

## Reperibilità del dirigente medico

Cassazione Civile Sez. L. Sentenza n. 5465/16 – **Reperibilità del dirigente medico** – La Corte di Cassazione ha affermato che ove il dirigente in servizio di pronta disponibilità venga chiamato a rendere la prestazione, l'azienda, oltre a corrispondere la maggiorazione prevista dal comma 5 dell'art. 17 del CCNL 3.11.2005 (o in alternativa, su richiesta del dirigente, il recupero orario), dovrà comunque garantire allo stesso il riposo settimanale, a prescindere da una sua richiesta, trattandosi di diritto indisponibile, riconosciuto dalla Carta costituzionale oltre che dall'art. 5 della direttiva 2003/88/CE.

**FATTO:** Il Tribunale di Massa, nel giudizio promosso da B.A. L., F. PG, R.E., B.L. e altri nei confronti della Azienda USL 1 di Massa Carrara per ottenere il risarcimento dei danni conseguiti alla mancata concessione di riposi compensativi, ha ritenuto pregiudiziale, ai sensi e per gli effetti dell'art. 64 del D.Lgs. 165/01, la questione relativa alla interpretazione ed alla validità dell'art. 17, commi 5 e 6, del CCNL 3.11.2005 per l'area della dirigenza medico- veterinaria del servizio sanitario nazionale e, all'esito del sub-procedimento di competenza sindacale, preso atto della mancata risposta ai quesiti posti, ha così statuito: "1) [...] l'art. 17, comma 6 del CCNL 3.11.2005 deve essere interpretato nel senso che il dirigente abbia diritto al godimento di un riposo compensativo senza riduzione di debito orario, previa presentazione di apposita richiesta; 2) l'art. 17, comma 5, CCNL precitato è nullo per contrarietà a norme imperative nella parte in cui consente che, in caso di chiamata in giorno festivo, l'attività venga computata come lavoro straordinario, con conseguente definitiva perdita di un giorno (od ore) di riposo settimanale".

A fondamento del decisum il Tribunale, richiamando giurisprudenza di questa Corte e del Consiglio di Stato, ha osservato, sostanzialmente, che la cosiddetta reperibilità passiva si configura come una prestazione strumentale ed accessoria, diversa da quella lavorativa in senso proprio, che limita, ma non esclude, il godimento del riposo ed è adeguatamente compensata da un particolare trattamento economico aggiuntivo. Ciò spiega perché le parti collettive hanno previsto, in favore del dirigente, che presti il servizio di reperibilità in giorno festivo, una giornata di riposo compensativo senza riduzione del debito orario complessivo, ossia distribuendo la prestazione contrattualmente dovuta su un minor numero di giornate lavorative.

**DIRITTO:** Questa Corte è stata più volte chiamata ad interpretare le disposizioni contrattuali volte a disciplinare il servizio di pronta disponibilità nell'area sanitaria nonché gli artt. 18 del d.p.r. n. 270/87 e 49 del d.p.r. n. 333/90, di contenuto sostanzialmente analogo alla norma pattizia che qui viene in rilievo, ed ha sempre escluso che dalla cosiddetta reperibilità passiva possa derivare, quale effetto automatico, il diritto del dipendente a fruire del riposo compensativo, rimesso, invece, alla sua scelta discrezionale. A detto orientamento il Collegio intende dare continuità, trattandosi di esegesi rispettosa del tenore letterale e della ratio delle disposizioni richiamate.

Questa Corte ha già chiarito che la reperibilità passiva non può essere equiparata alla prestazione di lavoro, risolvendosi, invece, in una obbligazione strumentale ed accessoria, qualitativamente diversa da quella lavorativa, che, pur comportando una limitazione della sfera individuale del lavoratore, non impedisce il recupero delle energie psicofisiche. Proprio detta ontologica diversità fra prestazione lavorativa e obbligo di reperibilità giustifica la previsione di un riposo compensativo "senza riduzione del debito orario settimanale", ossia di una giornata di riposo la cui fruizione lascia globalmente immutata l'ordinaria prestazione oraria settimanale e, quindi, impone una variazione in aumento della durata della attività lavorativa da prestare negli altri giorni della settimana.

