

CORTE DI CASSAZIONE, sez. lav., ordinanza (interlocutoria) 16 gennaio 2024, n. 1636; Pres. Di Paolantonio – Rel. Casciaro – C. S. (Avv. Vacirca, Parpaglion, Ventura) c. Azienda Sanitaria Universitaria Integrata di Trieste (Avv. Bianca).

*Rimette la causa alla pubblica udienza e rinvia a nuovo ruolo.*

**Impiego pubblico – Igiene e sanità pubblica. Dirigenti medici – Incarico a termine presso altro Stato dell’UE – Diritto all’aspettativa – Sussistenza – Verifica.**

*Si dispone la trattazione della causa in pubblica udienza per l’esame della questione relativa al contrasto con il principio unionale di libera circolazione dei lavoratori di una normativa nazionale che non riconosce al dirigente medico il diritto incondizionato all’aspettativa per assumere un incarico in altro Stato dell’Unione europea, a differenza di quanto è previsto per gli incarichi resi nell’ambito del Servizio sanitario nazionale.*

## Il diritto all’aspettativa dei dirigenti medici per incarichi in altri Stati dell’Unione

**Angelica Riccardi**

*Associata di Diritto del Lavoro nell’Università degli Studi di Bari “Aldo Moro”*

**SOMMARIO:** 1. I fatti di causa. – 2. La questione giuridica. Quale disciplina per gli incarichi a termine dei dirigenti medici in altro Stato dell’Unione? – 3. Qualche osservazione (di metodo e di merito) sulla necessità della rimessione.

*Sinossi:* Il commento esamina un’ordinanza interlocutoria della Corte di cassazione vertente sulla regolazione applicabile agli incarichi dei dirigenti medici in altro Stato dell’Unione europea. La Corte, nella ricostruzione del quadro normativo di riferimento nazionale, rileva una disparità di trattamento, atteso che non verrebbe riconosciuto un diritto incondizionato all’aspettativa per l’assunzione di incarichi in altro Stato membro, a differenza di quanto è previsto per gli incarichi resi nell’ambito del Servizio sanitario nazionale. La “complessità” della questione porta la Corte a rimettere la causa alla pubblica udienza per verificare il contrasto della normativa nazionale con il principio unionale di libera circolazione dei lavoratori. L’A. segnala che tale rimessione deve ritenersi sostanzialmente inutile, considerato che da tempo la Corte di giustizia dell’Unione europea ha segnato con estrema chiarezza i termini in cui la questione deve essere inquadrata e le soluzioni conseguenti.

*Abstract: The contribution examines an interlocutory order of the Corte di cassazione concerning the regulation applicable to medical executives' engagements in another State of the European Union. The Court, in reconstructing the national regulatory framework of reference, notes an inequality of treatment, given that an unconditional right to leave of absence would not be recognised for taking up appointments in another Member State, unlike what is provided for appointments made within the National Health Service. The "complexity" of the issue leads the Court to refer the case back to the public hearing to ascertain whether the national legislation conflicts with the EU principle of free movement of workers. The Author points out that this referral must be considered unnecessary, since the Court of Justice of the European Union has long clearly marked out the terms in which the question must be framed and the consequent solutions.*

## 1. I fatti di causa

Un dirigente medico alle dipendenze dell'Azienda sanitaria ospedaliera di Trieste richiede l'aspettativa non retribuita per l'espletamento di un incarico a termine (della durata di un anno) di aiuto ospedaliero presso l'Ospedale di Strasburgo.

L'Azienda nega l'aspettativa, motivando il diniego con la carenza di medici "chirurgicamente indipendenti" a svolgere procedure complesse e il *deficit* di organico di personale medico.

Il dirigente, dopo la reiezione della sua istanza cautelare, rifiuta di riprendere servizio nell'Azienda ospedaliera, che, in conseguenza, ne dichiara la decadenza dall'impiego *ex artt.* 53, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, e 60, d.p.r. 10 gennaio 1957, n. 3.

Il lavoratore propone domanda al Tribunale di Trieste tesa a ottenere l'accertamento dell'illegittimità del diniego di aspettativa e, per l'effetto, la nullità della decadenza dall'impiego dichiarata dall'azienda, con conseguente ripristino del rapporto di lavoro.

Il Tribunale rigetta la domanda del dirigente medico, che propone appello alla Corte d'appello di Trieste.

La Corte d'appello conferma la sentenza del Tribunale, rilevando che il Ccnl applicabile al caso in questione richiama espressamente per gli incarichi nell'Unione europea l'art. 23 *bis* del d.lgs. n. 165/2001, che fa riferimento a "preminenti esigenze organizzative" che consentono il diniego dell'aspettativa, esigenze che sono reputate dimostrate nella fattispecie in esame. La Corte d'appello sostiene che nel caso di specie non ha rilievo il richiamo né all'art. 15 *septies* del d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, che prevede l'aspettativa a domanda – in quanto questa norma si riferisce esclusivamente ad incarichi nell'ambito del SSN e si muove «nel contesto della disciplina del pubblico impiego» –, né ai principi di libera circolazione dei lavoratori nell'Unione, considerata la precedente esperienza all'estero del ricorrente e la necessità di bilanciare l'interesse formativo di quest'ultimo con gli interessi propri del SSN.

La Corte d'appello giudica, dunque, legittima la decadenza *ex artt.* 53, d.lgs. n. 165/2001, e 60, d.p.r. n. 3/1957, dichiarata dall'Azienda, ritenendo il rifiuto del lavoratore di riprendere servizio non solo ingiustificato, ma anche contrario a buona fede.

