

L'applicazione delle misure antiabuso della Direttiva UE n. 70 del 1999 nell'utilizzo del contratto a termine dei dirigenti

di Sergio Galleano<sup>1</sup>

### La sentenza 17010/2017 della Cassazione

1. La recente sentenza n. 17010 del 10 luglio 2017 (Pres. Balestrieri, rel. Amendola) della sezione lavoro della Corte di cassazione induce a qualche considerazione e, comunque, costituisce l'occasione per fare il punto sull'assunzione a termine dei dirigenti, in considerazione anche del nuovo assetto del giudice della nomofilachia nell'affermazione di principi cui si ritiene debbano attenersi i giudici di merito<sup>2</sup>.
2. La sentenza, che pare riguardare un contratto stipulato nel settore privato, non fa altro che confermare un principio pacifico, sia nella legislazione che nella giurisprudenza giuslavoristica, ribadendo che non si applica ai dirigenti la disciplina del contratto a termine, ivi compreso, soprattutto, l'impianto sanzionatorio, soprattutto di origine comunitaria, in ipotesi di abuso nell'utilizzo dello strumento.

---

1 Avvocato del foro di Milano

2 Si vedano sul punto, tra i tanti interventi, quelli di A. Pasqualin, Il nuovo assetto del giudizio civile di cassazione nel dialogo tra aspettative di maggiore efficienza e garanzia di effettività delle tutele e P. Curzio, Il futuro della Cassazione, entrambi in *Questione giustizia* 3/2007.

3. La rilevanza della pronuncia necessita allora di una verifica dei presupposti sulla base dei quali tale soluzione viene ritenuta conforme alla normativa eurounitaria, tenuto conto anche che, come risulta dalla stessa sentenza, era stata proposta una specifica questione pregiudiziale disattesa dalla Corte<sup>3</sup>, anche sulla base di un richiamo (che in generale è da ritenersi positivo per la nuova attenzione da parte della Suprema corte alle Istituzioni europee) alla Commissione petizioni del Parlamento europeo istituita sulla base degli artt. 20 e 227 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e dell'art. 40 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, la quale aveva archiviato la petizione di un cittadino italiano, dirigente, che lamentava la mancata applicazione della Direttiva UE n. 70 del 1999 su un contratto a termine.
4. Il caso esaminato dalla Corte di cassazione riguardava un dirigente assunto a termine con un contratto quinquennale, come previsto dall'art. 10 comma 4 del d.lgs. 368/2001, contratto che era poi stato più volte rinnovato per oltre tre successivi anni.
5. Il dirigente, precisa la Corte, aveva adito il Tribunale chiedendo che venisse dichiarata la nullità dei rinnovi e la costituzione di un rapporto a tempo indeterminato, con diritto alla ricostituzione del rapporto o, in subordine, al risarcimento del danno, indicato nel diritto alla percezione del preavviso contrattuale o, in subordine all'indennità ex art. 32 legge 183/2010<sup>4</sup>.
6. Sia il Tribunale che la Corte di appello di Genova avevano rigettato la domanda del lavoratore. Il dirigente ricorreva in Cassazione svolgendo cinque motivi che sono stati ritenuti connessi dalla Corte e quindi esaminati nel loro complesso.
7. Correttamente la sentenza, nella ricostruzione storico normativa effettuata, ricorda che già nel vigore della legge 230 del 1962, l'art. 4 prevedeva la possibilità di stipulare contratti acausali, purché di durata non superiore a cinque anni, con i dirigenti amministrativi e tecnici, i quali potevano, comunque recedere da essi trascorso un triennio e osservata la disposizione dell'art. 2118 del Codice civile.

---

3 Sull'obbligo di rinvio da parte del giudice di ultima istanza si veda G. Nicastro, La pregiudiziale innanzi alla Corte di giustizia. tecniche di redazione dell'ordinanza di rimessione, su questa rivista, 15/03/2012; R. Romboli, Corte di giustizia e giudici nazionali: il rinvio pregiudiziale come strumento di dialogo, su Rivista AIC, 3/2014.