In altri termini, poiché il riposo compensativo non esonera dal rispetto dell'orario complessivo settimanale (non può essere attribuito alcun altro significato alla espressione "senza riduzione del debito orario"), il suo godimento comporta necessariamente l'obbligo del lavoratore di recuperare le ore non lavorate nel giorno di riposo, "spalmandole" sugli altri giorni lavorativi, nei quali, di conseguenza, la prestazione diviene maggiormente gravosa. La reperibilità, quindi, ove non comporti, come nella specie, presenza nel luogo di lavoro, esula dalla nozione comunitaria di orario di lavoro per le ragioni indicate dalla Corte di Giustizia la quale, nell'affrontare la questione del tempo lavorativo nei servizi di guardia medica, ha chiarito che occorre distinguere fra le diverse modalità di organizzazione del servizio posto che, nel caso in cui i sanitari assicurino solo la disponibilità ad essere rintracciati, gli stessi "pur essendo a disposizione del loro datore di lavoro, in quanto devono poter essere raggiungibili, [...] possono gestire il loro tempo in modo più libero e dedicarsi ai propri interessi, sicché solo il tempo relativo alla prestazione effettiva di servizi di pronto soccorso deve essere considerato orario di lavoro ai sensi della direttiva 93/104". (Corte di Giustizia 9.9.2003, C-151/02, Jaeger, punto 51).

Il Tribunale di Massa, dopo avere rilevato d'ufficio la questione, ha dichiarato la nullità dell'art. 17, comma 5 del CCNL 3.11.2005, ritenendo che la disposizione contrattuale consentirebbe al dirigente reperibile, in caso di chiamata effettiva, di "monetizzare" il riposo settimanale, rinunciando allo stesso in cambio della corresponsione della maggiorazione per il lavoro straordinario. Dette conclusioni non sono condivisibili. Va premesso che, contrariamente a quanto sostenuto dalla difesa della USL, il comma 6, nella parte in cui fa riferimento al godimento del riposo compensativo "senza riduzione del debito di orario", si riferisce unicamente alla reperibilità passiva, ossia a quella che non dà luogo a prestazione lavorativa, posto che, ove la prestazione venga resa, la stessa non può non essere computata nel numero di ore complessivamente lavorate dal dirigente e deve anche essere considerata quale impeditiva del necessario riposo settimanale. Il comma 5, applicabile a tutte le ipotesi in cui il servizio di pronta disponibilità dia luogo a chiamata effettiva (e quindi anche alla reperibilità prestata in giorno non festivo nelle ore notturne), disciplina il trattamento economico spettante per le ore effettivamente lavorate e prevede solo il diritto del dirigente a percepire, oltre alla indennità stabilita dallo stesso comma, anche la maggiorazione per il lavoro straordinario o, in alternativa, ad usufruire di un corrispondente recupero orario.

La norma contrattuale, quindi, è destinata unicamente a disciplinare il trattamento economico spettante per le ore di effettiva prestazione rese a seguito dell'assicurato servizio di pronta disponibilità (con previsione di una maggiorazione giustificata dalla gravosità della prestazione in quanto resa in ora notturna o in giorno festivo) e la stessa non incide, neppure indirettamente, sulla durata complessiva settimanale della attività lavorativa, che resta disciplinata dalle disposizioni dettate dai diversi contratti succedutisi nel tempo in tema di orario di lavoro e di riposo settimanale (art. 14 del CCNL 3.11.2005 e art. 21 del CCNL 5.12.1996). Ne discende che, ove il dirigente in servizio di pronta disponibilità venga chiamato a rendere la prestazione, l'azienda, oltre a corrispondere la maggiorazione prevista dal comma 5 (o in alternativa, su richiesta del dirigente, il recupero orario) dovrà comunque garantire allo stesso il riposo settimanale, a prescindere da una sua richiesta, trattandosi di diritto indisponibile, riconosciuto dalla Carta costituzionale oltre che dall' art. 5 della direttiva 2003/88/CE. Detta interpretazione induce a ritenere la disciplina contrattuale pienamente conforme al precetto inderogabile dettato dall'art. 9 del D.Lgs. n. 66/03, sicché deve essere esclusa la nullità della clausola, dichiarata dal Tribunale di Massa.

