



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

Scuola Dottorale Internazionale "Tullio Ascarelli"
Diritto - Economia - Storia

Dottorato di ricerca in Diritto Dell'Impresa
XXII Ciclo

DIRIGENTE E ISTITUTORE

IUS 07

Tesi di Dottorato del:
Dott. Giovanni Scarpello

Tutor:
Ch.mo Prof. Massimiliano Marinelli

Coordinatore:
Ch.mo Prof. Alessandro Bellavista

INDICE

PREMESSA

Le categorie dei lavoratori e l'indice di demarcazione del lavoro autonomo/subordinato. Cenni.....	pag. 4
--	--------

CAPITOLO PRIMO IL DIRIGENTE D'AZIENDA

§1. Introduzione.....	pag. 14
§2. Il dirigente: problemi di definizione.....	» 16
§3. Il ruolo della giurisprudenza e la nozione di <i>alter ego</i>	» 29
§4. Rappresentanza e potere direttivo.....	» 34
§5. Dirigente apicale e pseudo-dirigente.....	» 40

CAPITOLO SECONDO LA PECULIARITÀ DEL RAPPORTO DI LAVORO DEL DIRIGENTE PRIVATO

§1. Introduzione.....	pag. 46
§2. L'assunzione e la retribuzione.....	» 47
§3. Il dirigente a tempo determinato.....	» 52
§4. L'orario di lavoro.....	» 56
§5. Le ferie.....	» 61

§6. Il trasferimento.....	»	63
§7. Il patto di non concorrenza	»	66
§8. Fine del rapporto: il licenziamento del dirigente		
8 a) Il licenziamento <i>ad nutum</i>	»	68
8 b) La tutela convenzionale	»	73
8 c) Il licenziamento disciplinare	»	79
§9. Dirigente pubblico e dirigente privato		
a confronto.....	»	84

CAPITOLO TERZO

L'INSTITORE

§1. Introduzione.....	pag.	97
§2. La preposizione institoria.....	»	100
§3. Poteri e obblighi dell'institore.....	»	110
§4. La rappresentanza processuale dell'institore....	»	114
§5. Responsabilità personale dell'institore.....	»	116

CONCLUSIONI..... pag. 119

Riferimenti bibliografici..... pag. 125

PREMESSA

Le categorie dei lavoratori e l'indice di demarcazione del lavoro autonomo/subordinato. Cenni.

La divisione del lavoro e la classificazione dei compiti di ciascun lavoratore sono propri di ogni sistema giuridico moderno. L'inquadramento dei prestatori di lavoro nasce dall'esigenza di differenziare i loro trattamenti economici e normativi.

La differenziazione delle categorie di lavoratori è propria della fine dell'800 e inizio del '900, quando, nel mezzo della rivoluzione industriale e della conseguenziale divisione sociale del lavoro, si fa largo l'idea di creare due discipline separate, una per gli operai e l'altra per gli impiegatizi, in modo da distinguere il lavoro manuale da quello intellettuale: l'operaio è il manipolatore della materia, l'impiegato dei segni grafici.

La necessità di creare contratti di lavoro *ad hoc* per ogni categoria ha trovato ostacoli in quanto non tutti erano convinti che bisognasse operare differenze tra i lavoratori, perché, acclamando il principio dell'uguaglianza, essi ritenevano che

dovessero essere trattati, appunto, allo stesso modo. Queste argomentazioni furono al centro di un dibattito, nel 1901, tra i componenti della Commissione di studio presieduta dall'onorevole Chimirri, istituita per formulare un disegno di legge sul contratto di lavoro. Mentre per alcuni di essi bisognava creare tanti tipi di contratto quante erano le categorie di lavoratori, per altri invece era necessario eliminare l'antiquata ed artificiosa distinzione tra impiegati ed operai.

I lavori della commissione sono molto importanti perché introducono un concetto del tutto nuovo per l'epoca, concetto che ha costituito la base dell'evoluzione giuridica in materia; non bisogna solo differenziare il lavoro manuale da quello intellettuale, ma il lavoro in base al grado di indipendenza del lavoratore rispetto all'imprenditore; iniziano a definirsi così le categorie di lavoro subordinato e lavoro autonomo.

Con l'avvento del diritto corporativo e della subordinazione di ogni interesse individuale a quello nazionale, le categorie professionali vengono divise in sei settori: industria e trasporti terrestri, marittimi ed aerei, commercio e credito, agricoltura. In questo periodo gli studiosi si rendono sempre più conto dell'impossibilità di attuare una normativa unitaria dei lavoratori.

Nonostante i citati lavori della Commissione del 1901 e nonostante la distinzione operai/impiegati fosse da molti ritenuta pregiudizievole, il r.d.l. n 1825/1924 ne dà una valenza normativa. Inoltre, la definizione di impiegato data dall'art. 1 della medesima legge è fondata su criteri non rigorosi: "Il contratto d'impiego privato è quello per il quale una società o un privato, gestori di un'azienda, assumono al servizio dell'azienda stessa, normalmente a tempo indeterminato, l'attività

professionale dell'altro contraente, con funzioni di collaborazione tanto di concetto che di ordine, eccettuata pertanto ogni prestazione che sia semplicemente di mano d'opera". È impiegato quindi colui che fornisce una collaborazione non manuale.

Celebre è la distinzione operata da Vittorio Emanuele Orlando nella relazione al progetto di legge d'iniziativa parlamentare sul lavoro impiegatizio del 1912: la prestazione lavorativa dell'operaio è "un fattore di produzione che l'industriale si procura alla stessa maniera onde egli si procura le materie prime"; quella dell'impiegato "tende ad integrare quell'opera personale dell'assuntore dell'azienda, opera cui egli non può personalmente attendere appunto per la moltiplicazione delle occupazioni sue".

La distinzione operaio/impiegato, basata sulla prestazione manuale o meno, comincia ad incrinarsi quando non si riesce a spiegare come mai i lavoratori che, nonostante svolgano lavoro manuale (ad esempio, commessi di studio o di negozio), sono considerati impiegati invece di operai.

Questi dubbi portano a classificare i lavoratori in base alle mansioni, in modo tale da creare delle tabelle retributive uniformi: questo è il c.d. "patto storico" sui criteri di valutazione e di uso della forza lavoro incentrato sulla qualifica¹. Gli operai cominciano a essere suddivisi in qualificati, cioè lavoratori che conoscono ed offrono un dato mestiere, "utilizzabile in determinate mansioni nell'organizzazione industriale del

¹ Si veda A. GARILLI, *Le categorie dei prestatori di lavoro*, Napoli, 1988, pag. 38.

lavoro”², e manovali, ossia lavoratori che offrono le loro mani, la loro energia non qualificata.

La mansione indica i compiti che il prestatore di lavoro deve compiere, ossia è l’obbligazione assunta dal lavoratore con la stipula del contratto. La qualifica, invece, raggruppa le mansioni omogenee ed è, secondo la definizione classica, “una variante semantica delle mansioni”³.

I lavoratori, pertanto, godono di una disciplina differenziata in base alle qualifiche professionali proprie della prestazione, differenziata in molti punti (es. la retribuzione).

Allo stesso modo, anche la disciplina degli impiegati comincia ad essere meno omogenea in quanto essi sono distinti in base al grado di autonomia e/o discrezionalità dei poteri.

È il r.d. del 1924 che delinea per la prima volta la figura dei dirigenti, lavoratori dipendenti dotati di ampia autonomia nella programmazione della propria attività lavorativa: dai “capi ufficio ed i capi reparto” infatti si distinguono i direttori tecnici “che concorrono, con prestazione manuale, alla esecuzione di una lavorazione”.

In questi anni si formano le nuove categorie di dirigenti e funzionari. I primi sono riconosciuti come una categoria separata dalle altre ai fini dell’inquadramento sindacale. Ma la qualifica di dirigente è ancora vaga. Il regolamento 1130/1926 infatti, si limita ad elencare varie figure di lavoratori impiegatizi, senza fornire alcuna definizione: i direttori tecnici e amministrativi e gli altri capi di uffici o di servizi con funzioni analoghe, gli institori e in generale gli impiegati muniti di procura. Le disposizioni in

² G. VENETO, *La recente contrattazione delle qualifiche*, in *Ascesa e crisi del riformismo in fabbrica*, Bari, 1976, pag. 155.