4 V. Sezioni unite 5072 del 15 marzo 2016.

8. Tale norma era stata interpretata dalla Corte nel senso che *«[i]l rapporto di lavoro del dirigente, in quanto caratterizzato, come si è detto, dalla licenziabilità ad nutum, non è stabile poiché tra il dirigente e l'imprenditore deve costantemente persistere un legame di reciproca fiducia e di positiva valutazione, ciò che permette la cessazione per iniziativa unilaterale quando uno dei due consideri cessato il detto legame e rende così la situazione di questo lavoratore subordinato non assimilabile a quella degli impiegati e degli operai (e dei quadri) (Corte Cost., sent. 6 luglio 1972 n. 121) con conseguente trattamento differenziato sotto il profilo normativo (Corte Cost., sent. 7 maggio 1975 n. 101 e ord. 26 ottobre 1992 n. 404, Cass. Sez. Un. 29 maggio 1995 n. 6041)»*, come aveva affermato Cass. 8069 del 1998, citata nella sentenza qui in commento.
9. Peraltro la Corte rileva come in un rapporto caratterizzato dalla mancanza di stabilità per l'inapplicabilità della disciplina limitativa dei licenziamenti proprio in ragione della particolare natura fiduciaria che lega il dirigente al datore, l'art. 4 della legge 230 del 1962 costituiva anzi una indicazione legale di stabilità relativa garantita al dirigente, *«non potendo il datore di lavoro recedere ante tempus, salvo ricorra una giusta causa, mentre il dirigente può "comunque" recedere da esso "decorso un triennio"»*<sup>5</sup>.
10. La Corte osserva che proprio in ragione della natura fiduciaria del rapporto dirigenziale non si applicherebbe ai dirigenti il principio per quale il tempo indeterminato è la regola per i rapporti comuni, ed è proprio tale peculiarità, che costituisce il principale motivo della scelta della Corte<sup>6</sup>.

---

5 Per il vero, per un evidente refuso, nella sentenza si rinvia a quanto deciso da Cass. 22695 del 2013 che però è una pronuncia resa dalla sezione tributaria della Cassazione in tutt'altra questione; manca dunque un punto di non secondaria importanza per ricostruire compiutamente il ragionamento della Corte.

6 Così la Corte precisa: *«La citata pronuncia ha evidenziato che per la categoria di rapporti di lavoro dirigenziale, data la peculiarità di cui si è detto e la necessità della persistenza del vincolo fiduciario, soggetto a periodica verifica, (anche) per un'eventuale conferma, non è ontologicamente configurabile un intento elusivo di garanzie altrimenti sussistenti, ne consegue che l'indicazione temporale contenuta nella [L. n. 230 del 1962](#), art. 4, è da riferire non al termine massimo finale entro il quale devono essere contenuti il contratto e le sue proroghe o rinnovi, ma alla durata massima del singolo contratto a termine. La rinnovazione del contratto non può che soggiacere alle stesse regole del primo e così per ogni altro rinnovo, per cui non si verifica la conversione ex tunc dei rapporti a termine in un unico rapporto a tempo indeterminato»*.