**Marcello Fontana-Ufficio Legislativo FNOMCeO**

**Cassazione Civile Sez. L. Num. 5465/16**  
**Presidente: MACIOCE LUIGI**  
**Relatore: DI PAOLA ANTONIO ANNALISE**  
**Data Pubblicazione: 18.3.16**  
**Omissis**

## **SVOLGIMENTO DEL PROCESSO**

1 - Il Tribunale di Massa, nel giudizio promosso da B.A. L., F. PG, R.E., B.L e altri nei confronti della Azienda USL 1 di Massa Carrara per ottenere il risarcimento dei danni conseguiti alla mancata concessione di riposi compensativi, ha ritenuto pregiudiziale, ai sensi e per gli effetti dell'art. 64 del D.Lgs. 165/01, la questione relativa alla interpretazione ed alla validità dell'art. 17, commi 5 e 6, del CCNL 3.11.2005 per l'area della dirigenza medico- veterinaria del servizio sanitario nazionale e, all'esito del sub-procedimento di competenza sindacale, preso atto della mancata risposta ai quesiti posti, ha così statuito: "1)...l'art. 17, comma 6 del CCNL 3.11.2005 deve essere interpretato nel senso che il dirigente abbia diritto al godimento di un riposo compensativo senza riduzione di debito orario, previa presentazione di apposita richiesta; 2) l'art. 17, comma 5, CCNL precitato è nullo per contrarietà a norme imperative nella parte in cui consente che, in caso di chiamata in giorno festivo, l'attività venga computata come lavoro straordinario, con conseguente definitiva perdita di un giorno (od ore) di riposo settimanale".

2 - A fondamento del decisum il Tribunale, richiamando giurisprudenza di questa Corte e del Consiglio di Stato, ha osservato, sostanzialmente, che la cosiddetta reperibilità passiva si configura come una prestazione strumentale ed accessoria, diversa da quella lavorativa in senso proprio, che limita, ma non esclude, il godimento del riposo ed è adeguatamente compensata da un particolare trattamento economico aggiuntivo. Ciò spiega perché le parti collettive, hanno previsto, in favore del dirigente che presti il servizio di reperibilità in giorno festivo, una giornata di riposo compensativo senza riduzione del debito orario complessivo, ossia distribuendo la prestazione contrattualmente dovuta su un minor numero di giornate lavorative.

La disposizione contrattuale, quindi, prevede una facoltà del prestatore di lavoro, da esercitare inoltrando alla AUSL apposita richiesta, in assenza della quale il datore non è obbligato a concedere il riposo compensativo né è legittimato a richiedere una diversa scansione temporale della prestazione lavorativa.

3 - A diverse conclusioni il Tribunale è giunto in relazione alla cosiddetta reperibilità attiva, ossia alla ipotesi in cui il dirigente reperibile venga chiamato a rendere la prestazione. Ha osservato, infatti, il giudice di merito che in detta evenienza il lavoratore viene privato del necessario riposo settimanale e, ai sensi del comma 5 dell'art. 17 viene lasciato arbitro di scegliere fra il godimento del riposo e la monetizzazione dello stesso, compensato con le maggiorazioni previste per il lavoro straordinario festivo. Ne ha desunto la nullità della disciplina contrattuale per violazione dell'art. 9 del D.Lgs. n. 66/03, non essendo derogabile dalle parti collettive e da quelle private il principio della necessità del riposo settimanale, sancito dall'art. 36 della Carta Costituzionale.

4 - Per la cassazione della sentenza hanno proposto ricorso gli originari " ricorrenti, ad eccezione di Fa.Cl., che, sulla base di tre motivi illustrati da memoria ex art. 378 c.p.c. ,

hanno censurato il capo della decisione relativo alla interpretazione del comma 6 dell'art. 17 del CCNL 3.11.2005.

5 - La Azienda USL di Massa Carrara ha resistito con tempestivo controricorso ed ha a sua volta impugnato il capo della sentenza relativo alla ritenuta nullità del richiamato art. 17, comma 5 chiedendone la cassazione sulla base di un unico motivo. Nel procedimento n. 16039 R.G. 2011 tutti gli originari ricorrenti sono rimasti intimati.

### **MOTIVI DELLA DECISIONE**

1 - Preliminarmente deve essere disposta, ex *art. 335 c.p.c.*, la riunione delle impugnazioni proposte avverso la stessa sentenza.

2 - I ricorrenti principali censurano il capo della decisione relativo alla interpretazione dell'art. 17, comma 6, del CCNL 3.11.2005 per l'area della dirigenza medico veterinaria del servizio sanitario nazionale e, con il primo motivo, denunciano la violazione del richiamato art. 17, degli artt. 1362 e 1363 c.c., anche in relazione all'art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale ed all'art. 2094 c.c.. Rilevano, sostanzialmente, che il Tribunale, nel ritenere subordinata la fruizione del riposo compensativo alla previa richiesta del dirigente, non avrebbe in alcun modo considerato il tenore letterale della norma contrattuale, la quale non contiene alcun riferimento alla manifestazione di volontà del dipendente ed al contrario prevede, come diretta ed automatica conseguenza della prestata reperibilità, sia la corresponsione della speciale indennità, sia il godimento di un riposo compensativo, da fruire necessariamente, sia pure senza riduzione del debito di orario.