³ G. GIUGNI, voce “Mansione e qualifica”, in *Enc. Dir.* vol. XXV, 1975, pag. 545 ss.

materia sembrano creare “una classe di *élite*, anche sotto il profilo sociale, investita di una funzione non solo tecnica ma anche politica, e per questo più vicina ai datori di lavoro che non agli altri lavoratori subordinati”⁴. È propria di questi anni l’elaborazione giurisprudenziale, che verrà meglio studiata nel capitolo I, dell’*alter ego*, nata appunto per colmare la lacuna normativa e per risolvere problemi di qualificazione “laddove non possa essere applicato il principio dell’inquadramento automatico (allora ritenuto legittimo), in virtù del quale la categoria va attribuita a quanti siano iscritti alla relativa associazione sindacale e vengano riconosciuti come dirigenti dal datore di lavoro”⁵. Il dirigente fa parte dell’ampia categoria impiegatizia, ma assume una posizione di vertice e viene qualificato come impiegato supersostituto dell’imprenditore, capace di influenzare la vita dell’azienda sia al suo interno che all’esterno. Si distingue da questo lavoratore *alter ego* dell’imprenditore l’impiegato direttivo, “preposto ad uno o più rami di azienda, però con poteri unicamente nei confronti del personale sottoposto, senza che la sua iniziativa possa assurgere al coordinamento della produzione”⁶.

L’art. 2095 del codice civile del 1942 classifica al 1° comma i prestatori di lavoro subordinato in dirigenti (amministrativi e tecnici), impiegati e operai, secondo la classica ripartizione basata sul concetto di “sostituzione” dell’imprenditore. La prestazione dell’impiegato è di collaborazione nel processo produttivo e organizzativo dell’impresa ed è quindi una prestazione tendenzialmente

⁴ P. TOSI, *Il dirigente d’azienda*, Milano, 1974, pag. 56.

⁵ A. GARILLI, op. cit. pag. 56.

⁶ Trib. Torino, 5 aprile 1935, in *Rass. Lav.*, 1935, pag. 324.

durevole che non può essere scomposta secondo il modello fordiano; quella dell'operaio, invece, è una prestazione manuale, propria della fase di produzione e per questo scomponibile in ore di lavoro, senza necessità di continuità.

Per il Legislatore del '42 tale distinzione è “naturale” e giuridicamente esistente e propria della realtà socio-economica e sindacale. La “Relazione” al codice civile la indica addirittura come un dato ineliminabile di cui prendere atto come regola di diritto, necessaria perché si tratta di forme fondamentali che con ogni verosimiglianza non potranno mai essere superate.

Con la tornata contrattuale del 1973-1974 si travolge l'impostazione, quando la contrattazione collettiva comincia un processo di uniformazione dei trattamenti tra operai ed impiegati attraverso scale classificatorie comuni: comincia a delinarsi il c.d. inquadramento unico. Adesso non si guarda più al carattere manuale o intellettuale della prestazione fornita dal lavoratore, ma al valore professionale della prestazione stessa. Con l'inquadramento unico “si è venuto a consacrare esplicitamente il pari valore di mansioni operaio e di mansioni impiegatizie inquadrate nel medesimo livello e nel contempo il superiore valore di determinate prestazioni operaie rispetto a determinate mansioni impiegatizie di inferiore livello”⁷.

L'inquadramento unico, comunque, non ha portato ad una parificazione totale dei trattamenti economico-normativi tra le categorie di lavoratori. Parte della giurisprudenza continua a ritenere fondata la distinzione tra operai e impiegati, distinguendo il lavoro d'ufficio da quello della diretta trasformazione della realtà materiale, attraverso l'uso delle mani

⁷ F. LISO, voce “Categorie”, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. VI, 1988, pag. 11.

o di macchine e strumenti. Per un altro orientamento invece la classica distinzione operai/impiegati non ha più ragione di esistere: bisogna piuttosto distinguere lavoratori di alta professionalità da quelli poco qualificati: “La moderna tecnologia industriale ha ridotto spesso ad attività ripetitive, attraverso macchine, strumenti ed elaboratori di precisione, anche mansioni di livello elevato di carattere impiegatizio, sicché la ripetitività in sé, e l’uso di procedimenti tecnici predisposti non possono costituire elementi apprezzabili di giudizio per la determinazione delle categorie professionali”⁸.

La legge 13 maggio 1985, n. 390 ha riformato l’art. 2095 c.c., senza però abbandonare la tradizionale ripartizione e aggiungendo una nuova categoria di lavoratori. Il 1° comma recita infatti: “I prestatori di lavoro subordinato si distinguono in dirigenti, quadri, impiegati ed operai”.

Una delle questioni più controverse nel diritto del lavoro è quella di stabilire l’indice di demarcazione tra lavoro autonomo e lavoro subordinato per quei contratti di lavoro ibridi, non univocamente riconducibili alla categoria di lavoro subordinato.

Da più parti ci si è chiesto quali siano i parametri che distinguono il lavoro subordinato da quello autonomo. Il combinato disposto degli artt. 2094 e 2104, 2° comma, c.c. definisce la caratteristica essenziale del lavoro subordinato; per differenza, l’art. 2222 c.c. definisce il lavoratore autonomo come eterodirettore dell’attività. Al riguardo si è consolidata l’idea che, per stabilire la natura subordinata di un rapporto di lavoro devono essere presenti indici che, in una valutazione di prevalenza, fondino un giudizio di approssimazione a una figura tipica:

⁸ Cass. 13 gennaio 1982, n. 190, in *Riv. it. dir. lav.* 1982, II, pag. 303.

inserzione della prestazione nell'attività aziendale, parziale svolgimento della prestazione stessa nei locali dell'azienda, continuità, orario di lavoro sia pure elastico, eterodeterminazione, potere dispositivo nei confronti di altri dipendenti, percezione di compenso fisso garantito (oltre che di una parte mobile).

L'eterodeterminazione è quindi l'assoggettamento del lavoratore nei confronti del datore di lavoro nei riguardi della prestazione lavorativa, ossia la dipendenza tecnico-funzionale dall'organizzazione aziendale.

In alcuni casi però questa eterodirezione e altri criteri essenziali (come l'inserimento nell'organizzazione e la collaborazione) non sono facili da individuare. Per supplire a tale lacuna i giudici hanno creato criteri c.d. residuali attraverso cui si può risalire al tipo di rapporto di lavoro, come il vincolo di osservanza o meno dell'orario di lavoro. Importante, a tal riguardo, la sentenza della cassazione che ha affermato che "l'elemento caratterizzante il lavoro subordinato è il vincolo della subordinazione, inteso come inserimento del lavoratore nell'organizzazione dell'impresa in via continuativa e sistematica, nonché come esercizio di una costante vigilanza del datore di lavoro sull'operato del lavoratore, mentre hanno valore sussidiario altri elementi, quali le modalità della prestazione, la forma del compenso e l'osservanza di un determinato orario"⁹.

Nel corso degli anni si sono succedute diverse prospettive, dal considerare prevalentemente la volontà delle parti per definire se un rapporto di lavoro è subordinato o autonomo e quindi dare valenza al *nomen juris*¹⁰ si è passato ad una visione

⁹ Cass.1/10/97 n. 9606, in *D&L* 1998, 472

¹⁰ "Ai fini dell'accertamento della natura autonoma o subordinata del rapporto di lavoro, può essere riconosciuto un ruolo rilevante alla volontà manifestata dalle parti al momento dell'instaurazione del rapporto stesso,

contrapposta, ossia che bisogna guardare al successivo comportamento posto in essere dalle parti¹¹. In caso di contrasto tra la volontà del contratto e quella posta in essere occorre prediligere la seconda: “Ai fini dell'accertamento della natura autonoma o subordinata del rapporto di lavoro, anche in presenza della qualificazione in via autonoma operata dalle parti, deve attribuirsi rilevanza decisiva alla sussistenza del requisito della subordinazione da accertarsi alla luce delle concrete modalità di svolgimento del rapporto di lavoro, con la conseguenza che non possono ravvisarsi gli estremi del rapporto di agenzia, bensì quelli del rapporto di lavoro subordinato, nell'attività svolta da alcuni venditori con stabile inserimento della loro prestazione nell'organizzazione aziendale del datore di lavoro, senza alcun rischio di impresa e nel rispetto delle direttive impartite dal datore di lavoro”¹².

Una recentissima sentenza della Cassazione ha stabilito, infine, che sussiste rapporto di subordinazione nel caso in cui vi sia “l'assoggettamento del lavoratore al potere direttivo, disciplinare e di controllo del datore di lavoro ed il conseguente inserimento del lavoratore in modo stabile ed esclusivo nell'organizzazione aziendale” e che “costituiscono indici sintomatici della subordinazione, valutabili dal giudice di merito sia singolarmente che complessivamente, l'assenza del rischio di impresa, la continuità della prestazione, l'obbligo di osservare un

soprattutto in quei casi in cui la prestazione del lavoratore sia di notevole valore intellettuale e/o professionale, il lavoratore non sia persona sprovveduta né in posizione di inferiorità rispetto al datore di lavoro sotto il profilo economico – sociale – culturale e il lavoratore medesimo sia pienamente consapevole delle conseguenze derivanti dalla qualificazione in via autonoma del rapporto di lavoro in termini di perdita delle tutele e delle garanzie connesse al rapporto di lavoro subordinato, talché le stesse possano considerarsi ultronee rispetto alla reciproca soddisfazione degli scopi e degli interessi perseguiti dalle parti”. Pret. Pistoia 14/1/95, in *D&L* 1995, pag. 631.