11. Dice la sentenza qui in commento: «*[c]onnotato fiduciario del rapporto di lavoro dirigenziale già evidenziato dalla Corte costituzionale per giustificare il trattamento differenziato rispetto agli altri lavoratori in materia di licenziamento: "Al dirigente... che occupa il posto più elevato nella scala gerarchica dei prestatori di lavoro subordinato, è assicurata nell'impresa una posizione che trova nel potere direttivo la sua più vera qualificazione... appare per ciò essenziale che in tal caso tra l'imprenditore ed il dirigente s'instauri e si mantenga un rapporto di reciproca fiducia e di positiva valutazione, ed è in armonia con codesta esigenza che il rapporto possa venir meno per determinazione unilaterale solo che soggettivamente vengano considerate cessate le condizioni idonee a soddisfare la detta esigenza" (C. Cost., n. 121 del 1972: v. anche C. Cost., ord. n. 404 del 1992; per la giurisprudenza di legittimità, tra le tante, v. Cass. n. 25145 del 2010)».*
12. Va innanzi tutto detto che i principi stabili dalla Corte costituzionale sono ben spendibili per giustificare la mancata applicazione, come esattamente ricorda la sentenza, della disciplina limitativa dei licenziamenti, ma poco si attagliano al contratto a termine.
13. Tale ragionamento non regge in considerazione dell'avvenuto recepimento della Direttiva UE n. 70 dal 1999 avvenuta, come è noto, con il d.lgs. 368 del 6 settembre 2001, ora sostituito dal d.lgs. 81 del 15 giugno 2015 (artt. 19-29).
- Il problema del contrasto con la Direttiva UE 1999/70
14. La Direttiva, infatti, alla clausola 2, punto 1, dispone che «*[i]l presente accordo si applica ai lavoratori a tempo determinato con un contratto di assunzione o un rapporto di lavoro disciplinato dalla legge, dai contratti collettivi o dalla prassi in vigore di ciascuno Stato membro».*
15. La fattispecie, inoltre, non rientra tra quelle previste per la non applicazione della Direttiva, ai sensi del punto 2 della citata clausola 2: «*2. Gli Stati membri, previa consultazione delle parti sociali e/o le parti sociali stesse possono decidere che il presente accordo non si applichi ai: a) rapporti di formazione professionale iniziale e di apprendistato; b) contratti e rapporti di lavoro definiti nel quadro di un programma specifico di formazione, inserimento e riqualificazione professionale pubblico o che usufruisca di contributi pubblici».*
16. Come si vede, quindi, la Direttiva si applica a tutti i contratti a termine (e tali sono quelli di cui si discute), salvo le specifiche esclusioni indicate, che

costituiscono un *numerus clausus* e tra le quali non rientrano i contratti dei lavoratori inquadrati quali dirigenti.

17. E del resto è pacifico che le direttive sociali vadano interpretate in modo restrittivo (v. sentenza CGUE Fenoll del 26.03.15 in causa C-316/13, EU:C:2015:200, punto 20 ed ivi ulteriori richiami).
18. Infine, ove rimanessero ancora dubbi, la clausola 3 (definizioni) nel disporre che: «Ai fini del presente accordo, il termine "lavoratore a tempo determinato" indica una persona con un contratto o un rapporto di lavoro definiti direttamente fra il datore di lavoro e il lavoratore e il cui termine è determinato da condizioni oggettive, quali il raggiungimento di una certa data, il completamento di un compito specifico o il verificarsi di un evento specifico», descrive esattamente la situazione dei soggetti oggi in causa.
19. Del resto, la definizione di lavoratore adottata in sede europea è sufficientemente chiara, nel senso che chiunque presta la sua opera dietro corresponsione di un corrispettivo va considerato lavoratore subordinato a tutti gli effetti, con conseguente applicazione della relativa normativa<sup>7</sup>.
20. Per quanto poi concerne la tipologia del rapporto, di natura dirigenziale, si ricorda che la Corte europea, nella sentenza Commissione c/ Repubblica italiana del 13 febbraio 2014 (in causa C-596/12, EU:C:2014:77) si è così espressa:

*13 La Commissione rimprovera alla Repubblica italiana, in sostanza, di essere venuta meno agli obblighi imposti dall'articolo 1, paragrafi 1 e 2, della direttiva 98/59, in quanto gli articoli 4 e 24 della legge n. 223/1991 escludono una categoria di lavoratori dall'ambito di applicazione della procedura di licenziamento collettivo prevista dall'articolo 2 di tale direttiva.*

*14 La Commissione sostiene che la direttiva 98/59, il cui ambito di applicazione si estende a tutti i lavoratori senza eccezione, non risulta correttamente recepita dalla legislazione nazionale in esame, la quale ammette a beneficiare delle garanzie da essa previste unicamente gli operai, gli impiegati e i quadri, escludendo i dirigenti. Essa ritiene che la normativa e i contratti collettivi italiani riguardanti specificamente i dirigenti non colmino tale lacuna.*

---

<sup>7</sup> Cfr. punti 15, 20, 24, 25, 27 e 34 sentenza Fenoll.