Avverso la sentenza della Corte d'appello di Trieste, il dirigente propone un ricorso per Cassazione articolato su tre motivi, il primo dei quali viene esaminato nell'ordinanza in commento<sup>1</sup>.

## 2. La questione giuridica. Quale disciplina per gli incarichi a termine dei dirigenti medici in altro Stato dell'Unione?

Il ricorrente denuncia, con il primo motivo, «la violazione dell'art. 23 *bis*, d.lgs. n. 165/2001, nonché dell'art. 10, comma 8, del contratto integrativo del Ccnl Area della dirigenza ruoli sanitario, professionale, tecnico ed amministrativo del SSN del 10 febbraio 2004, in riferimento agli artt. 1362, 1363 e 1367 c.c. e all'art. 12 Preleggi, anche in relazione all'art. 39 Trattato CE ed all'art. 15 *septies*, comma 4, d.lgs. n. 502/1992», sostenendo, in particolare, che il giudice d'appello «avrebbe svalutato la disciplina speciale di settore che avrebbe dovuto guidare nell'esegesi – conforme all'ordinamento sovranazionale – della norma contrattuale da applicare, la cui lettera era chiara, sicché il richiamo all'art. 23 *bis*, d.lgs. n. 165/2001, aveva solo funzione di estendere il diritto all'aspettativa per le ipotesi di incarichi nei Paesi dell'Unione».

Con questo motivo si denuncia la violazione di norme di fonte legale e contrattuale, facendo riferimento sia alle generali disposizioni codicistiche in tema di interpretazione, sia alla legislazione speciale di settore e al principio eurounitario di libertà di circolazione dei lavoratori.

Nella disamina della questione portata in giudizio, la Corte di cassazione ricostruisce preliminarmente il rapporto tra le fonti normative che vengono in rilievo, rappresentate dal d.lgs. n. 502/1992 (*Riordino della disciplina in materia sanitaria*), che all'art. 15 *septies*<sup>2</sup> disciplina il conferimento di incarichi per l'espletamento di funzioni di particolare rilevanza e interesse strategico nell'ambito del Servizio sanitario nazionale mediante la stipula di contratti a tempo determinato e prevede, al comma 4, che «per il periodo di durata del contratto [...] i dipendenti di pubbliche amministrazioni sono collocati in aspettativa senza assegni con riconoscimento dell'anzianità di servizio»; e dal d.lgs. n. 165/2001 (*Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*), che all'art. 23 *bis*<sup>3</sup> prevede, *sub* comma 1, che «i dipendenti delle pubbliche amministrazioni [...] sono collocati, salvo motivato diniego dell'amministrazione di appartenenza in ordine alle proprie preminenti esigenze organizzative, in aspettativa senza assegni per lo svol-

---

<sup>1</sup> Dato il rilievo "pregiudiziale" del primo motivo di ricorso, nell'ordinanza la Corte non affronta gli altri motivi proposti dal lavoratore.

<sup>2</sup> Questo articolo, rubricato *Contratti a tempo determinato*, è stato aggiunto dall'art. 13, comma 1, del d.lgs. 19 giugno 1999, n. 229.

<sup>3</sup> Rubricato *Disposizioni in materia di mobilità tra pubblico e privato*.

gimento di attività presso soggetti e organismi, pubblici o privati, anche operanti in sede internazionale, i quali provvedono al relativo trattamento previdenziale»<sup>4</sup>.

Mentre la legislazione settoriale prevede dunque un collocamento in aspettativa “a domanda” per lo svolgimento di incarichi nell’ambito del Servizio sanitario nazionale, la disciplina stabilita in via generale per le pubbliche amministrazioni fa salva la possibilità di “motivato diniego” dell’ente per le ipotesi di mobilità.

Nella ricostruzione del rapporto tra le due norme, la Corte di cassazione sostiene che l’art. 15 *septies* del d.lgs. n. 502/1992, che si pone “in rapporto di specialità” con l’art. 23 *bis* del d.lgs. n. 165/2001, «escluderebbe tuttavia il diritto all’aspettativa per gli incarichi conferiti da struttura straniera nell’ambito del servizio sanitario» come quello portato in giudizio (punto 5). Gli incarichi presso soggetti e organismi pubblici o privati operanti in sede internazionale ricadrebbero pertanto nella disciplina generale posta dalla seconda disposizione, con la conseguenza che il diritto all’aspettativa sarebbe subordinato all’assenso della struttura di appartenenza (punto 6).

Il già complesso rapporto tra queste due norme di legge viene ulteriormente complicato da una norma contrattuale, che costituisce uno snodo fondamentale nella ricostruzione di questo rapporto sia nel ricorso presentato dal lavoratore sia nell’ordinanza della Cassazione.

Il Ccnl integrativo del Ccnl Area della dirigenza ruoli sanitario, professionale, tecnico ed amministrativo del SSN, stipulato il 10 febbraio 2004, disciplina la materia dell’aspettativa all’art. 10, che al comma 8<sup>5</sup> stabilisce: «L’aspettativa, senza retribuzione e senza decorrenza dell’anzianità, è, altresì, concessa al dirigente con rapporto di lavoro a tempo indeterminato, a domanda, per: [...] b) tutta la durata del contratto di lavoro a termine se assunto con rapporto di lavoro ed incarico a tempo determinato presso la stessa o altra azienda o ente del comparto, ovvero in altre pubbliche amministrazioni di diverso comparto. L’aspettativa prevista dall’art. 23 *bis* del d.lgs. n. 165 del 2001 per attuare la mobilità pubblico-privato si applica esclusivamente nei casi in cui l’incarico sia conferito da Organismi pubblici o privati dell’Unione europea o da ospedali pubblici dei paesi dell’Unione stessa o da Organismi internazionali. L’incarico già conferito al dirigente dall’azienda o ente che concede l’aspettativa è sospeso per la durata dell’aspettativa e prosegue al suo rientro a completamento del periodo mancante sino alla valutazione».