¹¹ Si veda la sentenza della Corte Suprema n. 11589 del 12 maggio 2008.

¹² Pret. Torino 7/12/95, in *D&L* 1996, pag. 694, con nota di SCORCELLI, *Contratto di agenzia e rapporto di lavoro subordinato*.

orario di lavoro, la cadenza e la forma della retribuzione, l'utilizzazione di strumenti di lavoro e lo svolgimento della prestazione in ambienti messi a disposizione del datore di lavoro”¹³.

¹³ Cass. n. 9812 del 2008.

CAPITOLO PRIMO

IL DIRIGENTE D'AZIENDA

SOMMARIO: 1.1. Introduzione. 1.2. Il dirigente: problemi di definizione. 1.3. Il ruolo della giurisprudenza e la nozione di *alter ego*. 1.4. Rappresentanza e potere direttivo. 1.5. Dirigente apicale e pseudo-dirigente.

1.1. Introduzione

Negli ultimi anni si è consolidato un nuovo concetto di organizzazione del lavoro. Oggi non si guarda più solo al singolo ma al gruppo, con una conseguenziale “distruzione” della gerarchia piramidale e con un decentramento del processo decisionale, improntato sul modello dell’interfunzionalità e sulla collaborazione trasversale. Va in crisi in questo nuovo modello di organizzazione del lavoro il concetto della divisione del lavoro, della separazione netta tra posizione/mansione e persone, di responsabilità in capo ad una sola persona. Ciò ha portato alla rivisitazione delle prestazioni dei lavoratori all’interno delle aziende, “incentrate adesso più ad un modello di collaborazione

mirata alla partnership e alla crescita professionale basata sull'acquisizione di competenze”¹⁴.

In questo quadro si colloca la figura del dirigente, posta al vertice dell'organizzazione dell'apparato amministrativo-decisionale dell'impresa, sia pubblica che privata.

Ci si è chiesti se, con le nuove e diverse tipologie societarie e i nuovi gruppi imprenditoriali sempre più complessi e diversificati che hanno svilito in un certo senso la connotazione gerarchica della figura professionale del dirigente, abbia senso parlare ancora di ruoli apicali all'interno dell'azienda. Alcuni hanno persino considerato le stesse definizioni giurisprudenziali una sorta di “concezione filosofico-romantica del *manager* d'azienda”¹⁵.

Difficile è inquadrare in una nozione unitaria la figura del dirigente di impresa, anche se da sempre si è insistito sull'unitarietà della categoria. Ad aumentare questa difficoltà è la mancanza di una definizione elaborata dalla dottrina e dalla giurisprudenza chiara ed univoca. Il dirigente può essere studiato, come si vedrà, basandosi sulle definizioni legali, contrattuali e giurisprudenziali. Inoltre l'unitarietà acclamata da più parti è stata messa in discussione in seguito alle nuove qualificazioni dirigenziali, ad opera soprattutto della giurisprudenza, come quella del “mini-dirigente”.

È facile intuire che le nozioni dottrinali e giurisprudenziali sono in continua evoluzione, mancando nel nostro diritto una

¹⁴ C. CARDARELLO, *Il dirigente: la categoria, le peculiarità del rapporto, il licenziamento*, Milano 2000, pag. 3.

¹⁵ A. DI FRANCESCO, *La dirigenza privata: le trasformazioni della professionalità dirigenziale nell'attuale sistema dell'impresa*, Napoli, 2006.

disciplina esaustiva della materia oggetto del presente studio: il codice si limita ad affermare che il dirigente non è né un operaio né un impiegato, ma ciò nonostante egli fa parte della categoria del lavoro subordinato.

1.2. Il dirigente: problemi di definizione

È difficile individuare una definizione di dirigente. La categoria in esame, come già accennato, può essere studiata sotto tre aspetti: legale, contrattuale e giurisprudenziale.

Per quanto concerne l'aspetto legale, il dirigente è una delle categorie introdotte dal codice civile del 1942, dove si trova la distinzione dei prestatori di lavoro subordinato in dirigenti, quadri, impiegati e operai. Prima di tale data il lavoro dirigenziale faceva parte delle figure di lavoratori impiegatizi disciplinate dalla legge sull'impiego privato del 1924 n. 1825.

La categoria dei dirigenti, nello specifico, nasce nel momento in cui entrò in vigore l'ordinamento corporativo: l'art. 6 della legge 1926 n. 1130 (contenente norme per l'attuazione della l. 3 aprile 1926 n. 563 sulla disciplina giuridica dei rapporti collettivi di lavoro) pone nella scala gerarchica della categoria impiegatizia "istitori, procuratori, rappresentanti a stipendio fisso o non esercenti esclusivamente in proprio, commessi viaggiatori con l'estero, direttori tecnici e amministrativi ed impiegati di grado e funzioni equivalenti".

I direttori tecnici e amministrativi e gli altri capi di uffici o di servizi con funzioni analoghe, gli istitori e, in generale, gli impiegati muniti di procura hanno un'organizzazione, sul piano

collettivo, separata dagli altri lavoratori avendo associazioni sindacali diverse da quelle dei semplici impiegati e prestatori d'opera, ossia quelle degli imprenditori.

La Cassazione ha spiegato tale diversità per la differente natura delle funzioni esercitate dal dirigente, in quanto questi, nella sfera della propria attività e funzioni, ha poteri di disposizione come un datore di lavoro¹⁶.

L'articolo 2095 c.c. non delinea i tratti caratteristici del dirigente d'azienda. Esso si limita a inglobarlo nella figura dei prestatori di lavoro subordinato, rinviando la determinazione dei "requisiti di appartenenza" alle leggi speciali e alla contrattazione collettiva.

Il secondo comma dell'art. 2095 c.c. dispone infatti che le "leggi speciali e le norme corporative, in relazione a ciascun ramo di produzione e alla particolare struttura dell'impresa, determinano i requisiti di appartenenza alle suindicate categorie". Nonostante qualche autore lo neghi, la statuizione, per la dottrina maggioritaria, ha una portata precettiva anche dopo l'abolizione dell'ordinamento corporativo, il quale comprendeva i contratti collettivi corporativi, cioè quelli stipulati secondo l'ordinamento sindacale vigente nel periodo fascista (abolito con il D. Lg. 23/11/1944, n. 369); essa è da molti attualmente considerata riferibile all'"ordinamento" contrattuale collettivo post-corporativo¹⁷.

Come già anticipato, l'art. 2095 rimanda alla contrattazione collettiva "non la definizione dei requisiti *tout court* delle

¹⁶ Cass., 4 dicembre 1934, n. 3467, in *Mass. Giur. Lav.*, 1935, pag. 69.

¹⁷ Si vedano G. PERA, voce "Dirigente d'impresa o d'azienda", in *Noviss. Dig.*, app. II, Torino, 1980, pag. 1099, e F. BASENGHI, *Il licenziamento del dirigente*, Milano, 1991, pag. 19.

categorie, bensì l'individuazione dei requisiti di appartenenza alle categorie in relazione a precisi contesti organizzativo-produttivi, intendendo l'appartenenza come relazione di inclusione di un'entità in un'altra già data, e i requisiti come il mezzo logico-operativo per ricondurre la prima alla seconda”¹⁸.

Per il Legislatore, quindi, il lavoro dirigenziale ha una valenza prettamente negativa: i dirigenti sono infatti esclusi dall'ambito di applicazione di alcune rilevanti normative a carattere protettivo in materia di orario di lavoro, di disciplina del lavoro a termine e di quella del licenziamento. Ciò “richiede un'attenta valutazione circa la sussistenza, in ogni prestazione che si fregi degli attributi della managerialità, di quegli elementi che giustificano, in base alla *ratio* della singola disciplina, la non applicazione della stessa alla categoria dei dirigenti”¹⁹.

