luce dei principi della Corte di Giustizia.

INDENNITÀ FESTIVO (ART. 86 COMMA 13)

“Per il personale di turno prestato per il giorno festivo compete un'indennità di € 17,82 lorde se le prestazioni fornite sono di durata superiore alla metà dell'orario di turno, ridotta a € 8,91 lorde se le prestazioni sono di durata pari o inferiore alla metà dell'orario anzidetto”. La natura dell'indennità per il lavoro festivo è identica a quella del lavoro notturno, sì che varranno le medesime considerazioni di cui al punto precedente.

PRONTA DISPONIBILITÀ (ART. 86 COMMA 1 E ART. 28)

Ai sensi dell'art. 86 comma 1 *“L'indennità di pronta disponibilità, nella misura di € 20,66 per ogni dodici ore, rimane regolata dall'art. 28”*, il quale stabilisce che *“Il servizio di pronta disponibilità è caratterizzato dalla immediata reperibilità del dipendente e dall'obbligo per lo stesso di raggiungere la struttura nel tempo previsto con modalità stabilite ai sensi del comma 3”*, ovverosia, quelle definite da

ogni azienda sanitaria. Ai sensi dei commi 7 e 8 dell'art. 28 *“La pronta disponibilità ha durata di dodici ore e dà diritto ad una indennità di euro 20,66 lorde per ogni dodici ore, elevabile in sede di contrattazione integrativa ... Qualora il turno sia articolato in orari di minore durata, i quali, comunque, non possono essere inferiori alle quattro ore, l'indennità è corrisposta proporzionalmente alla sua durata, maggiorata del 10%”*.

Non diversamente dalle precedenti indennità, anche questa s'inserisce nell'ambito delle ordinarie esigenze della datrice di lavoro, con correlativa normalità dell'attività del personale sanitario, chiamato ad assicurare prestazioni indifferibili, legate alla salvaguardia della salute degli utenti. Ciò che è stato descritto con riferimento al lavoro notturno e festivo vale, dunque, anche per questo istituto, relativamente al quale, nel contratto collettivo, s'individua persino una limitazione cronologica, affermandosi al comma 11, che *“Di norma non potranno essere previsti per ciascun dipendente più di sei turni di pronta disponibilità al mese”*. Questo a dimostrazione della piena consapevolezza in capo ai contraenti collettivi, della più che certa necessità di ricorrere all'istituto e di non eccedervi, per non comprimere, eccessivamente, i diritti dei prestatori d'opera; sotto quest'aspetto, dunque, anche il servizio di pronta disponibilità diventa caratterizzante dello *“status e della professionalità”* dei lavoratori, e il suo pagamento compensa un *“incomodo intrinsecamente collegato all'esecuzione delle mansioni che il lavoratore è tenuto ad espletare”* (sentenza Williams, punto 24; sentenza Z.J.R. Lock, punto 29).

Sotto un profilo più propriamente sinallagmatico, non può essere revocato in dubbio che lo schema negoziale sia completo e ben visibile, scorgendosi volontà, oggetto e causa. Ai lavoratori, infatti, è richiesto, quando non svolgano le prestazioni presso le strutture sanitarie, di comprimere il proprio tempo e le proprie libertà, rimanendo a disposizione per chiamate d'emergenza e ricevendo, per questa condotta, un'erogazione pecuniaria. Il riconoscimento di un emolumento a fronte di un *non facere* (non dedicarsi ad attività che possano impedire di rispondere alla chiamata; limitare la propria libertà al di fuori dell'orario di lavoro, inteso *stricto sensu*) e a fronte di un possibile *facere* (rispondere alla chiamata, che attiverà altri elementi retributivi) soddisfa la bilateralità tipica del negozio giuridico, causalizza la reciprocità dei sacrifici delle parti, permette d'affermare che la prestazione richiesta rientri nello schema tipico del rapporto di lavoro tra struttura sanitaria e dipendente. Principi facilmente traslabili nell'ambito della giurisprudenza comunitaria, giacché non potrà negarsi che anche queste prestazioni costituiscano un *“incomodo intrinsecamente collegato all'esecuzione delle mansioni che il lavoratore è tenuto ad espletare”* (sentenza Williams, punto 24; sentenza Z.J.R. Lock, punto 29), che rappresentino tipica manifestazione dello *“status e professionalità”* dei dipendenti, come dimostrano: (1) l'art. 28 comma 12, secondo cui: *“Possono svolgere la pronta disponibilità i dipendenti addetti alle attività operatorie e nelle strutture di emergenza”* (doc. 2); (2) l'art. 13 comma 2 del regolamento aziendale 20 gennaio 2020, che prevede: *“Sono tenuti a svolgere il servizio di pronta disponibilità solo i dipendenti in servizio presso le unità operative con attività continua”* (doc. 1).