Questa norma introduce una differenziazione nella disciplina dell’aspettativa a seconda che gli incarichi siano conferiti da una pubblica amministrazione nazionale o da organismi

<sup>4</sup> Deve rilevarsi, per inciso, che nella formulazione originaria questa disposizione aveva un comma 10 che rinviava a un regolamento (da emanarsi ai sensi della l. 23 agosto 1988, n. 400) l’individuazione dei soggetti privati e degli organismi internazionali e la definizione delle procedure attuative della mobilità prevista dalla norma. Questo comma è stato abrogato dall’art. 2, comma 9 *bis*, d.l. 31 agosto 2013, n. 101, conv., con mod., dalla l. 30 ottobre 2013, n. 125.

<sup>5</sup> Nella versione modificata dal successivo Ccnl Area della dirigenza ruoli sanitario, professionale, tecnico ed amministrativo del SSN stipulato in data 3 novembre 2005 (art. 24, comma 15).

e ospedali dell'Unione europea o internazionali, differenziazione che non era prevista nell'originaria formulazione, che regolava congiuntamente l'assunzione di incarichi in amministrazioni italiane e in organismi dell'Unione<sup>6</sup>.

La portata della norma contrattuale non è perspicua.

Secondo il ricorrente, al richiamo all'art. 23 *bis* del d.lgs. n. 165/2001 è da assegnare esclusivamente la funzione di "estendere" il diritto all'aspettativa, come delineato dalla disciplina speciale di settore (*i.e.* dall'art. 15 *septies* del d.lgs. n. 502/1992), alle ipotesi di incarichi nei Paesi dell'Unione (punto 1). Il rinvio, dunque, sarebbe semplicemente diretto a ricomprendere nel campo di applicazione della norma del d.lgs. n. 502/1992 le fattispecie in questione.

Di segno diverso è, invece, la ricostruzione della Cassazione, secondo cui il richiamo del Ccnl alla generale disciplina posta dal d.lgs. n. 165/2001 per gli incarichi conferiti da organismi o ospedali dei paesi dell'Unione europea è un rinvio in senso proprio, cioè vale a determinare l'applicazione di questa normativa generale, consentendo conseguentemente «il diniego dell'aspettativa laddove ravvisabili, appunto, "preminenti esigenze organizzative" dell'Azienda d'appartenenza, a fronte delle quali il diritto del dipendente al libero stabilimento nell'Unione risulterebbe sacrificato» (punto 7).

Tratteggiato in tal modo l'impianto regolativo, si solleva la questione di un possibile impedimento (o dissuasione) all'accettazione di impieghi in altri Stati membri (punto 8), «in contrasto con gli articoli da 45 TFUE a 48 TFUE, i quali mirano a evitare che un lavoratore che, avvalendosi del diritto alla libera circolazione, intenda prestare attività in più di uno Stato membro, riceva, senza giustificazione oggettiva, un trattamento meno favorevole rispetto a chi svolga la carriera, invece, solo all'interno di un solo Stato membro» (punto 9). La Corte richiama espressamente nell'inquadramento di tale questione, da una parte, la sentenza C. giust., sez. I, 13 luglio 2016, causa C187/15, *Jo. Pö.*, che dichiara che «l'insieme delle disposizioni del Trattato relative alla libera circolazione delle persone mira a facilitare ai cittadini dell'Unione europea l'esercizio di attività lavorative di qualsivoglia natura nel territorio dell'Unione ed osta a provvedimenti che potrebbero sfavorirli qualora essi intendano svolgere un'attività economica nel territorio di uno Stato membro diverso da quello di origine» (punto 10); dall'altra, la sentenza C. giust., sez. IV, 26 settembre 2013, causa C539/11, *Ottica New Line*, nella quale si afferma che restrizioni alla libertà di stabilimento «possono essere giustificate da motivi imperativi di interesse generale», tra i quali la "tutela della sanità pubblica", a condizione che siano atte a garantire la realizzazione dell'obiettivo perseguito e non vadano oltre quanto necessario al raggiungimento dello stesso (punto 11).

---

<sup>6</sup> Si prevedeva: «L'aspettativa, senza retribuzione e senza decorrenza dell'anzianità, è, altresì, concessa al dirigente con rapporto di lavoro a tempo indeterminato, a domanda, per: [...] b) tutta la durata del contratto di lavoro a termine se assunto presso la stessa o altra azienda o ente del comparto ovvero in altre pubbliche amministrazioni di diverso comparto o in organismi della Unione europea con rapporto di lavoro ed incarico a tempo determinato».

Delineato in tal modo il contesto normativo sia interno sia unionale di riferimento, l'ordinanza pone la questione «se il diritto alla libera circolazione all'interno dell'Unione europea osti, o meno, ad una normativa che non riconosce al dirigente medico il diritto incondizionato all'aspettativa per assumere un incarico in altro paese dell'Unione quando quel diritto è invece riconosciuto per gli incarichi resi nell'ambito del Servizio sanitario nazionale» (punto 12) e – tenuto conto della “complessità delle questioni proposte” e del “conseguente rilievo nomofilattico” – rimette la trattazione della causa alla pubblica udienza.