Se, a prima vista, la mancanza di una specifica disciplina da parte del Legislatore potrebbe sembrare una lacuna, in realtà, l'assenza nel codice civile di una definizione generale è stata intenzionale, ed è, come si legge nella relazione sul codice civile fatta dal Ministro Guardasigilli²⁰, frutto di una scelta di opportunità. Tale mancanza “non vuol dire assenza di un contenuto legale di tali categorie. (...) Non si è ritenuto opportuno dare nel codice una definizione generale perché qualunque definizione, che non tenga conto dei particolari atteggiamenti assunti da dette figure nei diversi rami della produzione sarebbe imperfetta”²¹. È allora sembrato più utile non

¹⁸ A. ZOPPOLI, *Dirigenza, contratto di lavoro e organizzazione*, Napoli, 2000, pag. 53.

¹⁹ M. T. SALIMBENI, *Il rapporto di lavoro dirigenziale nei sistemi di organizzazione aziendale ispirati alla “qualità totale*, in *Dir. rel. Ind.* 1994, pag. 20.

²⁰ In *Gazz. Uff.* 4.4.1942, anno 83, n. 79 *bis*, ed. *straord.*

²¹ In *Gazz. Uff.* 4.4.1942, anno 83, n. 79 *bis*, ed. *straord.*

adottare una tecnica rigida, ma rimettere la determinazione alle leggi speciali e più ancora alle norme corporative.

Prima di analizzare nello specifico la nozione legale di dirigente è opportuno fare una premessa sul concetto di subordinazione e sui cambiamenti avvenuti nel corso degli anni nell'impresa. Il rapporto di lavoro subordinato, infatti, è imperniato nell'unità aziendale che si articola attraverso il coordinamento tra varie strutture. Si sono fatti sempre più pressanti i concetti di flessibilità ed autonomia, di competenze gerarchiche e coordinamento, di dipendenza e collaborazione. Concetti tutti che hanno portato ad una crisi della definizione stessa dell'art. 2094 c. c.²², secondo cui, come è noto, “è prestatore di lavoro subordinato chi si obbliga mediante retribuzione a collaborare nell'impresa, prestando il proprio lavoro intellettuale o manuale alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore”.

È stato affermato che nel rapporto di lavoro dirigenziale la subordinazione è attenuata, ma, per non svilire del tutto il concetto e la sua relativa idoneità come criterio di classificazione è stato detto anche che la subordinazione resta comunque un elemento che permea la figura professionale del dirigente²³.

L'art. 2095 c.c. è stato successivamente riformulato dall'art. 1 della legge 13 maggio 1985, n. 190 “Riconoscimento giuridico dei quadri intermedi”. Con la distinzione dei prestatori di lavoro subordinato in quattro categorie (dirigenti, quadri, impiegati ed operai), i dirigenti vengono collocati al vertice. In base all'art. 1 della medesima legge, i quadri (categoria immediatamente

²² A. DI FRANCESCO, op. cit., pag. 3.

²³ A. DI FRANCESCO, op. cit., pag. 1.

sottostante ai dirigenti) sono quei lavoratori che “pur non appartenendo alla categoria dei dirigenti, svolgano funzioni con carattere continuativo di rilevante importanza ai fini dello sviluppo e dell’attuazione degli obiettivi dell’impresa”.

Il dirigente ha quindi un ruolo di notevole importanza per lo sviluppo e la realizzazione degli obiettivi dell’impresa: è, secondo la concezione accolta dalla giurisprudenza già prima dell’entrata in vigore della L. 190/85, quel collaboratore del datore di lavoro che ha un ampio potere sull’intera azienda o un suo ramo autonomo, così da influenzare l’andamento dell’azienda stessa e determinarne la sorte²⁴.

Da quanto sin qui detto, è possibile affermare che la nozione di dirigente ha connotati di relatività, soprattutto in riferimento ai contratti collettivi, i quali possono stabilire diversi requisiti di appartenenza alla categoria dirigenziale, aventi come oggetto l’attività produttiva o la struttura delle imprese, come prevede lo stesso art. 2095. Importante a tal proposito la sentenza della Cass. Civ., 14/5/1983, n. 3353 in cui si legge: “Compete all’autonomia negoziale delle associazioni sindacali, non solo in forza dello specifico disposto degli artt. 2071, comma 2, 2095, 2° comma, c.c., ma anche come espressione del principio costituzionale di libertà sindacale, la determinazione dei requisiti necessari per l’appartenenza alle categorie fondamentali dei prestatori di lavoro, nonché per l’attribuzione agli stessi delle singole qualifiche, anche attraverso stipulazione di contratti collettivi

²⁴ Si veda, ad esempio, Cass. Civ., 25/10/1989, n. 4358, in *Rass. Giur. ENEL*, 1990, pag. 714: “Il tratto distintivo della qualifica di dirigente rispetto a quella di impiegato con funzioni direttive è dato dall’ampiezza delle rispettive funzioni: estese per la prima qualifica all’intera azienda o ad un ramo autonomo di questa e destinate ad incidere con carattere essenziale sulla vita dell’azienda; circoscritte, invece, per la seconda ad un settore, ramo o ufficio della medesima: vi è pertanto incompatibilità tra la qualifica di dirigente e l’esercizio di mansioni con vincolo di dipendenza gerarchica anche nei casi di aziende ed organizzazione complessa con pluralità di dirigenti e graduazione di compiti”.

particolari per determinati ambiti territoriali o suddivisioni dei vari settori produttivi”²⁵.

Come è noto, il Legislatore nell’art. 2103 c.c. ha disciplinato le modalità di appartenenza del lavoratore ad una delle categorie previste: “Il prestatore di lavoro deve essere adibito alle mansioni per le quali è stato assunto o a quelle corrispondenti alla categoria superiore che abbia successivamente acquisito, ovvero a mansioni equivalenti alle ultime effettivamente svolte, senza alcuna diminuzione della retribuzione. Nel caso di assegnazione a mansioni superiori [...]l’assegnazione stessa diviene definitiva ove la medesima non abbia avuto luogo per sostituzione del lavoratore assente con diritto alla conservazione del posto, dopo un periodo fissato dai contratti collettivi e comunque non superiore a tre mesi [...]”.

Acquista, in questo modo, un ruolo da protagonista il concetto di “mansione” definito come l’insieme delle competenze assegnate ad un lavoratore all’atto dell’assunzione o, successivamente alla stessa, in virtù di un provvedimento aziendale, nel rispetto, comunque, del principio di salvaguardia del patrimonio professionale conseguito dal lavoratore²⁶.

Nonostante l’articolo 2095 c.c.²⁷. rinvii la disciplina studiata alle leggi speciali e alla contrattazione collettiva, in realtà né alcuna legge contiene una definizione di dirigente e delle sue

²⁵ Cass. Civ., 14/5/1983, n. 3353 in *Notiz. Giur. Lav.*, 1983, pag. 356.

²⁶ C. CARDARELLO, op. cit., pag. 23.

²⁷ Importanti pronunce della Cassazione hanno delineato l’ampiezza dell’art. 2095 c.c. In particolare si vedano Cass. 13 maggio 1977 n. 1921, Cass. 11 gennaio 1980 n. 258, Cass. 9 novembre 1977 n. 4826: “L’art. 2095 c.c. (...) consente alle associazioni sindacali di determinare contrattualmente le mansioni specifiche comprese nell’una o nell’altra categoria e, nell’ambito della stessa categoria, di porre una differenziazione per gradi e qualifiche ai sensi dell’art. 96 d.a. c.c., secondo l’importanza dell’impresa”. Inoltre “per determinare la qualifica spettante al lavoratore e la sua appartenenza ad una certa categoria occorre fare riferimento alle mansioni in concreto espletate ed il relativo accertamento dell’attività svolta e dei suoi caratteri deve essere condotto con criterio unitario”.

mansioni, né i contratti collettivi sono riusciti a dare contributi per una disciplina unitaria. È stato compito della dottrina e della giurisprudenza, in questo ambito, tracciare le “linee guida” che hanno portato al riconoscimento della qualifica di dirigente, oltre al lavoratore che partecipa al processo decisionale dell’azienda, anche a chi ha la funzione di attuare le scelte finali, ampliando di fatto il numero dei possibili lavoratori che potrebbero fare parte della categoria. Come vedremo più avanti, è dirigente non solo il lavoratore che agisce in completa autonomia decisionale ed è posto in supremazia gerarchica, ma anche chi ha il potere di influire sulla vita dell’impresa sia all’interno che verso i terzi²⁸.

La disciplina “positiva” del rapporto di lavoro dirigenziale si è avuta tramite la contrattazione collettiva, che ha stabilito condizioni più favorevoli in molti istituti rispetto agli altri lavoratori (impiegati ed operai), ad esempio, riguardo alla retribuzione, ai c.d. *fringe benefits* o al preavviso.