Con il secondo motivo i ricorrenti denunciano la violazione delle medesime disposizioni sopra richiamate in relazione all'art. 97 Cost. e rilevano che la interpretazione fornita dal Tribunale di Massa si risolve in una mortificazione del principio di buon andamento della pubblica amministrazione, poiché rimette al lavoratore la scelta, senza ancorarla a regole di condotta, impedendo al datore di lavoro il corretto esercizio del potere di auto-organizzazione.

Infine con il terzo motivo viene censurata la sentenza impugnata anche per violazione del d.lgs. n. 66/03 e degli artt. 2 e 5 *della direttiva 2003/88/CE*. Deducono i ricorrenti che la reperibilità deve essere equiparata al lavoro effettivo, essendo tale qualsiasi periodo in cui il lavoratore sia obbligato a rimanere a disposizione del datore di lavoro.

3.1 - I motivi, da trattarsi congiuntamente perché connessi, sono infondati.

Questa Corte è stata più volte chiamata ad interpretare le disposizioni contrattuali volte a disciplinare il servizio di pronta disponibilità nell'area sanitaria nonché gli artt. 18 del d.p.r. n. 270/87 e 49 del d.p.r. n. 333/90, di contenuto sostanzialmente analogo alla norma pattizia che qui viene in rilievo, ed ha sempre escluso che dalla cosiddetta reperibilità passiva possa derivare, quale effetto automatico, il diritto del dipendente a fruire del riposo compensativo,

rimesso, invece, alla sua scelta discrezionale (Cass. n. 9316/2014; Cass. n. 11730/2013; Cass. n. 4688/2011; Cass. n. 27477/2008; Cass. n. 18812/2008). A detto orientamento il Collegio intende dare continuità, trattandosi di esegesi rispettosa del tenore letterale e della ratio delle disposizioni richiamate.

3.2 - L'art. 17 del CCNL 3.11.2005, dopo aver previsto al comma 1 che "il servizio di pronta disponibilità è caratterizzato dalla immediata reperibilità del dirigente e dall'obbligo dello stesso di raggiungere il presidio nel tempo previsto con le procedure di cui all'art. 6, comma 1, lett. b) ", ossia con le procedure di concertazione, stabilisce, al comma 6, che nel caso in cui il servizio di pronta disponibilità cada in giorno festivo "spetta un giorno di riposo compensativo senza riduzione del debito orario settimanale". Il comma 4 precisa che la reperibilità deve essere limitata ai turni notturni e festivi ed il comma 5 aggiunge che la pronta disponibilità "dà diritto ad una indennità per ogni dodici ore" e che "in caso di chiamata l'attività viene computata come lavoro straordinario o compensata come recupero orario".

Le parti collettive, quindi, ricalcando la disciplina già dettata dall'art. 19 del C.C.N.L. 5.12.1996, sovrapponibile a quella dettata per il personale non dirigenziale del comparto sanità, hanno previsto e disciplinato le diverse situazioni che possono verificarsi nel caso in cui al dirigente venga richiesto di garantire la pronta disponibilità, giacché quest'ultima, che si risolve in un obbligo di attesa della eventuale chiamata, può esaurirsi nel mero rispetto di detto obbligo, senza che a tale disponibilità segua un effettiva prestazione di servizio (cosiddetta reperibilità passiva), o può dare luogo alla prestazione lavorativa, nei casi in cui si verifichi la effettiva chiamata, a seguito della quale il dipendente raggiunga il posto di lavoro (cosiddetta reperibilità attiva).

3.3 - Questa Corte ha già chiarito che la reperibilità passiva non può essere equiparata alla prestazione di lavoro, risolvendosi, invece, in una obbligazione strumentale ed accessoria, qualitativamente diversa da quella lavorativa, che, pur comportando una limitazione della sfera individuale del lavoratore, non impedisce il recupero delle energie psicofisiche. Proprio detta ontologica diversità fra prestazione lavorativa e obbligo di reperibilità giustifica la previsione di un riposo compensativo "senza riduzione del debito orario settimanale", ossia di una giornata di riposo la cui fruizione lascia globalmente immutata l'ordinaria prestazione oraria settimanale e, quindi, impone una

variazione in aumento della durata della attività lavorativa da prestare negli altri giorni della settimana.