### 3. Qualche osservazione (di metodo e di merito) sulla necessità della rimessione

L'ostacolo alla libera circolazione<sup>7</sup> – e, in conseguenza, la discriminazione – nel caso in esame scaturisce, più che dalle normative in sé, dall'incrocio tra queste che viene prospettato.

Nessun problema si pone per la regolazione dettata in via generale per i dipendenti pubblici dal d.lgs. n. 165/2001, che disciplina all'art. 23 *bis* il collocamento in aspettativa senza operare distinzioni, facendo un generico riferimento «allo svolgimento di attività presso soggetti e organismi, pubblici o privati, anche operanti in sede internazionale»<sup>8</sup>.

Diverso è il discorso per la disciplina speciale stabilita dal d.lgs. n. 502/1992: nell'ambito di questa normativa, che si propone una riorganizzazione complessiva del settore sanitario, la regolazione posta per l'aspettativa dall'art. 15 *septies* è tarata sulla strutturazione del Servizio sanitario nazionale e quindi è circoscritta (in un certo senso inevitabilmente) agli incarichi che hanno svolgimento in questo ambito.

Meno perspicua è, invece, la regolazione posta dalla norma contrattuale, che da una parte estende la disciplina “speciale” del settore sanità agli incarichi presso «pubbliche amministrazioni di diverso comparto», sganciandola pertanto dalle peculiarità del settore in esame; dall'altra rimanda alla disciplina valevole per la generalità delle pubbliche amministrazioni per gli incarichi conferiti da organismi o strutture sanitarie unionali e internazionali. La ricostruzione dell'intreccio tra queste fonti operata dalla Cassazione nell'ordinanza in commento, che assegna a norme diverse la disciplina degli incarichi in dipendenza del

<sup>7</sup> In argomento si rinvia a GIUBBONI, ORLANDINI, *La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione europea*, il Mulino, 2007; NAPPI, *Libera circolazione dei lavoratori subordinati*, in CARINCI F., PIZZOFERRATO, (a cura di), *Diritto del lavoro dell'Unione Europea*, Utet, 2010, 251 ss.; MENEGATTI, *The Evolving Concept of “worker” in EU law*, in *Italian Labour Law e-Journal*, 2019, 71 ss.; MONTANARI, *La libera circolazione dei lavoratori*, in CARINCI F., PIZZOFERRATO, (a cura di), *Diritto del lavoro dell'Unione Europea*, Giappichelli, 2021, 129 ss.

<sup>8</sup> Tale collocamento in aspettativa è condizionato all'assenza di diniego dell'amministrazione di appartenenza motivato da esigenze organizzative.

soggetto conferente<sup>9</sup>, ha come risultato una disparità di trattamento tra incarichi svolti in ambito nazionale (per cui si ha un'aspettativa a domanda) e incarichi svolti nell'UE (per cui si ha un'aspettativa condizionata).

Questo esito sarebbe, invece, stato evitato qualora la Corte avesse seguito la ricostruzione proposta dal ricorrente, che assegna al rinvio contenuto nel Ccnl un semplice valore estensivo; o, più in generale, avesse valorizzato la regolazione posta dal d.lgs. n. 502/1992 come disciplina *ad hoc* per il personale del settore sanità, valevole indipendentemente dalla sede del soggetto conferente l'incarico.

Questa opzione interpretativa sarebbe stata, per altro verso, del tutto in linea con il riconoscimento che nello stesso d.lgs. n. 165/2001 si ha della specialità della regolazione posta dal d.lgs. n. 502/1992 per la dirigenza del settore, con la disciplina di questa materia in una norma *ad hoc*, l'art. 26 (rubricato *Norme per la dirigenza del Servizio sanitario nazionale*), che rinvia espressamente al d.lgs. n. 502/1992 per la definizione di alcuni profili dell'attribuzione di incarichi dirigenziali<sup>10</sup>.

Quest'ultimo, a sua volta, rimanda per la disciplina della dirigenza sanitaria alla regolazione posta per la generalità delle pubbliche amministrazioni «salvo quanto previsto dal presente decreto» (art. 15, comma 2), ribadendo in tal modo la sua connotazione quale *lex specialis*<sup>11</sup>.

In questi termini è, del resto, ricostruito il rapporto tra le due normative nella più attenta dottrina, che considera la disciplina del d.lgs. n. 165/2001 «come cornice generale del sistema ed altresì come un “magazzino di princìpi” cui attingere in presenza di lacune della disciplina speciale»<sup>12</sup> che viene posta per il comparto sanitario dal d.lgs. n. 502/1992, che costituisce un subsistema completo e autosufficiente con «una propria peculiare articolazione e specificità»<sup>13</sup>.

La Corte di cassazione, invece, accede a una diversa ricostruzione del rapporto tra queste fonti, che porta a un trattamento differenziato per lo svolgimento di incarichi in ambito nazionale e in ambito unionale, in palese contrasto con il diritto alla libera circolazione all'interno dell'Unione europea (e, segnatamente, con l'art. 45 TFUE).

Questo contrasto è chiaramente rilevato nella sentenza C. giust., sez. I, 13 luglio 2016, causa C187/15, cit. – richiamata nell'ordinanza in esame –, che afferma che l'insieme delle disposizioni del Trattato relative alla libera circolazione delle persone «mira a facilitare

<sup>9</sup> La Corte, in sostanza, avalla il rapporto tra le due norme prospettato nei precedenti gradi di giudizio.

<sup>10</sup> Il comma 2 di questa norma stabilisce: «Nell'attribuzione degli incarichi dirigenziali, determinati in relazione alla struttura organizzativa derivante dalle leggi regionali di cui all'articolo 3 del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502, si deve tenere conto della posizione funzionale posseduta dal relativo personale all'atto dell'inquadramento nella qualifica di dirigente».