Attraverso l’apporto della contrattazione collettiva sono stati risolti vari problemi qualificatori, soprattutto con il largo uso, almeno in un primo momento, della cosiddetta “clausola di riconoscimento formale” ossia attraverso il *nomen iuris* utilizzato dal datore di lavoro. La clausola, in altre parole, subordina l’applicazione del contratto collettivo all’esplicita attribuzione di dirigente da parte dell’imprenditore. Questo metodo avrebbe dovuto “contenere” il moltiplicarsi delle figure dirigenziali, ma ha nella realtà ottenuto un effetto contrario, modificando l’ampiezza e la composizione della categoria dirigenziale.

²⁸ A. BOSCATI, *Il dirigente dello stato-contratto di lavoro e organizzazione*, Milano, 2006.

Ma se, proprio per questo motivo, la clausola è stata criticata dalla giurisprudenza, la stessa l'ha, anche molto spesso, usata, attribuendo rilievo alla c.d. “qualificazione convenzionale”. Il dirigente, quindi, è tale non solo se svolge le dovute mansioni in autonomia e indipendenza, ma anche “per convenzione”, ossia attraverso l'investitura ricevuta dall'imprenditore “che prescinde da ogni richiamo alle mansioni effettivamente svolte”²⁹ o da quelle dedotte in contratto.

Infatti “il contratto collettivo dei dirigenti individua criteri di inquadramento nella categoria dirigenziale che sono, per un verso, di carattere formale e, per altro verso, riferiti ad attività che implicano e comportano poteri decisionali direttamente inerenti le scelte di politica aziendale che, peraltro, a seconda delle dimensioni e della struttura gerarchica dell'imprenditore, possono esplicarsi a diversi livelli, appunto, della gerarchia aziendale”³⁰. Nella seconda ipotesi, in cui manchi un'attribuzione formale della categoria, il dipendente ha l'onere di fornire una prova rigorosa dell'attività effettivamente svolta nonché dei fatti che consentono di individuare l'elemento qualificante della categoria dirigenziale: il potere decisionale.

Inoltre la contrattazione, facendo proprio un concetto di derivazione giurisprudenziale che sarà trattato nel prossimo paragrafo, e cioè la qualificazione del dirigente come *alter ego* dell'imprenditore, ha allargato verso il basso la categoria³¹: sono dirigenti (i cosiddetti dirigenti minori) coloro che, nonostante non

²⁹ Cass. 19 aprile 1962 n. 777, in *Riv. Dir. lav.*, 1962, II, pag. 131.

³⁰ Trib. Milano 18/2/2006, in *Lav. nella giur.* 2006, pag. 1026.

³¹ A. ZOPPOLI, *Il lavoro dirigenziale tra regole giuridiche e distinzioni sociologiche*, in *Riv. It. Dir. lav.*, 2007, II, pag. 235.

abbiano le caratteristiche dell'*alter ego*, sono dotati di elevate conoscenze e qualificazione professionale.

Esaminando i settori più importanti dei diversi rami della produzione, si individuano diverse definizioni di dirigente. Infatti alla contrattazione è affidato il compito di contestualizzare e specificare³² le nozioni legali, partendo dal generale e giungendo al particolare. Compito della contrattazione, in base al codice, è definire i requisiti idonei a determinare la relazione di appartenenza dei prestatori di lavoro di una data impresa al “sottoinsieme” costituito da uno degli àmbiti tracciati dal legislatore, ciascuno unitamente concepito³³.

Nel settore dell'*industria* è fattore determinante per la qualifica di dirigente il grado di professionalità, autonomia e potere decisionale. Si legge infatti all'art. 1 del Ccnl che “sono dirigenti i prestatori di lavoro per i quali sussistano le condizioni di subordinazione di cui all'art. 2094 c.c. e che ricoprono nell'azienda un ruolo caratterizzato da un elevato grado di professionalità, autonomia e potere decisionale ed esplicano le loro funzioni al fine di promuovere, coordinare e gestire la realizzazione degli obiettivi dell'impresa. (...) Rientrano sotto tale definizione, ad esempio, i direttori, i condirettori, coloro che sono posti con ampi poteri direttivi a capo di importanti servizi o uffici, gli institori ed i procuratori ai quali la procura conferisca in modo continuativo poteri di rappresentanza e di decisione per tutta o una notevole parte dell'azienda”³⁴.

³² F. LISO, *Categorie e qualifiche dei lavoratori*, Roma, 1988, pag. 14.

³³ A. ZOPPOLI, op. cit. pag. 245.

³⁴ Ccnl, “Dirigenti aziende industriali”, 23 maggio 2000, art. 1.

Nel settore *commercio/terziario* sono dirigenti “coloro che, rispondendo direttamente all’imprenditore o ad altro dirigente a ciò espressamente delegato, svolgono funzioni aziendali di elevato grado di professionalità, con ampia autonomia e discrezionalità e iniziativa e col potere di imprimere direttive a tutta l’impresa o ad una sua parte autonoma. (La qualifica di dirigente comporta) la partecipazione e la collaborazione, con la responsabilità inerente al proprio ruolo, all’attività diretta a conseguire l’interesse dell’impresa e il fine della sua utilità sociale”. “Sono dirigenti, a titolo esemplificativo: gli institori, a norma dell’art. 2203 ss. c. c.; i procuratori di cui all’art. 2209 c. c., con stabile mandato *ad negotia*; i direttori; i condirettori; i vicedirettori; i capi di importanti servizi ed uffici, sempre che le loro funzioni si esercitino nelle condizioni specificate nei commi precedenti”³⁵.

Nel settore *agricoltura* i dirigenti sono coloro che sono “investiti di tutti o di una parte importante dei poteri del datore di lavoro, sia persona fisica che giuridica, su tutta l’azienda o su parte di essa, con struttura e funzioni autonome, hanno poteri di iniziativa ed ampie facoltà discrezionali, nel campo tecnico o in quello amministrativo o in entrambi, in virtù di procura espressa o tacita, o di delibera da parte degli organi statutari, nel caso di persona giuridica, e rispondono dell’andamento dell’azienda al datore di lavoro o a chi per esso”³⁶.

Solo qualora la contrattazione sia carente il giudice può ricorrere alla nozione legale di dirigente. Ciò in base all’art. 2095 c.c. che costituisce “il terreno d’incontro dell’autonomia

³⁵ Ccnl, “Dirigenti aziende terziario”, 26 aprile 1995, art. 1.

³⁶ Ccnl, “Dirigenti aziende agricole”, 7 maggio 1997, art. 2.

collettiva e dell'azione del giudice, l'una quale oggetto di interpretazione da parte della seconda, la quale, a sua volta, è tenuta a ricercare e ad applicare la concreta volontà delle parti stipulanti (e ciò secondo i principi legali di cui agli artt. 1362 s.s. c.c.)³⁷. Andando nello specifico “nel procedimento logico-giuridico diretto alla determinazione dell'inquadramento di un lavoratore subordinato, non può prescindere da tre fasi successive, e cioè: dall'accertamento, di fatto, delle attività lavorative in concreto svolte; dall'individuazione delle categorie, qualifiche e gradi previste dal contratto collettivo applicabile nella specie e delle singole nomenclature; dal rapporto, infine, tra il risultato della prima indagine e i testi della normativa contrattuale individuali nella seconda”³⁸, non potendo esercitare un sindacato di merito sulla disciplina contrattuale né alterare, ampliare o restringere i limiti della regolamentazione che le parti hanno fissato nella loro autonomia negoziale³⁹.

Regola base è che, quando la contrattazione collettiva disciplini espressamente l'appartenenza ad una categoria dirigenziale, il giudice ha l'obbligo di attenersi ai requisiti previsti dalla stessa, poiché essa, riflettendo la specifica volontà delle parti stipulanti e la loro esperienza nel settore di lavoro e nella particolare organizzazione aziendale, assumono valore vincolante e decisivo: “è necessario far riferimento, in primo luogo, al contratto collettivo, dovendo ritenersi che le indicazioni nel medesimo contenute, in quanto esprimono la volontà delle associazioni stipulanti e la loro specifica esperienza nel settore

³⁷ G. GALLI, *La categoria dirigenziale: ruolo della contrattazione collettiva e intervento del giudice*, nota a Cass. 9 giugno 1990, n. 5608, in *Riv. giur. Lav.*, 1991, II, pag. 66.

³⁸ Cass. 13 febbraio 1978 n. 679, Cass. 3 aprile 1982, n. 2049.