ALTRE INDENNITÀ CONTRATTUALI

Discorsi identici valgono per le altre indennità previste dalla contrattazione collettiva (art. 87/92).

5) Rischio e portata dissuasiva

Non ogni differenza di trattamento tra la retribuzione normale e retribuzione feriale è tale da generare una lesione del diritto dei lavoratori.

Come evidenziato nel provvedimento di remissione alla Corte di Giustizia nella sentenza Williams del 15 settembre 2011, i giudici britannici avevano chiesto di fornire indicazioni circa la misura di una corretta retribuzione del periodo feriale, prospettando: *“... se sia sufficiente che, ai sensi del diritto, della prassi, degli accordi collettivi e delle modalità relative ai contratti convenute tra datori di lavoro e lavoratori, a livello nazionale, il pagamento effettuato consenta al lavoratore e gli renda appetibile la fruizione e il godimento, nel senso più pieno di tali termini, delle proprie ferie annuali e non comporti un rischio significativo che egli vi rinunci.”*.

Nell'affrontare le questioni pregiudiziali, la Corte ebbe subito modo di chiarire che:

“21. Come precisato dall'avvocato generale al paragrafo 90 delle conclusioni, da quanto precede si deduce che la retribuzione delle ferie annuali deve essere calcolata, in linea di principio, in modo tale da coincidere con la retribuzione ordinaria del lavoratore. Da quanto sopra si evince inoltre che un'indennità determinata ad un livello appena sufficiente ad evitare un serio rischio che il lavoratore non prenda le sue ferie non soddisfa le prescrizioni del diritto dell'Unione.”

I giudici comunitari non indicarono quale fosse la soglia minima al di sotto della quale il rischio segnalato si sarebbe realizzato, demandando ai giudici nazionali, in particolare a quelli di merito, stabilire volta per volta, quale minor retribuzione avrebbe materializzato il *“rischio”* di disincentivare le ferie, ancorché il caso di specie derivava dalla perdita di parte consistente della retribuzione.

La sentenza Z.J.R. Lock del 2014 fornì l'occasione per una quantificazione, invero, del tutto incidentale, senza alcuna indicazione minima, al di sopra della quale possa dirsi realizzato il rischio che il lavoratore potesse rinunciare alle ferie; il principio è sempre quello dell'astratta dissuasività:

“21. Tuttavia, va considerato che, malgrado la retribuzione di cui il lavoratore dispone nel corso del periodo in cui effettivamente fruisce delle ferie annuali, tale lavoratore può essere dissuaso dall'esercitare il proprio diritto alle ferie annuali tenuto conto dello svantaggio finanziario differito, ma subito in modo assolutamente concreto, nel corso del periodo successivo a quello delle ferie annuali.”

22. Infatti, come la *British Gas* ha ammesso all'udienza, il lavoratore non produce provvigioni nel corso del suo periodo di ferie annuali. Di conseguenza, come risulta dal punto 8 della presente sentenza, il periodo successivo a quello delle ferie annuali dà luogo soltanto ad una retribuzione ridotta allo stipendio di base del lavoratore. Tale ripercussione finanziaria negativa può produrre un effetto dissuasivo sull'effettiva capacità di fruire delle ferie, il quale, come l'avvocato generale ha precisato al paragrafo 34 delle sue conclusioni, è ancora più probabile in una situazione come quella di cui al procedimento principale, in cui la provvigione rappresenta mediamente più del 60% della retribuzione percepita dal lavoratore.

23. Orbene, siffatta diminuzione della retribuzione di un lavoratore in base alle sue ferie annuali retribuite, idonea a dissuaderlo dall'esercitare effettivamente il proprio diritto alle ferie, è in contrasto con l'obiettivo perseguito dall'articolo 7 della direttiva 2003/88 (v. in tal senso, segnatamente, sentenza *Williams e a.*, C-155/10, EU:C:2011:588, punto 21). Al riguardo, il fatto che tale diminuzione della retribuzione sia subita, come nella controversia principale, successivamente al periodo di ferie annuali è privo di rilievo

24. Alla luce dell'insieme delle considerazioni che precedono, occorre rispondere alle questioni prima e seconda dichiarando che l'articolo 7, paragrafo 1, della direttiva 2003/88 deve essere interpretato nel senso che osta a disposizioni e prassi nazionali in forza delle quali il lavoratore la cui retribuzione è composta, da una parte, di uno stipendio di base e, dall'altra, di una provvigione il cui importo è fissato con riferimento ai contratti conclusi dal datore di lavoro derivanti dalle vendite realizzate da detto lavoratore abbia diritto soltanto, a titolo di ferie annuali retribuite, ad una retribuzione composta esclusivamente del suo stipendio di base."