<sup>11</sup> In tema LAMBERTUCCI, *Dirigenza sanitaria, responsabilità dirigenziale e gestione delle risorse umane: brevi appunti*, in *LPA*, 2006, 5, 825 ss.; NIRONI, *La disciplina della dirigenza sanitaria nella riforma del Servizio sanitario nazionale*, in *SP*, 2001, 347 ss.

<sup>12</sup> MAZZOTTA, *Attribuzioni e poteri del dirigente sanitario*, in *LPA*, 2003, 3-4, 475.

<sup>13</sup> TORCHIA, *La dirigenza del Servizio sanitario nazionale*, in *SP*, 1997, 257.

ai cittadini dell'Unione europea l'esercizio di attività lavorative di qualsivoglia natura nel territorio dell'Unione ed osta ai provvedimenti che potrebbero sfavorirli qualora intendano svolgere un'attività economica nel territorio di uno Stato membro diverso da quello di origine», riprendendo il costante orientamento *in subiecta materia*<sup>14</sup>.

La portata del principio di libera circolazione – annoverato tra i “principi fondamentali della Comunità” (*ex multis* C. giust., 15 dicembre 1995, causa C415/93, cit., punto 93) – è stata specificata in una serie di pronunce, che ne hanno sottolineato l'attribuzione ai cittadini degli Stati membri «direttamente dal Trattato»<sup>15</sup>.

Sulla base di queste premesse, la Corte UE ha ripetutamente affermato che «gli articoli da 45 TFUE a 48 TFUE mirano, in particolare, ad evitare che un lavoratore che, avvalendosi del diritto alla libera circolazione, abbia prestato attività in più di uno Stato membro riceva, senza giustificazione oggettiva, un trattamento meno favorevole rispetto a chi abbia compiuto l'intera carriera in un solo Stato membro»<sup>16</sup>.

Non assume rilievo nella fattispecie portata in giudizio il quarto comma dell'art. 45 TFUE che esclude dall'applicazione delle norme sulla libertà di circolazione gli «impieghi nella pubblica amministrazione»<sup>17</sup>, in quanto sono intesi come “pubbliche amministrazioni” ai fini della norma esclusivamente gli uffici deputati ad assolvere ad «attività che partecipino all'esercizio di pubblici poteri» (art. 51 TFUE), cioè caratterizzati al contempo dall'esercizio di autorità pubblica e dalla cura e salvaguardia degli interessi generali dello Stato<sup>18</sup>, elementi che, indubbiamente, non ricorrono nel caso in questione (sulla non ricomprensione delle attività di medico specialista svolte presso pubbliche amministrazioni nell'ambito

<sup>14</sup> C. giust., 15 dicembre 1995, causa C415/93, *Bosman*, punti 94 e 95; C. giust., grande sezione, 1 aprile 2008, causa C212/06, *Governo della Comunità francese e Governo vallone*, punto 44; C. giust., sez. I, 21 gennaio 2016, causa C515/14, *Commissione/Repubblica di Cipro*, punto 39; C. giust., sez. III, 7 luglio 1988, causa C143/87, *Stanton*, punto 13; C. giust., 7 luglio 1992, causa C370/90, *Singh*, punto 16.

<sup>15</sup> Si vedano C. giust., sez. III, 5 febbraio 1991, causa C363/89, *Roux*, punto 9; C. giust., 7 luglio 1992, causa C370/90, cit., punto 17; C. giust., sez. I, 21 gennaio 2016, causa C515/14, cit., punto 39; C. giust., 15 dicembre 1995, causa C415/93, cit., punti 94 e 95; C. giust., grande sezione, 21 febbraio 2006, causa C152/03, *Ritter-Coulais*, punto 33; C. giust., grande sezione, 1 aprile 2008, causa C212/06, cit., punto 44; C. giust., sez. III, 10 marzo 2011, causa C379/09, *Casteels*, punto 21; C. giust., grande sezione, 16 aprile 2013, causa C202/11, *Las*, punto 19.

<sup>16</sup> In questo senso C. giust., sez. I, 13 luglio 2016, causa C187/15, cit., punto 26; C. giust., sez. II, 30 giugno 2011, causa C388/09, *Silva Martins*, punto 76; C. giust., sez. I, 21 gennaio 2016, causa C515/14, cit., punto 42; C. giust., 5 maggio 1977, causa C104/76, *Jansen*, punto 12; C. giust., sez. II, 7 marzo 1991, causa C10/90, *Masgio*, punti 17, 19 e 23; C. giust., 22 novembre 1995, causa C443/93, *Vougioukas*, punti 41 e 42; C. giust., sez. V, 17 settembre 1997, causa C322/95, *Iurlaro*, punti 23 e 30.

<sup>17</sup> In tema GIUBBONI, ORLANDINI, op. cit.; GNES, *Oltre la cittadinanza nazionale? L'accesso alla funzione pubblica dei cittadini stranieri*, in *Gli stranieri*, 2012, 7 ss.; PALAZZO, *L'accesso al pubblico impiego nell'ottica della libertà di circolazione dei lavoratori*, in *DA*, 2017, 753 ss.