³⁹ Pret. Roma 8 giugno 1979.

produttivo e nella relativa organizzazione aziendale, assumono valore vincolante e decisivo anche per quanto riguarda la classificazione di determinate mansioni specifiche nell'una o nell'altra categoria"⁴⁰; e rafforzando ancora il concetto: "quando l'appartenenza alla categoria dei dirigenti sia espressamente regolata dalla contrattazione collettiva applicabile al rapporto di lavoro dedotto in giudizio, è alle relative disposizioni che occorre fare riferimento per l'inquadramento del dipendente ed il giudice ha l'obbligo di attenersi al requisito dalle medesime previste, poiché esse, riflettendo la specifica volontà delle parti stipulanti e la loro specifica esperienza nel settore di lavoro e nella particolare organizzazione aziendale, assumono valore vincolante e decisivo"⁴¹. Infine "non è nulla la clausola di contratto collettivo che, pur subordinando l'attribuzione al lavoratore della qualifica di dirigente al requisito del formale riconoscimento da parte del datore di lavoro, rinvia ad un allegato al contratto stesso, e cioè ad un atto di autonomia collettiva, l'indicazione dei gradi e delle funzioni cui presso ciascuno azienda è attribuita tale qualifica"⁴².

Il legislatore, quindi, operando un rinvio alla contrattazione realizza "un costante adeguamento delle varie nozioni di categoria ai continui mutamenti della struttura organizzativa aziendale in relazione ai diversi ambiti"⁴³.

La dottrina maggioritaria, visto il notevole ruolo della contrattazione collettiva, ha finito con il rinunciare a definire in

⁴⁰ Cass. 21 aprile 1995, n. 4519; Cass. 25 febbraio 1994, n. 1899; Cass. 11 dicembre 1987, n. 9195, in *Not. Giur. Lav.*, 1988, p. 181; Cass. 17 gennaio 1986, n. 317; Cass. 15 gennaio 1986, n. 201; Cass. 3 aprile 1985, n. 2279.

⁴¹ Pret. Roma 8 giugno 1979.

⁴² Cass. 8 agosto 1983, n. 5295.

⁴³ F. BASENGHI, op. cit., pag. 12.

maniera unitaria la categoria e, seguendo l'esempio della giurisprudenza, si è limitata a fornire gli "indici fisionomici" piuttosto che dare una definizione della stessa. Infatti ci si è chiesti se esistano caratteri comuni alla figura per potere tracciare un profilo giuridico unico del dirigente.

Secondo un'opinione abbastanza accreditata "sono da qualificarsi come dirigenti quei lavoratori che, a vario titolo e eventualmente con grado diverso, sono chiamati in ciascuna azienda a far parte del ceto dirigenziale (...), espletando i compiti di loro pertinenza ed assumendo le relative responsabilità"⁴⁴. Quindi anche "i dirigenti di grado inferiore e i professionisti e tecnici altamente specializzati"⁴⁵.

Per un altro orientamento invece non si deve guardare al contratto collettivo ma all'elaborazione giurisprudenziale, in quanto il riferimento all'art. 2095, 2° comma, trova una giustificazione valida solo nell'ambito del sistema corporativo⁴⁶. L'art. in esame, lasciando il compito di definire il dirigente d'azienda alle leggi e alle norme collettive, "rifiuta l'idea stessa del dirigente-tipo, dotato di caratteristiche costanti ed uniformi"⁴⁷. Bisogna avere riguardo, in altri termini, di ogni singola fattispecie, prestando attenzione alle mansioni effettivamente esercitate dal singolo dipendente all'interno di un'impresa.

⁴⁴ R. SCOGNAMIGLIO, *La nozione di dirigente nel diritto del lavoro e della previdenza sociale*, in *La previdenza del dirigente di azienda nel sistema pensionistico italiano*, Milano, 1981, 120 ss.

⁴⁵ R. SCOGNAMIGLIO, op. cit. pag. 121.

⁴⁶ F. LISO, *Dirigenti d'azienda, legge sui licenziamenti individuali e art. 2095 del codice civile: un problema interessante*, RGL, 1977, II, 1113 ss.

⁴⁷ P. TOSI, *Il dirigente d'azienda. Tipologia e disciplina del rapporto di lavoro*, Milano, 1974, pag. 9.

1.3. Il ruolo della giurisprudenza e la nozione di *alter ego*

I giudici hanno avuto un ruolo fondamentale nella definizione della figura del dirigente, le cui sentenze si aggiungono e a volte si sovrappongono alle determinazioni proposte dalla contrattazione collettiva.

Data la mancanza di un'esplicita definizione legislativa, è stato notato uno "scambio circolare" tra contrattazione collettiva e giurisprudenza: "la giurisprudenza rinvia alla contrattazione collettiva e quest'ultima alla prima, mediante l'utilizzo di generiche definizioni che implicitamente si richiamano a significati consolidati nell'esperienza e quindi soprattutto nella pratica giurisprudenziale"⁴⁸.

La nozione di dirigente enucleata dalla giurisprudenza sulla base dell'art. 2095 cod. civ., rileva solo nei confronti dei settori produttivi ove manchi una disciplina contrattuale ovvero la disciplina contrattuale sia sfavorevole al lavoratore⁴⁹.

E, vista la genericità delle statuizioni contrattuali, i giudici hanno spesso agito con ampio margine, a volte per negare e altre per ricomprendere il riconoscimento della categoria dirigenziale. Oggi la tendenza è quella di basarsi "in maniera più letterale" alle disposizioni della contrattazione collettiva e di agire solo quando manchi la determinazione dei requisiti di appartenenza⁵⁰.

Quindi, come è stato già visto nel paragrafo precedente, se l'appartenenza alla categoria dei dirigenti è espressamente regolata dalla contrattazione collettiva, occorre far riferimento

⁴⁸ F. LISO, op cit., pag. 8.

⁴⁹ Cass., 3 aprile 1992, n. 4103, in *Dir. prat. lav.*, 1992, pag. 1638.

⁵⁰ Si veda Cass. 26 aprile 2005, n. 8650, in *Mass. Giur. Lav.*, 2005, pag. 760; Cass. 30 dicembre 1999, n.14738, in *Not. Giur. Lav.*, 2000, pag. 318.

alle disposizioni della contrattazione ed il giudice, poiché frutto dell'espressione della volontà delle parti stipulanti, ha l'obbligo di attenersi ai requisiti previsti dalle medesime. Esse, cioè, assumono valore vincolante e decisivo⁵¹.

In altre parole, come è stato rilevato, in mancanza di una previsione del contratto collettivo che disciplini il rapporto, è chiaro che la figura professionale del dirigente “debba essere determinata (in relazione alla previsione dell'art. 2095 c.c.) alla stregua della relativa definizione giurisprudenziale, tenuto conto che tale qualifica è caratterizzata dall'autonomia e discrezionalità delle decisioni e della mancanza di una vera e propria dipendenza gerarchica, nonché dall'ampiezza delle funzioni, tali da influire sulla condizione dell'intera azienda o di un suo ramo autonomo e non circoscritte a un settore, ramo o ufficio della stessa”⁵².

Nel corso degli anni la giurisprudenza ha sviluppato varie teorie che, messe insieme, hanno finito con il dare una “nozione cosiddetta legale” tendenzialmente restrittiva della figura dirigenziale. Tra queste è stato affermato che “non ha diritto alla qualifica di dirigente il dipendente di azienda industriale, il quale svolga mansioni tecniche di elevato livello professionale, senza tuttavia disporre di autonomia e discrezionalità decisionale”⁵³.

La giurisprudenza ha “lavorato” sul concetto di dirigente basandosi sul modello dell'*alter ego*, ponendo l'accento sul potere direttivo. In base a questo orientamento è *alter ego* dell'imprenditore “il prestatore di lavoro preposto alla direzione dell'intera organizzazione aziendale o di una branca o settore

⁵¹ Cass. 26/4/2005 n. 8650, in Dir. e prat. lav. 2005, pag. 2336.

⁵² Corte app. Napoli 8/1/2009, in *Lav. nella giur.* 2009, con commento di F. COLLIA, A. ABRAMI e S. CORVAGLIA, pag. 925.

⁵³ Trib. Firenze 23 novembre 2000, in *Guida lav.*, 2001, n. 13, pag. 25.

autonomo di essa, e in concreto investito di attribuzioni che, per la loro ampiezza e per i poteri di iniziativa e di discrezionalità che comportano, gli consentano, sia pure nell'osservanza delle direttive programmatiche del datore di lavoro, di imprimere un indirizzo ed un orientamento, con le corrispondenti responsabilità ad elevato livello, al governo complessivo dell'azienda e alla scelta dei mezzi produttivi di essa”⁵⁴.

L'idea di configurare il dirigente come un *alter ego* del datore di lavoro è stata diffusa grazie al concetto di “collaborazione”, nel senso di delegazione di compiti e poteri tipicamente propri dell'imprenditore, e quindi a carattere strettamente personale e fiduciario⁵⁵.