15 *La Repubblica italiana osserva che le disposizioni della normativa italiana di cui è causa costituiscono disposizioni «più favorevoli» ai sensi dell'articolo 5 della direttiva suddetta.*

16 *Occorre ricordare che, armonizzando le norme applicabili ai licenziamenti collettivi, il legislatore comunitario ha inteso, nel medesimo tempo, garantire una protezione di livello comparabile dei diritti dei lavoratori nei vari Stati membri e uniformare gli oneri che tali norme di tutela comportano per le imprese della Comunità (v. sentenze dell'8 giugno 1994, Commissione/Regno Unito, C 383/92, Racc. pag. I 2479, punto 16, e del 12 ottobre 2004, Commissione/Portogallo, C 55/02, Racc. pag. I 9387, punto 48). Pertanto, la nozione di «lavoratore» di cui all'articolo 1, paragrafi 1 e 2, della direttiva 98/59 non può essere definita mediante un rinvio alle legislazioni degli Stati membri, bensì ha una portata comunitaria (v., in tal senso, sentenza Commissione/Portogallo, cit., punto 49).*

17 *A tal riguardo, la suddetta nozione deve essere definita in base a criteri oggettivi che caratterizzino il rapporto di lavoro sotto il profilo dei diritti e degli obblighi delle persone interessate. In quest'ambito, la caratteristica essenziale del rapporto di lavoro è la circostanza che una persona fornisca, per un certo periodo di tempo, a favore di un altro soggetto e sotto la direzione di quest'ultimo, prestazioni in contropartita delle quali percepisce una retribuzione (v., per analogia, sentenza dell'11 novembre 2010, Danosa, C 232/09, Racc. pag. I 11405, punto 39 e la giurisprudenza ivi citata).*

18 *Nel caso di specie è indiscusso, da un lato, che la categoria dei «dirigenti» ricomprende persone inserite in un rapporto di lavoro come quello descritto al punto precedente e, dall'altro, che l'articolo 4, paragrafo 9, della legge n. 223/1991 si riferisce soltanto agli operai, agli impiegati e ai quadri, con esclusione dei «dirigenti». Ne consegue che, come sostenuto dalla Commissione nel suo ricorso, la normativa italiana in esame può essere intesa nel senso che non impone al datore di lavoro di seguire la procedura di licenziamento collettivo per quanto concerne taluni lavoratori.*

19 *Infatti, dalla documentazione versata agli atti della Corte risulta che, in Italia, tale interpretazione è fatta propria sia dall'amministrazione che dalla Corte suprema di cassazione, circostanza questa non contestata dalla Repubblica italiana.*

20 *Tuttavia, quest'ultima sostiene che la normativa e i contratti collettivi riguardanti specificamente i dirigenti, i quali garantiscono loro una tutela di carattere economico in caso di licenziamento, rappresentano norme più favorevoli ai lavoratori ai sensi dell'articolo 5 della direttiva 98/59, con la conseguenza che detto Stato membro non sarebbe venuto meno agli obblighi che gli incombono.*

21 *Per respingere tale argomento è sufficiente ricordare che la direttiva 98/59 persegue lo scopo di ravvicinare le disposizioni nazionali relative alla procedura da seguire in caso di licenziamenti collettivi (sentenza del 10 dicembre 2009, Rodríguez Mayor e a., C 323/08, Racc. pag. I 11621, punto 51). A tal fine, l'articolo 2, paragrafo 1, di detta direttiva stabilisce l'obbligo, per il datore di lavoro, di procedere in tempo utile a consultazioni con i rappresentanti dei lavoratori qualora preveda di effettuare licenziamenti collettivi. Tali consultazioni devono vertere, in particolare, sulla possibilità di evitare o di ridurre i licenziamenti collettivi previsti (sentenza del 10 settembre 2009, AkavanErityisalojenKeskusliitto AEK e a., C 44/08, Racc. pag. I 8163, punti 39 e 47).*

22 *Quindi, la direttiva 98/59 sarebbe parzialmente privata del suo effetto utile in caso di mancata attuazione della procedura di consultazione nei confronti di taluni lavoratori, a prescindere, peraltro, dalle misure sociali di accompagnamento che siano previste in loro favore per attenuare le conseguenze di un licenziamento collettivo.*

23 *Ciò è tanto più vero ove si consideri che la direttiva 98/59, fatta eccezione per i casi tassativamente previsti al suo articolo 1, paragrafo 2, non ammette, né in modo esplicito né in modo tacito, alcuna possibilità per gli Stati membri di escludere dal suo ambito di applicazione questa o quella categoria di lavoratori.*