<sup>18</sup> GAGLIARDI, *La libertà di circolazione dei dirigenti pubblici europei*, in *DA*, 2020, 164 ss., che sottolinea che questa «interpretazione restrittiva vuole favorire un'applicazione tendenzialmente omogenea del principio, che prescinde dalle scelte organizzative nazionali e dal perimetro che i singoli ordinamenti riconoscono per quella che può definirsi come “pubblica amministrazione” nel senso più tradizionale del termine, consentendo al contempo la massima espansione di uno dei fondamentali diritti affermati dai Trattati».

applicativo dell'art. 48, n. 4, TFUE, vedi C. giust., 15 gennaio 1998, causa C15/96, *Kalliope Schöning-Kougebetopoulou*, punto 25)<sup>19</sup>.

L'applicazione del principio di libera circolazione anche ai dipendenti pubblici e il divieto di operare discriminazioni in dipendenza del paese di esercizio della funzione sono stati affermati dal giudice comunitario in una serie di sentenze<sup>20</sup>, a partire da C. giust., 23 febbraio 1994, causa C419/92, *Scholz*, che, in un giudizio che aveva come parte in causa l'Italia, ha statuito che «l'art. 48 del Trattato CEE deve essere interpretato nel senso che, qualora un ente pubblico di uno Stato membro, assumendo personale per posti che non rientrano nella sfera d'applicazione dell'art. 48, n. 4, del Trattato, stabilisca di tener conto delle attività lavorative anteriormente svolte dai candidati presso una pubblica amministrazione, tale ente non può, nei confronti di cittadini comunitari, operare alcuna distinzione a seconda che tali attività siano state esercitate presso la pubblica amministrazione dello stesso Stato membro o presso quella di un altro Stato membro».

L'ostacolo alla libera circolazione dei lavoratori rappresentato da una normativa nazionale che, prevedendo un trattamento differenziato di tal fatta, possa «dissuaderli dal lasciare il loro impiego nell'ambito della funzione pubblica del loro paese d'origine per esercitare un'attività lavorativa sul territorio di un altro Stato membro, in un'istituzione dell'Unione o in un'altra organizzazione internazionale» è stato poi ribadito da C. giust., sez. I, 21 gennaio 2016, causa C515/14, cit., punto 45.

Tra le sentenze che si ascrivono a questo orientamento, assume rilievo per vari profili la sentenza C. giust., 15 gennaio 1998, causa C15/96, cit. In questa pronuncia, in primo luogo, si ribadisce sul piano generale che la violazione del principio di non discriminazione posta in essere da una normativa nazionale che esclude la possibilità di prendere in considerazione periodi di lavoro compiuti presso enti pubblici di altri Stati membri non è messa in discussione «dal fatto che il pubblico impiego sia soggetto a regole di organizzazione e di funzionamento che variano da uno Stato membro all'altro» (punto 24); in secondo luogo, si specifica che, in ogni caso, le attività di medico specialista svolte «tanto presso la pubblica amministrazione dello Stato membro di partenza, quanto presso quella dello Stato membro ospitante, vanno considerate analoghe. Va ricordato in proposito che trattasi di una professione disciplinata a livello comunitario» (punto 11) e «non rientrano nell'ambito di applicazione dell'art. 48, n. 4, del Trattato» (punto 25).

Considerato che la giurisprudenza unionale avanti richiamata aveva da tempo chiaramente preso posizione su questioni analoghe a quella portata in giudizio, la rimessione alla pubblica udienza che viene disposta nell'ordinanza in commento appare discutibile.

<sup>19</sup> *Infra*.

<sup>20</sup> Per approfondimenti si rinvia a FUENTETAJA PASTOR, *La libre circulación de empleados públicos*, in *Revista de Derecho de la Unión Europea*, 2003, 44 ss.; PEKASSA NDAM, *La notion d'administration publique dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne*, in *Revue de droit public*, 2012, 363 ss.; GAGLIARDI, *La libera circolazione dei cittadini europei e il pubblico concorso*, Jovene, 2012, 59 ss.

Questa rimessione, peraltro, appare ancora più discutibile ove si consideri che, appena qualche mese prima, la Corte di giustizia, con la sentenza della sez. VI, 15 giugno 2023, causa C132/22, *B.M. e N.P.*, aveva dichiarato la contrarietà al principio di libera circolazione di una normativa italiana che, al pari di quella oggetto dell'ordinanza, determinava un trattamento meno favorevole di un dipendente pubblico che, avvalendosi del suo diritto alla libera circolazione, aveva svolto attività lavorative in più di uno Stato membro<sup>21</sup>.

Se queste pronunce della Corte UE vengono ignorate nell'ordinanza della Cassazione qui annotata, altre pronunce, del tutto fuori contesto, vengono prese in considerazione.

Nell'ordinanza viene richiamata, nell'individuazione dei principi unionali alla stregua dei quali inquadrare la fattispecie portata in giudizio (punto 11), la sentenza C. giust., sez. IV, 26 settembre 2013, causa C539/11, cit., punti 33 e 34, e questo richiamo non è pertinente per varie ragioni.

In primo luogo, la sentenza della Corte di giustizia a cui si fa riferimento riguarda la libertà di stabilimento, che ha una regolazione distinta e si muove in una cornice molto diversa da quella della libertà di circolazione che è oggetto di causa<sup>22</sup>. In secondo luogo, «i motivi imperativi di interesse generale» – e, nella specie, l'«obiettivo generale attinente alla tutela della sanità pubblica» – che vengono posti a base delle restrizioni alla libertà di stabilimento<sup>23</sup> in questa sentenza non sono ravvisabili nello svolgimento temporaneo in altro paese di un incarico medico.

Assodato che al quesito sollevato dalla Cassazione sulla contrarietà alla libertà di circolazione di una normativa che differenzia il regime dell'aspettativa dei dirigenti medici in base al paese di svolgimento dell'incarico deve darsi risposta positiva, il principio della primazia del diritto unionale porta a un duplice sbocco per la questione portata in giudizio. Prima strada è quella dell'interpretazione conforme<sup>24</sup>.