Si arriva così alla definizione di dirigente operata dalla giurisprudenza: il dirigente “è colui che agisce in forza di un mandato generale così ampio da attribuirgli poteri di disposizione eguali a quelli di un principale, non limitati a singoli atti, ma estesi all'intera direzione dell'azienda sia nella sfera interna e di fronte ai dipendenti, sia nella sfera esterna e di fronte a terzi”⁵⁶. Egli è il tipico sostituto dell'imprenditore, come lo definisce Tosi, il suo *alter ego*.

Secondo i giudici, per potere qualificare un lavoratore come dirigente, è necessario che svolga un'attività di alto livello professionale, capace di potere prendere decisioni che incidano sull'andamento della vita aziendale, senza dover chiedere, di volta in volta, istruzioni e/o consensi.

⁵⁴ Si veda Cass. 7 ottobre 1999 n. 11218, in *Not. Giur. Lav.*, 2000, pag. 183; Cass. 12 novembre 1999, n. 12571, in *Riv. it. dir. lav.*, 2000, II, pag. 746.

⁵⁵ P. TOSI, *Il dirigente d'azienda. Tipologia e disciplina del rapporto di lavoro*, Milano, 1974, pag. 22.

⁵⁶ Cass., 13 aprile 1937, n. 1095, in *Foro it.*, 1937, I, 1386.

Lo sviluppo economico degli anni '50 porta con sé anche un'evoluzione della figura del dirigente. Nonostante egli resti sempre il sostituto dell'imprenditore, è dotato di poteri decisionali di massima ampiezza, simili a quelli dell'imprenditore stesso⁵⁷. Il dirigente nelle sentenze di quegli anni acquista il riconoscimento del ruolo di "co-protagonista" (insieme all'imprenditore) nella vita dell'impresa, nel suo complesso o in un suo ramo autonomo.

Per alcuni autori questo principio è l'elemento costitutivo della nozione giurisprudenziale di dirigente⁵⁸. Infatti, grazie a questo ruolo, il dirigente è facilmente distinguibile da altre figure di lavoratori a lui sottoposte e anche da altre figure di lavoratori che hanno poteri organizzativi nell'impresa. Di nuovo spunta prepotentemente il concetto di *alter ego*, tanto caro alla giurisprudenza ma talora anche criticato, soprattutto per le implicazioni di un rapporto strettamente personale tra dirigente e imprenditore: "la grande maggioranza degli attuali *managers* poco conserva dell'originario *alter ego* e delle sue peculiarità: quanto alla scala gerarchica, spesso i contatti con l'imprenditore sono estremamente annacquati e la rispondenza gerarchica si realizza invece nei confronti di altri dirigenti di livello superiore, sicchè il *manager*, più che del datore di lavoro, diventa l'*alter ego* di un altro *alter ego*, il quale, a propria volta, lo è di un altro ancora e così via... Quanto poi al genere di attività svolta, spesso questa non si sostanzia nella vera e propria direzione, nel reale coordinamento di risorse umane e/o materiali"⁵⁹.

⁵⁷ Vedi Cass., 18.5.1985, n. 3069, in *Or. Giur. Lav.*, 1986, 348.

⁵⁸ Si veda, ad esempio, A. ZOPPOLI, op. cit., pag. 88.

⁵⁹ M. GIUSTINIANI, *Sul licenziamento disciplinare del dirigente*, in *Orientamenti di giurisprudenza del lavoro*, 1995, pag. 675.

È stato a tal riguardo affermato dalla dottrina maggioritaria che l'identificazione del dirigente "non può basarsi su criteri astratti e generali, ma deve risultare da un'analisi delle funzioni presenti in una data organizzazione d'impresa in comparazione fra di loro e con funzioni in imprese simili, per individuare il senso delle scale classificatorie adottate"⁶⁰.

Anche la giurisprudenza più recente, comunque, ha ridiscusso sul punto, finendo col dare ragione alla dottrina: "la figura del dirigente d'azienda, come *alter ego* dell'imprenditore, non risponde agli attuali assetti organizzativi delle imprese, specie se di rilevanti dimensioni, caratterizzate da una pluralità di dirigenti, di diverso livello, nell'ambito di un diffuso decentramento dei poteri decisionali; per l'individuazione degli elementi qualificanti la figura del dirigente, pertanto, non è più possibile fare riferimento soltanto all'aspetto della supremazia gerarchica e dei poteri direttivi ad essa connessi, essendo necessario tenere presente anche la qualità, l'autonomia e la discrezionalità delle mansioni affidate: i due aspetti, che certo non si escludono a vicenda, sono tuttavia anche separatamente sufficienti a qualificare l'attività dirigenziale, data la possibilità che un'elevata specializzazione o una sperimentata esperienza abbiano un'incidenza rilevante e immediata sugli obiettivi dell'impresa (...), essendo proprio l'immediata incidenza sugli obiettivi complessivi dell'imprenditore l'elemento che, caratterizzando l'attività del dirigente, appare utile a marcare la linea di confine tra questa figura e quella di quadro"⁶¹.

⁶⁰ F. CARINCI, R. DE LUCA TAMAJO, P. TOSI, T. TREU, *Diritto del lavoro. Il rapporto di lavoro subordinato*, Torino, 2008, pag.145.

⁶¹ Cass., 28 dicembre 1998, n. 12860.

La possibilità del dirigente di potere incidere con il suo operato sull'intera vita dell'impresa lo differenzia dal lavoratore subordinato, che, pur avendo un ruolo nel processo produttivo, è capace di incidere solo sul risultato parziale e non finale dell'organizzazione. Discorso diverso va fatto per il dirigente: da numerose sentenze si evince che egli è capace di incidere sull'esito complessivo del processo economico-produttivo⁶². Si potrebbe pensare che il dirigente, poiché ha potere di incidere sulla "vita dell'impresa", non è vincolato al potere di direzione del datore di lavoro. Per molti giudici l'imprenditore deve indicare al dirigente solo gli indirizzi generali e di massima e può non chiedere come si debba comportare⁶³.

Infine, per i più moderni indirizzi giurisprudenziali, il dirigente che, per definizione, era l'*alter ego* dell'imprenditore, oggi "è il dipendente che non solo e non tanto partecipa attivamente alle realizzazione degli obiettivi dell'impresa, quanto piuttosto concorre a definirli, operando significative scelte di politica aziendale"⁶⁴.

1.4. Rappresentanza e potere direttivo

Con la nascita della figura dirigenziale si è reso necessario trovare le differenze con l'impiegato normale al fine di potere stabilire quando qualificare un lavoratore come dirigente o non. Questa esigenza di chiarezza è molto importante per via delle

⁶² Si vedano Cass. n. 11218/99; 12860/98; 618/99.

⁶³ Vedi Cass. n. 11218/99, 6391/98; 1151/98.

⁶⁴ Trib. Milano 16/10/2008, in *Lav. nella giur.* 2009, pag. 308.

differenze dei diritti e doveri riconosciuti alle due categorie di lavoratori.

La giurisprudenza ha messo dei paletti distintivi tra il dirigente e l'impiegato, individuando le mansioni proprie del primo. La mansione fondamentale è stata rinvenuta nei poteri di rappresentanza, considerata “essenziale al rigido concetto di dirigente”⁶⁵.

La rappresentanza esprime il versante esterno del rapporto di lavoro dirigenziale e tramite questo ampio potere il dirigente diventa il tipico sostituto dell'imprenditore: “Il dirigente per essere tale, non deve agire come un semplice nuncio, portatore e strumento della volontà del principale di fronte ai terzi; deve bensì nella direzione dell'azienda, agire per conto ed a nome del principale, ma dichiarando ed attuando autonomamente la volontà propria sia di fronte ai dipendenti che di fronte ai terzi, con la necessaria libertà di iniziativa e con opportuni poteri di disposizione”⁶⁶.

Quindi il dirigente è dotato di rappresentanza, ma anche di indipendenza ed autonomia nelle scelte rispetto allo stesso datore di lavoro. L'autonomia, in altre parole, costituisce l'unità di misura della qualità e quantità della “sostituzione”⁶⁷.

Ed è qui che si coglie la differenza tra tale figura lavorativa e il semplice impiegato. Ma se la più antica giurisprudenza rinveniva nella rappresentanza la caratteristica principale del dirigente, intesa come “visibilità del versante esterno del rapporto

⁶⁵ Cass., 16 gennaio 1939, n. 116, in *Mass. Giur. Lav.*, 1939, 98.

⁶⁶ Cass., 12 aprile 1939, n. 1185, in *Foro it.*, 1939, I, pag. 1280.