24 *In considerazione di quanto precede, occorre dichiarare che, avendo escluso, mediante l'articolo 4, paragrafo 9, della legge n. 223/1991, la categoria dei «dirigenti» dall'ambito di applicazione della procedura prevista dall'articolo 2 della direttiva 98/59, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza dell'articolo 1, paragrafi 1 e 2, di tale direttiva.*

21. Tali principi sono simmetricamente applicabili anche al caso specifico, tenuto conto che ciò che rileva è garantire l'effettività dello "scopo" delle Direttive,

ovvero la tutela dai licenziamenti collettivi (per la Direttiva 98/59) e la tutela contro di abusi nell'utilizzo dei contratti a termine (per quella 1999/70).

22. Con riferimento poi alle difese dello Stato italiano richiamate al punto 20 della sentenza sopra riprodotta, si rileva l'assenza assoluta – a differenza dell'ipotesi di licenziamento – di norme equivalenti in favore dei dirigenti nell'ipotesi di utilizzo abusivo del contratto a termine, con conseguente, palese elusione degli obblighi stabiliti dalla Direttiva n. 70 del 1999.
23. La sentenza in commento, poi, dopo avere ripercorso la normativa successiva alla legge 230 del 1962<sup>8</sup>, che vede sostanzialmente confermata la non applicazione delle prescrizioni comunitarie di cui alla Direttiva, afferma che: *«Nonostante il succedersi delle leggi, si perpetua così il principio che i rapporti di lavoro dirigenziale sono esclusi dal campo di applicazione della disciplina generale dei contratti di lavoro a tempo determinato e si conferma la regola che consente la stipulazione di contratti con l'apposizione del termine massimo del quinquennio con i dirigenti, i quali possono unilateralmente recedere con preavviso. Da formulazioni normative sostanzialmente immutate devono discendere pari conseguenze dal punto di vista dell'interpretazione di questa Corte di legittimità, sicché anche nel vigore del [D.Lgs. n. 368 del 2001](#), art. 10, l'indicazione temporale contenuta nel quarto comma di detto articolo è da riferire non al termine massimo finale entro il quale devono essere contenuti il rapporto ed eventuali proroghe o rinnovi, ma al vincolo di durata massima del singolo contratto a termine avuto riguardo al suo momento genetico (non avendo naturalmente rilievo vincolante il diverso avviso espresso da una circolare ministeriale, v. da ultimo Cass. n. 9166 del 2017, in motivazione<sup>9</sup>), nè tanto meno, in caso di superamento del termine massimo, può operare la conversione in rapporto di lavoro a tempo indeterminato»*.
24. Manca dunque l'adozione di una qualunque misura prevista dalla Direttiva, ovvero la previsione delle ragioni oggettive, del numero massimo dei rinnovi e della durata massima dei contratti nel loro complesso (v. Direttiva, clausola 5).
25. E se può ritenersi comprensibile la mancanza di previsione delle ragioni oggettive in ragione della natura prettamente fiduciaria dell'incarico dirigenziale, non vi è

---

<sup>8</sup> Si veda l'art. 10, quarto comma del d.lgs. 368 del 2001 e l'art. 29, comma 2, lett. A) del d.lgs. 81/2015.

<sup>9</sup> Anche qui la citazione paga un evidente refuso, poiché la sentenza 9166 del 2017 riguarda tutt'altra materia, ovvero la risarcibilità di un danno differenziale conseguente ad una operata dequalificazione del lavoratore.



alcun motivo perché non possa applicarsi la tutela del numero massimo dei rinnovi o del limite alla durata massima dei contratti.