<sup>21</sup> In questa pronuncia la CGUE afferma: «(19) Dalla giurisprudenza risulta che rientrano nell'ambito di applicazione dell'articolo 45 TFUE le condizioni di assunzione, segnatamente per gli impieghi nella pubblica amministrazione diversi da quelli di cui al paragrafo 4 di tale disposizione (v., in tal senso, sentenze del 26 maggio 1982, *Commissione/Belgio*, 149/79, EU:C:1982:195, punto 11; nonché dell'11 febbraio 2021, *Katoen Natie Bulk Terminals e General Services Antwerp*, C407/19 e C471/19, EU:C:2021:107, punto 82). (20) Disposizioni nazionali che ostacolano o dissuadano un lavoratore, cittadino di uno Stato membro, dall'abbandonare il suo Stato di origine per esercitare il suo diritto alla libera circolazione costituiscono ostacoli a questa libertà, ai sensi dell'articolo 45, paragrafo 1, TFUE, anche qualora esse si applichino indipendentemente dalla nazionalità dei lavoratori interessati (sentenza del 28 aprile 2022, *Gerencia Regional de Salud de Castilla y León*, C86/21, EU:C:2022:310, punto 23, e giurisprudenza ivi citata). (21) Inoltre, l'articolo 45 TFUE ha in particolare lo scopo di evitare che un lavoratore che, avvalendosi del suo diritto alla libera circolazione, abbia svolto attività lavorative in più di uno Stato membro riceva, senza giustificazione oggettiva, un trattamento meno favorevole rispetto a chi abbia svolto tutta la sua carriera in un solo Stato membro (sentenza del 28 aprile 2022, *Gerencia Regional de Salud de Castilla y León*, C86/21, EU:C:2022:310, punto 24, e giurisprudenza ivi citata)».

<sup>22</sup> In tema BANO, *Diritto del lavoro e libera prestazione di servizi nell'Unione europea*, il Mulino, 2008; CASALE, *La libera prestazione dei servizi e la libertà di stabilimento*, in CARINCI F., PIZZOFERRATO, (a cura di), *Diritto del lavoro dell'Unione Europea*, Giappichelli, 2021, 142 ss.

<sup>23</sup> Si rileva, per inciso, che il richiamo in esame è altresì inutile dato che, anche in relazione alla libertà di circolazione dei lavoratori, l'art. 45 TFUE fa espressamente salve al comma 3 le «limitazioni giustificate da motivi di ordine pubblico, pubblica sicurezza e sanità pubblica».

<sup>24</sup> Vedi, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, PICCONE, *L'ordinamento integrato, il giudice nazionale e l'interpretazio-*

Già nella sentenza C. giust., sez. I, 13 luglio 2016, causa C187/15, cit., espressamente richiamata nell'ordinanza in commento, si afferma – riprendendo un consolidato orientamento<sup>25</sup> – che «il principio d'interpretazione conforme esige che i giudici nazionali si adoperino al meglio, nei limiti delle loro competenze, prendendo in considerazione il diritto interno nel suo insieme e applicando i metodi d'interpretazione riconosciuti da quest'ultimo, al fine di garantire la piena efficacia del diritto dell'Unione e di pervenire ad una soluzione conforme allo scopo perseguito da quest'ultimo» (punto 43).

Alla stregua di questo principio, la Corte di cassazione ben avrebbe potuto interpretare l'art. 15 *septies* del d.lgs. n. 502/1992 come applicabile anche ad incarichi conferiti da soggetti dell'Unione europea, dilatando in via esegetica l'ambito applicativo della norma in modo da renderla conforme al principio della libertà di circolazione.

I limiti a questa interpretazione conforme – individuati nella stessa pronuncia nei principi generali del diritto e nell'interpretazione non *contra legem* del diritto nazionale (punto 44)<sup>26</sup> – non sarebbero stati violati nel caso in questione, considerato che quella proposta rappresenterebbe, al più, un'interpretazione *praeter legem*.

Seconda strada è quella della disapplicazione<sup>27</sup>.

Anche questa strada è chiaramente indicata nella pronuncia della CGUE a cui l'ordinanza in epigrafe fa riferimento (C. giust., sez. I, 13 luglio 2016, causa C187/15, cit.), che prescrive, in caso di non possibilità di applicazione conforme, l'obbligo del giudice nazionale di «applicare integralmente il diritto dell'Unione e di tutelare i diritti che questo attribuisce ai singoli, eventualmente disapplicando ogni disposizione nazionale la cui applicazione, date le circostanze della fattispecie, condurrebbe a un risultato contrario al diritto dell'Unione» (45), specificando che, ove il diritto nazionale preveda «un trattamento differenziato tra vari gruppi di persone in violazione del diritto dell'Unione, i membri del gruppo sfavorito devono essere trattati allo stesso modo ed essere assoggettati allo stesso regime degli altri interessati. Il regime applicabile ai membri del gruppo favorito, in mancanza della corretta applicazione del diritto dell'Unione, resta il solo sistema di riferimento valido» (46)<sup>28</sup>.

Anche questo percorso, pertanto, avrebbe avuto come esito l'applicazione *tout court* dell'art. 15 *septies* del d.lgs. n. 502/1992 all'incarico del dirigente medico presso l'ospedale di Strasburgo.

*ne conforme*, in *Scritti in onore di Giuseppe Tesaurò*, vol. II, Editoriale Scientifica, 2014, 1173 ss.