In altri termini, poiché il riposo compensativo non esonera dal rispetto dell'orario complessivo settimanale (non può essere attribuito alcun altro significato alla espressione "senza riduzione del debito orario"), il suo godimento comporta necessariamente l'obbligo del lavoratore di recuperare le ore non lavorate nel giorno di riposo, "spalmandole" sugli altri giorni lavorativi, nei quali, di conseguenza, la prestazione diviene maggiormente gravosa.

Ne discende che, nel silenzio della disposizione contrattuale sulle modalità di fruizione del riposo compensativo, la clausola deve essere interpretata tenendo presente le conseguenze che dal godimento del riposo derivano e, quindi, poiché quest'ultimo, da un lato non è diretto a consentire il recupero delle energie psicofisiche e dall'altro impone un sacrificio al lavoratore, si deve ribadire l'esegesi, consolidatasi anche nella giurisprudenza amministrativa (fra le tante C.d.S. 9.9.2009 n. 5343), secondo la quale l'obbligo del datore di lavoro di concedere la giornata di riposo, rimodulando conseguentemente l'orario settimanale, sorge solo qualora il dipendente ne faccia espressa richiesta.

3.4 - L'interpretazione qui accolta non contrasta con la regola ermeneutica invocata dalla difesa dei ricorrenti, poiché l'interprete può arrestarsi al tenore letterale della disposizione contrattuale solo qualora la volontà comune emerga in modo certo ed immediato dalle espressioni adoperate e sia talmente chiara da precludere la ricerca di una volontà diversa (in tal senso fra le più recenti Cass. 4.1.2013 n. 110). Nel caso di specie, al contrario, la disposizione nulla dice in merito alla necessità o meno della richiesta di fruizione del riposo, sicché la clausola deve essere interpretata tenendo conto della complessiva disciplina contrattuale e valorizzando la ratio della stessa.

3.5 - Non sussiste, poi, la asserita violazione della *direttiva 2003/88/CE*, giacché la stessa, sostanzialmente priva di efficacia innovativa rispetto alle direttive 93/104/CE e 2000/34/CE alle quali l'ordinamento italiano ha dato attuazione con il d.lgs. n. 66/03, include nell'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". La reperibilità, quindi, ove non comporti, come nella specie, presenza nel luogo di lavoro, esula dalla nozione comunitaria di orario di lavoro per le ragioni indicate dalla Corte di Giustizia la quale, nell'affrontare la questione del tempo lavorativo nei servizi di guardia medica, ha chiarito che occorre distinguere fra le diverse modalità di organizzazione del

servizio posto che, nel caso in cui i sanitari assicurino solo la disponibilità ad essere rintracciati, gli stessi "pur essendo a disposizione del loro datore di lavoro, in quanto devono poter essere raggiungibili,... possono gestire il loro tempo in modo più libero e dedicarsi ai propri interessi, sicché solo il tempo relativo alla prestazione effettiva di servizi di pronto soccorso dev'essere considerato orario di lavoro ai sensi della direttiva 93/104." (Corte di Giustizia 9.9.2003, C-151/02, laeger, punto 51).

4 - La Azienda USL di Massa Carrara, con unico motivo di ricorso, censura il capo della sentenza relativo alla ritenuta nullità dell'art. 17, comma 5, "nella parte in cui consente che, in caso di chiamata in giorno festivo, l'attività venga computata come lavoro straordinario, con conseguente definitiva perdita di un giorno (od ore) di riposo settimanale". Sostiene la ricorrente incidentale che il Tribunale avrebbe errato nell'operare la distinzione fra reperibilità attiva e passiva ai fini della applicazione del comma 6 e nell'affermare che quest'ultimo sarebbe applicabile alla sola ipotesi in cui la disponibilità non abbia comportato effettiva prestazione lavorativa. Aggiunge che il giudice di merito non avrebbe considerato la disciplina dettata dal d.lgs. n. 66/03 che consente eccezioni alla disciplina del riposo settimanale e che, in ogni caso, stabilisce che il periodo di riposo consecutivo "è calcolato come media in un periodo non superiore a 14 giorni".

4.1 - Il ricorso incidentale va accolto, ma per ragioni diverse da quelle sopra indicate.