26. Né a fronte di tali considerazioni può richiamarsi – come invece fa impropriamente la cassazione - il punto 57 della sentenza Samohano del 13 marzo 2014 (C-190/13, EU:C:2014:146) dove si legge: «57 *Le sole circostanze che contratti di lavoro a tempo determinato conclusi con docenti associati siano rinnovati al fine di rispondere ad un'esigenza ricorrente o permanente delle università nel settore, e che una tale esigenza potrebbe essere soddisfatta con la stipulazione di un contratto a tempo indeterminato non sono tuttavia idonee a escludere l'esistenza di una ragione obiettiva, ai sensi della clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro, qualora la natura dell'attività di insegnamento in parola e le caratteristiche ad essa inerenti possano giustificare, in tale contesto, l'utilizzo di contratti di lavoro a tempo determinato. Sebbene i contratti di lavoro a tempo determinato conclusi con i docenti associati rispondano ad un'esigenza permanente delle università, dato che il docente associato assunto in forza di tale contratto a tempo determinato svolge compiti ben definiti rientranti nelle attività abituali dell'università, resta il fatto che l'esigenza di assumere docenti associati rimane temporanea poiché si presume che tali docenti riprendano la loro attività professionale a tempo pieno al termine del loro contratto (v., in tal senso, sentenza Küçük, cit., punti 38 et 50)».*
27. Come si vede, infatti, la Corte parla espressamente del ricorrere di una ragione oggettiva<sup>10</sup>, ovvero la presunzione che i docenti spagnoli di cui tratta la sentenza

---

10 Infatti, ai punti precedenti si dice: «54 Occorre tuttavia sottolineare che, sebbene possa ammettersi, in linea di principio, la ragione obiettiva prevista da una normativa nazionale come quella di cui trattasi nella causa principale, le autorità competenti devono garantire che l'applicazione concreta di tale normativa nazionale, tenuto conto delle particolarità dell'attività di cui trattasi e delle condizioni del suo esercizio, sia conforme alle esigenze dell'accordo quadro. Nell'applicazione della disposizione del diritto nazionale in esame, dette autorità devono quindi essere in grado di stabilire criteri obiettivi e trasparenti al fine di verificare se il rinnovo di siffatti contratti risponda effettivamente ad un'esigenza reale e sia atto a raggiungere lo scopo perseguito e necessario a tale effetto (v. sentenza Küçük, cit., punto 34).<sup>55</sup> A tale proposito, si deve ricordare che il rinnovo di contratti o di rapporti di lavoro a tempo determinato al fine di soddisfare esigenze che, di fatto, hanno un carattere non già provvisorio, ma, al contrario, permanente e durevole, non è giustificato in base alla clausola 5, punto 1, lettera a), dell'accordo quadro (v., in particolare, sentenza Küçük, cit., punto 36).<sup>56</sup> Infatti, un tale utilizzo dei contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato sarebbe incompatibile con la premessa sulla quale si fonda l'accordo quadro, vale a dire il fatto che i contratti di lavoro a tempo indeterminato costituiscono la forma comune dei rapporti di lavoro, anche se i contratti di lavoro a tempo determinato rappresentano una caratteristica dell'impiego in alcuni settori o per determinate occupazioni e attività (v. citate sentenze

riprendano la loro attività personale a tempo pieno al termine del contratto, ipotesi che certamente non ricorre nell'ipotesi degli ordinari contratti dei dirigenti d'azienda i quali, al termine del contratto a termine non rinnovato, non hanno altra soluzione che trovare un altro posto di lavoro come dirigenti.

28. Non è un caso che nella sentenza Samohano si rinvii alla pronuncia Küçük del (C-586/10, EU:C:2012:39) e, precisamente, al punto 38 dove si legge: «38 *Tuttavia, come fatto valere in sostanza dal governo polacco, la sola circostanza che si concludano contratti di lavoro a tempo determinato al fine di soddisfare un'esigenza permanente o ricorrente, del datore di lavoro, di personale sostitutivo non può essere sufficiente, in quanto tale, ad escludere che ognuno di questi contratti, considerati singolarmente, sia stato concluso per garantire una sostituzione avente carattere temporaneo. Sebbene la sostituzione soddisfi un'esigenza permanente, dato che il lavoratore assunto in forza di un contratto a tempo determinato svolge compiti ben definiti facenti parte delle attività abituali del datore di lavoro o dell'impresa, resta il fatto che l'esigenza di personale sostitutivo rimane temporanea poiché si presume che il lavoratore sostituito riprenda la sua attività al termine del congedo, che costituisce la ragione per la quale il lavoratore sostituito non può temporaneamente svolgere egli stesso tali compiti*».
29. Come si vede, anche qui, si ipotizza una situazione caratterizzata da una ragione oggettiva (l'assenza di un lavoratore) che giustifica la stipulazione di un contratto a termine, ragione che certamente non ricorre nell'ordinario instaurarsi dei rapporti di lavoro dei dirigenti, i quali anzi vanno normalmente a coprire posti vacanti.
30. Peraltro elementi ulteriori di ragionevolezza di tale soluzione sono rinvenibili nel fatto che l'eventuale declaratoria di illegittimità del termine e del superamento del periodo massimo comporterebbero unicamente l'applicazione dell'art. 32 della legge 187/2010 e, in caso di ripristino del rapporto, la possibilità di recedere, fermo restando l'obbligo del preavviso contrattuale e la non ricorrenza di ragioni di illegittimità<sup>11</sup>.