<sup>25</sup> C. giust., grande sezione, 24 gennaio 2012, causa C282/10, *Dominguez*, punto 27; C. giust., sez. II, 11 novembre 2015, causa C505/14, *Klausner Holz Niedersachsen*, punto 34.

<sup>26</sup> Sui limiti all'interpretazione conforme v. C. giust., grande sezione, 15 aprile 2008, causa C268/06, *Impact*, punto 100; C. giust., grande sezione, 15 gennaio 2014, causa C176/12, *Association de médiation sociale*, punto 39. In dottrina BIN, *L'interpretazione conforme. Due o tre cose che so di lei*, in *rivistaaic.it*, 2015, 1 ss.

<sup>27</sup> Per un inquadramento della tematica e indicazioni bibliografiche v. GALLO, *Effetto diretto del diritto dell'unione europea e disapplicazione, oggi*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2019.

<sup>28</sup> Vedi inoltre, nello stesso senso, le sentenze C. giust., 26 gennaio 1999, causa C18/95, *Terhoeve*, punto 57; C. giust., sez. VI, 22 giugno 2011, causa C399/09, *Landtová*, punto 51; C. giust., sez. II, 19 giugno 2014, *Specht e altri*, cause riunite da C501/12 a C506/12, C540/12 e C541/12, punto 95.

I principi enunciati in questa sentenza della Corte di giustizia sono applicabili *de plano* alla questione affrontata dall'ordinanza annotata, che riguarda appunto il caso di un pubblico dipendente che, avvalendosi del diritto alla libera circolazione, aveva prestato attività in più Stati membri ricevendo, senza giustificazione oggettiva, un trattamento meno favorevole rispetto a chi aveva compiuto l'intera carriera in un solo Stato membro.

Qualora nella ricostruzione della disciplina nazionale la disparità di trattamento venga imputata al Ccnl<sup>29</sup>, la soluzione è ancora più semplice.

Il regolamento n. 492 del 5 aprile 2011<sup>30</sup> stabilisce all'art. 7, comma 4: «Tutte le clausole di contratti collettivi o individuali o di altre regolamentazioni collettive concernenti l'accesso all'impiego, l'impiego, la retribuzione e le altre condizioni di lavoro e di licenziamento, sono nulle di diritto nella misura in cui prevedano o autorizzino condizioni discriminatorie nei confronti dei lavoratori cittadini degli altri Stati membri», riprendendo pedissequamente una previsione già presente nel regolamento n. 1612 del 15 ottobre 1968<sup>31</sup>.

Pur facendosi riferimento in questa norma alla disparità di trattamento tra cittadini di Stati membri diversi, la stessa è stata richiamata dalla CGUE anche in relazione a ipotesi di difformità di trattamento collegate allo svolgimento di periodi di servizio in enti pubblici di Stati diversi, come accade appunto nel caso oggetto dell'ordinanza.

La sentenza C. giust., 15 gennaio 1998, causa C15/96, cit., ha infatti affermato: «1) L'art. 48 del Trattato CE e l'art. 7, nn. 1 e 4, del regolamento (CEE) del Consiglio 15 ottobre 1968, n. 1612, relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità, ostano alla clausola di un contratto collettivo, applicabile alla pubblica amministrazione di uno Stato membro, che preveda, per gli impiegati contrattuali di tale amministrazione, un avanzamento per anzianità dopo otto anni di attività lavorativa in un livello retributivo determinato da tale contratto, senza tener conto dei periodi lavorativi, in un settore di attività analogo, precedentemente compiuti presso la pubblica amministrazione di un altro Stato membro. 2) La clausola di un contratto collettivo che comporta una discriminazione contraria all'art. 48 del Trattato ed all'art. 7, n. 1, del regolamento n. 1612/68 è, ai sensi dell'art. 7, n. 4, dello stesso regolamento, nulla di diritto. In tal caso, il giudice nazionale ha l'obbligo di applicare agli appartenenti al gruppo sfavorito da tale discriminazione lo stesso regime di cui fruiscono gli altri lavoratori, senza chiedere o attendere la previa abrogazione di siffatta clausola attraverso la contrattazione collettiva o qualsiasi altro procedimento».

<sup>29</sup> Come nell'ordinanza in epigrafe, che sembra riconoscere al Ccnl il compito di individuare la regolamentazione da applicare (il che è già piuttosto discutibile *ex se*, dato che un atto di autonomia privata non può disporre del campo di applicazione della legge).

<sup>30</sup> *Regolamento (UE) del Parlamento Europeo e del Consiglio del 5 aprile 2011 n. 492 relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno dell'Unione.*

<sup>31</sup> *Regolamento del Consiglio relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità*, che stabiliva all'art. 7, comma 4: «Tutte le clausole di contratti collettivi o individuali o di altre regolamentazioni collettive concernenti l'accesso all'impiego, l'impiego, la retribuzione e le altre condizioni di lavoro e di licenziamento, sono nulle di diritto nella misura in cui prevedano o autorizzino condizioni discriminatorie nei confronti dei lavoratori cittadini degli altri Stati membri».

Anche in considerazione di questo, la rimessione alla pubblica udienza che la Corte di cassazione dispone nell'ordinanza commentata avrebbe potuto agevolmente essere evitata. Da ultimo, la scelta di rimessione appare tanto più discutibile ove si consideri che al provvedimento illegittimo di diniego dell'aspettativa è correlata una decadenza dall'impiego (risalente al marzo 2014) che ha impedito al dirigente medico in causa anche la partecipazione ad altri pubblici concorsi.