Sulla scorta dei principi che precedono, la giurisprudenza nazionale ha chiarito che un' differenza del 13,5% siano "in grado di incidere sulla decisione di fruire o meno delle ferie", precisando, peraltro, che il giudizio debba essere formulato in termini di "potenzialità dissuasiva e non di effettiva menomazione del diritto alle ferie" (Corte d'Appello di Milano, sentenza 832/2021 che conferma, sul punto, quanto enunciato dal Tribunale di Milano, nella sentenza n. 1033/2020, estensore dott.ssa Chirieleison).

6) Conclusioni

A questo punto è possibile tirare le fila degli insegnamenti della Corte di Giustizia Europea:

- le previsioni di cui all'art. 7 della Direttiva 2003/88/CE costituiscono principi fondamentali dell'ordinamento comunitario
- i predetti principi sono inderogabili *in pejus* per i lavoratori, sia con riferimento al numero di giorni di ferie (quattro settimane) sia con riguardo alla retribuzione da erogare durante il loro godimento
- eventuali migliori trattamenti circa la durata delle ferie (così come migliori

- trattamenti relativi ad altri istituti legali o contrattuali) non consentono di diminuire l'ammontare della retribuzione da erogare nei periodi di congedo
- la misura della retribuzione durante il periodo feriale o l'indennità sostitutiva delle ferie non godute, in caso d'interruzione del rapporto di lavoro, deve avere come riferimento la retribuzione ordinaria
 - è retribuzione ordinaria quella percepita dal lavoratore durante i periodi di lavoro effettivo, con irrilevanza degli eventi interruttivi o sospensivi del vincolo contrattuale, che ne diminuiscano l'ammontare
 - è retribuzione ordinaria quella percepita a fronte di una qualunque prestazione resa in dipendenza del rapporto di lavoro
 - rientrano nel concetto di retribuzione ordinaria anche elementi retributivi legati esclusivamente alla presenza e/o al risultato e/o alla qualità e/o alla quantità di prestazione resa, purché il loro carattere sia stabile e predeterminato (es.: straordinari, provvigioni, premi, maggiorazioni, indennità etc.)
 - sono esclusi dal concetto di retribuzione ordinaria solo gli elementi della retribuzione complessiva del lavoratore, diretti esclusivamente a coprire spese occasionali o accessorie, che sopravvengano in occasione dell'espletamento delle mansioni (i classici e tipici rimborsi spese o a piè di lista o forfetari)
 - la misura della retribuzione non deve essere *“inferiore alla media della retribuzione percepita durante i periodi di lavoro effettivo”*
 - la retribuzione ordinaria può essere individuata con riguardo a un periodo di riferimento anteriore a quello di erogazione della retribuzione per ferie
 - assicurare, durante il godimento delle ferie, l'erogazione della retribuzione ordinaria, nei termini qui indicati, significa frenare eventuali disincentivi al godimento dei congedi, compensati con una retribuzione inferiore a quella percepita, in caso di prosecuzione dell'attività lavorativa
 - la differenza tra la retribuzione corrisposta durante le ferie e quella erogata durante il normale lavoro deve essere tale da far correre un *“serio rischio”* di disincentivare i lavoratori dal godere dei periodi di riposo riconosciuti dalla legge e dalla contrattazione collettiva
 - eventuali disposizioni legali o contrattuali che contravvengono ai principi che precedono devono considerarsi in contrasto con la disciplina comunitaria e, per tale ragione, devono essere, nel primo caso, disapplicate, nel secondo caso, colpite da nullità e/o inefficacia
 - per quanto concerne il comparto sanità, sono senz'altro da considerarsi nulle le previsioni contrattuali di cui all'art. 33 comma 1 c.c.n.l. 2018, con i richiami sistematici derivanti dal medesimo (art. 19 c.c.n.l. 1995; art. 23 comma 4 c.c.n.l. 2004; art. 37 con tabella B, prospetto 2 c.c.n.l. 2001; art. 20 c.c.n.l. 1999; art. 30 c.c.n.l. 1999) nonché gli articoli 86/92 c.c.n.l. 21 maggio 2018 nella parte in cui escludono dalla base di computo della retribuzione delle ferie le indennità specificamente indicate o non includono parti di retribuzione che compensino *“qualsiasi incomodo intrinsecamente collegato all'esecuzione delle mansioni che il lavoratore è tenuto ad espletare in forza del suo contratto di lavoro”*

Roberto Mattioni
avvocato del foro di Milano
professore a contratto
di Diritto Sanitario presso la
Simmelweiss University di Lugano
Campus Ludes