---

Adeneler e a., punto 61, e Küçük, punto 37)».

<sup>11</sup> Che, in quest'ultimo caso, darebbe comunque diritto unicamente ai risarcimenti previsti dalla contrattazione collettiva.

31. Né, infine, pare reggere la parte della motivazione che ritiene infondata la tesi secondo la quale, « ... anche nel vigore del d.lgs. 368/2001, art. 10, l'indicazione temporale contenuta nel quarto comma di detto articolo è da riferire non al termine massimo finale entro il quale debbono essere contenuti il rapporto ed eventuali proroghe o rinnovi, ma al vincolo di durata massima del singolo contratto a termine avuto riguardo al suo momento genetico».
32. E' chiaro infatti che una simile tesi consentirebbe la reiterazione infinita dei contratti a termine, senza contare che la prospettazione secondo la quale ogni contratto sarebbe da considerare a sé stante senza alcun collegamento con il precedente e l'eventuale successivo era già stata utilizzata da Cass. 10127/2012<sup>12</sup> per negare gli scatti di anzianità agli insegnanti, tesi che era stata del tutto smontata dalla Corte europea con la sentenza Rosado Santana dell'8 settembre 2011 (C-177/10, EU:C:2011:557)<sup>13</sup>.
33. Insomma, non pare che vi sia alcuna ragione che giustifichi la mancata applicazione della Direttiva se non, a tutto voler concedere, l'ampliamento del periodo massimo da tre a cinque anni del o dei contratti a termine, fissato dalla legge, rispetto agli altri lavoratori.
34. Era quindi opportuno che la Corte di cassazione valutasse con più attenzione l'eventuale rimessione alla Corte di Giustizia dell'Unione europea la questione pregiudiziale sollevata dalla parte lavoratrice.

#### Il settore specifico dei contratti a termine nel pubblico impiego

35. Particolare poi è la questione relativa ai contratti a termine del dirigente nel pubblico impiego, sui quali è opportuno spendere qualche parola, anche se la questione non viene affrontata nella sentenza sino ad ora citata.
36. La particolarità dei contratti dei dirigenti nel pubblico impiego è che questi sono ordinariamente stipulati a tempo indeterminato (art. 28 del d.lgs. 165/2001),

---

12 Nelal quale si legge: « ...E proprio disconoscendo ogni rilevanza giuridica ai periodi d'inattività lavorativa nel caso di succedersi delle supplenze questa Corte di Cassazione -seppure in una fattispecie diversa ma con qualche analogia con quella in esame - ha affermato che la categoria del personale supplente si caratterizza per un rapporto di servizio che, fondato su incarichi attribuiti di volta in volta, si interrompe nell'intervallo da un incarico ed un altro per cui non spettano , con riferimento al periodo non lavorato, gli scatti biennali (cfr. in tali sensi Cass. 8 aprile 2011 n. 8060, che invece ha riconosciuto detti scatti ai docenti di educazione musicale per avere visto costoro con apposita e specifica normativa novato il loro rapporto non di ruolo a tempo indeterminato sino alla successiva immissione in ruolo)».

13 E la stessa Cassazione ha dovuto rivedere la sua giurisprudenza sul punto con la sentenza 22558 del 7 novembre 2016.

ancorché poi, il rapporto sia caratterizzato nel suo svolgimento dagli incarichi che sono via via assegnati al singolo dirigente (art. 19 del d.lgs. 165/2001).