Deve anzitutto osservarsi che, qualora le doglianze svolte riguardino l'interpretazione di contratti collettivi nazionali di cui al D.Lgs. n. 165/01, questa Corte è abilitata alla diretta lettura dell'intero testo contrattuale, anche nelle parti non direttamente investite dalle censure del ricorso, essendo ormai acquisito nella giurisprudenza di legittimità che nelle controversie di lavoro concernenti i dipendenti delle pubbliche amministrazioni, ove sia proposto ricorso per Cassazione per violazione e falsa applicazione dei contratti e degli accordi collettivi nazionali di cui al D.Lgs. n. 165/01, art. 40, ai sensi del D.lgs. n. 165 del 2001, art. 63, comma 5, la Corte di Cassazione può procedere alla diretta interpretazione di siffatti contratti (Cass. 14.10.2009 n. 21796).

Il Tribunale di Massa, dopo avere rilevato d'ufficio la questione, ha dichiarato la nullità dell'art. 17, comma 5 del CCNL 3.11.2005, ritenendo che la disposizione contrattuale consentirebbe al dirigente reperibile, in caso di chiamata effettiva, di "monetizzare" il riposo settimanale, rinunciando allo stesso in cambio della corresponsione della maggiorazione per il lavoro straordinario.

**Dette conclusioni non sono condivisibili.**

Va premesso che, contrariamente a quanto sostenuto dalla difesa della USL, il comma 6, nella parte in cui fa riferimento al godimento del riposo compensativo "senza riduzione del debito di orario", si riferisce unicamente alla reperibilità passiva, ossia a quella che non dà luogo a prestazione lavorativa, posto che, ove la prestazione venga resa, la stessa non

può non essere computata nel numero di ore complessivamente lavorate dal dirigente e deve anche essere considerata quale impeditiva del necessario riposo settimanale.

Il comma 5, applicabile a tutte le ipotesi in cui il servizio di pronta disponibilità dia luogo a chiamata effettiva (e quindi anche alla reperibilità prestata in giorno non festivo nelle ore notturne), disciplina il trattamento economico spettante per le ore effettivamente lavorate e prevede solo il diritto del dirigente a percepire, oltre alla indennità stabilita dallo stesso comma, anche la maggiorazione per il lavoro straordinario o, in alternativa, ad usufruire di un corrispondente recupero orario. La norma contrattuale, quindi, è destinata unicamente a disciplinare il trattamento economico spettante per le ore di effettiva prestazione rese a seguito dell'assicurato servizio di pronta disponibilità (con previsione di una maggiorazione giustificata dalla gravosità della prestazione in quanto resa in ora notturna o in giorno festivo) e la stessa non incide, neppure indirettamente, sulla durata complessiva settimanale della attività lavorativa, che resta disciplinata dalle disposizioni dettate dai diversi contratti succedutisi nel tempo in tema di orario di lavoro e di riposo settimanale (art. 14 del CCNL 3.11.2005 e art. 21 del CCNL 5.12.1996).

Ne discende che, ove il dirigente in servizio di pronta disponibilità venga chiamato a rendere la prestazione, la azienda, oltre a corrispondere la maggiorazione prevista dal comma 5 (o in alternativa, su richiesta del dirigente, il recupero orario) dovrà comunque garantire allo stesso il riposo settimanale, a prescindere da una sua richiesta, trattandosi di diritto indisponibile, riconosciuto dalla Carta costituzionale oltre che dall' *art. 5 della direttiva 2003/88/CE*. Detta interpretazione induce a ritenere la disciplina contrattuale pienamente conforme al precetto inderogabile dettato dall'art. 9 del D.Lgs. n. 66/03, sicché deve essere esclusa la nullità della clausola, dichiarata dal Tribunale di Massa.

5 - In conclusione deve essere respinto il ricorso principale mentre, in accoglimento dell'incidentale, la sentenza impugnata deve essere cassata, con rinvio al giudice di merito ex art. 64, comma 4, d.lgs. n. 165/01.

La novità della questione relativa alla interpretazione ed alla validità del comma 5 e l'accoglimento del ricorso incidentale per ragioni diverse da quelle sulle quali la AUSL ha fondato l'impugnazione, giustificano l'integrale compensazione fra le parti delle spese del giudizio di legittimità.

**P.Q.M.**

La Corte, riuniti i ricorsi, rigetta il ricorso proposto da B. A.L. ed altri e, provvedendo sul ricorso della Azienda USL 1 di Massa Carrara nei sensi di cui in motivazione, cassa la sentenza impugnata e rinvia al Tribunale di Massa. Compensa integralmente le spese del giudizio di legittimità.