37. La mancata assegnazione di un incarico non comporta in ogni caso la perdita della qualifica di dirigente, poiché, secondo l'art. 19, comma 10, prevede che « *I dirigenti ai quali non sia affidata la titolarità di uffici dirigenziali svolgono, su richiesta degli organi di vertice delle amministrazioni che ne abbiano interesse, funzioni ispettive, di consulenza, studio e ricerca o altri incarichi specifici previsti dall'ordinamento, ivi compresi quelli presso i collegi di revisione degli enti pubblici in rappresentanza di amministrazioni ministeriali*».
38. E' comunque tutt'altro che infrequente l'ipotesi dell'assunzione a termine di dirigenti da parte della pubblica amministrazione. La fattispecie, regolata dall'art. 19 comma 6 del citato d.lgs. 165/2001 il quale prevede tale facoltà nel limite del 10 per cento della dotazione organica appartenenti alla prima fascia e dell'8 per cento di quelli appartenenti alla seconda fascia. Si tratta, come si vede di percentuali tutt'altro che irrisorie e che risultano ordinariamente utilizzate con continui conferimenti, sia nelle strutture centrali che negli enti locali.
39. Tale essendo la situazione è dunque ben diversa la disciplina del rapporto dei dirigenti pubblici da quelli privati. I primi infatti non possono vedersi risolvere il rapporto *ad nutum*, mentre ciò non è consentito con i dirigenti pubblici.
40. Viene dunque meno il presupposto ritenuto essenziale dalla Corte di cassazione e che giustificava la mancata applicazione della Direttiva, poiché, nel sistema che si è descritto, l'elemento fiduciario non è riferito al rapporto di lavoro ma, semmai, all'incarico affidato, che potrà quindi essere rinnovato o meno *ad nutum* (ed in assenza di ragioni discriminatorie).
41. Il tutto senza contare che siccome la parte datoriale è lo Stato, vi è applicazione verticale delle Direttive, con la conseguenza che non vi sono comunque margini che giustificano la non applicazione ai rapporti dei dirigenti pubblici della disciplina limitativa dei contratti a termine.

42. Si consideri che la specificità dei contratti dei dirigenti pubblici rispetto a quelli privati è confermata dalla Corte di Cassazione, la quale ha chiarito che la recente riforma Fornero sui licenziamenti non si applica ai dirigenti pubblici<sup>14</sup>, sicché anche sotto questo profilo nulla osta all'applicazione della Direttiva n. 70 del 1999 a questa specifica categoria di lavoratori.
43. E' chiaro che in questo caso, l'eventuale abuso difficilmente potrà portare alla riqualificazione del rapporto a tempo indeterminato, considerata la giurisprudenza prevalente in merito all'obbligo del concorso.
44. Resta comunque il diritto al risarcimento del danno che, secondo le SS.UU. 5072 del 2016, consiste sia in una parte comunque dovuta indipendentemente dalla prova (art. 32 legge 187/2010), alla quale si aggiunge l'"ulteriore danno" da perdita di chance che il lavoratore deve provare.
45. E se il posto che il dirigente ha ricoperto a termine non viene messo a concorso dall'Amministrazione, è lecito ritenere che tale situazione comporti una perdita di chance, ove il dirigente dimostri la seria possibilità di poter risultare vincitore della procedura alla quale non si è dato corso.
46. Resta inoltre la possibilità di far valere l'eventuale nullità del termine apposto in violazione di norme imperative di legge, come disposto dall'art. 36 del d.lgs. 165/2001, restando in tal caso a carico del lavoratore la prova del danno che ne è conseguito.
47. Sui dirigenti pubblici è già in corso un contenzioso che presto finirà avanti alla Corte di Cassazione: sarà interessante vedere la posizione che prenderà il giudice della nomofilachia.

Roma, 10 maggio 2018

---

<sup>14</sup> V., da ultimo, Cass. 11868/2016, che afferma, tra l'altro, il seguente principio di diritto: « ... c) ai rapporti di lavoro disciplinati dal D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165, art. 2, non si applicano le modifiche apportate dalla L. 28 giugno 2012, n. 92 alla L. 20 maggio 1970, n. 300, art. 18, per cui la tutela del dipendente pubblico in caso di licenziamento illegittimo intimato in data successiva alla entrata in vigore della richiamata L. n. 92 del 2012 resta quella prevista dalla L. n. 300 del 1970, art. 18 nel testo antecedente alla riforma ... ».