⁶⁷ P. TOSI, op. cit., pag. 26.

di lavoro”⁶⁸, ben presto ci si rese conto che questa da sola non era sufficiente, in quanto rintracciabile in qualsiasi rapporto di lavoro subordinato. Sono state così “scoperte” e studiate altre caratteristiche proprie del dirigente, dalla collaborazione immediata con l’imprenditore per il coordinamento generale dell’attività aziendale, nel suo insieme o in uno dei suoi rami importanti, al carattere spiccatamente intellettuale e fiduciario di tale collaborazione; dall’ampio potere di autodeterminazione delle direttive di organizzazione dell’azienda, pur sempre avendo riguardo alle direttive di massima e all’indirizzo generale fissato dall’imprenditore, alla posizione gerarchica di supremazia su tutto il personale dell’impresa o su un vasto gruppo della stessa, con poteri di controllo, valutazione e disciplina; dalla subordinazione esclusiva all’imprenditore e dalla conseguente responsabilità verso lo stesso dell’andamento dell’azienda o di una grande branca di essa alla rappresentanza dentro e fuori l’azienda per determinate specie di affari.

Ma queste caratteristiche sono sempre “indici fisionomici a cui si richiede di esprimere quel *quantum* di autonomia e di partecipazione idoneo a fare del dipendente l’*alter ego* dell’imprenditore”⁶⁹. E spesso vengono usati anche per distinguere un operaio da un impiegato e quest’ultimo dagli impiegati con funzioni direttive.

Per differenziare il dirigente d’azienda dall’impiegato con funzioni direttive, si deve focalizzare l’attenzione nell’autonomia e nella discrezionalità delle scelte decisionali, in modo che l’attività del dirigente influisca sugli obiettivi complessivi

⁶⁸ A. ZOPPOLI, op cit., pag . 92.

⁶⁹ P. TOSI, op. cit., pag. 41.

dell'imprenditore⁷⁰. In altre parole, le mansioni dirigenziali devono esplicarsi nella determinazione e nella promozione della politica aziendale, mediante iniziative di carattere operativo (c.d. mansioni di "line"), e non possono consistere in una attività meramente consultiva, di controllo e di assistenza (c.d. mansioni di "staff"), anche se qualificata ed importante nell'ambito aziendale⁷¹.

Con lo sviluppo economico e con l'ampliarsi delle dimensioni dell'impresa, "il dirigente si verrebbe a collocare in una irrealistica posizione di unità apicale che, se può essere realizzata in una piccola azienda, non è concepibile per le grandi imprese, che hanno necessità di direzione e di rappresentanza tanto nella stessa sede quanto nelle sedi distaccate di pari o di minore importanza, con attività tecniche o amministrative plurime, governate con relativa autonomia"⁷². Anche se si riduce l'autonomia direttiva, il lavoratore posto in una posizione apicale resta pur sempre un dirigente. Si salva e si affina in questo modo il concetto di dirigente *alter ego* e si fa largo l'idea che è dirigente non solo chi sostituisce l'imprenditore *in toto* nell'esercizio dell'impresa, ma anche chi lo sostituisce solo in qualche sua⁷³.

Il tratto caratterizzante della figura del dirigente è rappresentato dall'esercizio di un potere ampiamente discrezionale che incide sull'andamento dell'intera azienda o che attiene a un autonomo settore produttivo della stessa, non essendo per converso necessaria la preposizione dell'intera

⁷⁰ Cass. 30/8/2004 n. 17344, in *Lav. nella giur.* 2005, pag. 281.

⁷¹ Cass. 18 luglio 1987, n. 6338, in *Giur. it.*, 1988, I, pag. 394.

⁷² Cass. 17 marzo 1941 n. 760, in *Foro it.*, 1941, I, pag. 1274.

⁷³ Trib. Torino, 5 aprile 1935, in *Rep. Foro it.*, voce "Imprenditore privato" n. 542.

azienda⁷⁴. Ciò per tenere conto di quelle organizzazioni aziendali complesse in cui è normale la previsione di una pluralità di dirigenti (a diversi livelli, con graduazione di compiti) i quali sono tra loro coordinati da vincoli di gerarchia: è necessario però che anche nel dirigente di grado inferiore ci sia una vasta autonomia decisionale circoscritta dal potere direttivo generale di massima del dirigente di livello superiore.

Sono sorti così problemi di identificazione di queste “zone parziali” in cui si esplica il potere del dirigente. Per alcuni si identificano con i “rami autonomi”, per altri con i “servizi”, altri ancora asseriscono che devono essere “rami importanti dell’azienda”. La giurisprudenza ha comunque affermato che si tratta di ramificazioni decentrate dotate di autonomia organizzativa (stabilimenti, filiali, magazzini...)⁷⁵. Ciò ha causato un’alterazione del concetto di *alter ego*: ne consegue che è dirigente anche chi sostituisce l’imprenditore nella conduzione di una o più branche interne dell’unità organizzativa.

È stato però anche osservato, e ciò ha causato un’alterazione del concetto di *alter ego*, che non basta avere l’autonomia di un ramo dell’azienda: il dirigente non si configurerebbe tale se vi è un diretto e continuo intervento del datore di lavoro. Deve, in altre parole, “partecipare al generale coordinamento”.

Ritornando al potere di incidere sulla vita dell’impresa, questo è proprio del potere direttivo tipico del datore di lavoro, ed è inteso come “potere dinamico di funzionamento

⁷⁴ Cass. 11/7/2007 n. 15489, in *Lav. nella giur.* 2008, pag. 84.

⁷⁵ Si vedano, ad esempio, Cass. 11 ottobre 1954, n. 3606, in *Riv. Dir. lav.* 1955, II, pag. 311; App. Napoli, 29 aprile 1958, in *Riv. Dir. lav.* 1958, II pag. 256.

dell'organizzazione del lavoro”⁷⁶, ossia diretto ad organizzare nell'insieme la prestazione, e “tipicamente strumentale alla realizzazione del risultato finale dell'imprenditore”⁷⁷.

Il potere di incidere sulla vita dell'impresa riconosciuto dalla giurisprudenza al dirigente come soggetto attivo del potere, si porrebbe in contrasto con quello dell'imprenditore datore di lavoro, ma apparrebbe ancora più errato considerarlo come soggetto passivo: “con il contratto di lavoro il dirigente non si mette a disposizione del datore di lavoro-imprenditore, per consentirgli di svolgere la relativa abituale attività di organizzazione delle risorse umane e materiali, bensì assume egli stesso il compito di combinare i fattori della produzione”⁷⁸.

Il potere direzionale è importante anche nello stabilire, in casi dubbi, se un lavoratore rivesta la qualifica di dirigente o meno. Infatti “l'attribuzione della qualifica dirigenziale può spettare, in base a una nozione ricavata dalla contrattazione collettiva, anche a colui il quale si trovi in una situazione di sottoposizione gerarchica rispetto ad altro dirigente; tuttavia deve essere fatta salva, anche nel dirigente di grado inferiore, una vasta autonomia decisionale, quantunque circoscritta dal potere direttivo di massima del dirigente di livello superiore”⁷⁹.

Il riconoscimento del potere direttivo in capo al dirigente (condizionato dagli studi sulla rappresentanza), infine, ha due riflessi di notevole importanza: da una parte, come è facilmente intuibile, comporta una delimitazione del ruolo del datore di

⁷⁶ M. NAPOLI, *Contratto e rapporto di lavoro oggi*, in *Scritti in onore di Mengoni*, II, Milano, 1997, pag. 29.

⁷⁷ A. PERULLI, *Il potere direttivo dell'imprenditore*, Milano, 1992, pag. 65.

⁷⁸ A. ZOPPOLI, op. cit., pag. 648.

⁷⁹ Corte App. Potenza 9/11/2006, in *Lav. nella giur.*, 2007, pag. 498.

lavoro, di cui, secondo il modello classico, sarebbe l'unico detentore, ma dall'altra può essere la giustificazione della riduzione di tutela riconosciuta al dirigente, come la libera recedibilità, di cui parleremo nel prossimo capitolo.

1.5. Dirigente apicale e pseudo-dirigente

La categoria dei dirigenti, in un primo momento di numero molto ristretto, cominciò ad espandersi dalla seconda metà del '900, a causa dell'evoluzione del sistema aziendale e per il largo uso “ clausola di riconoscimento formale”. È stata quindi inglobata tutta una serie di nuove tipologie di lavoratori che, come è stato osservato, pur avendo grande responsabilità all'interno dell'organizzazione dell'impresa, in realtà erano privi delle caratteristiche tipiche del modello dirigenziale.

Visti l'incessante fenomeno e l'aggravarsi delle condizioni di quei dirigenti privi di prestigio e di potere contrattuale nel mercato del lavoro in cui venivano a trovarsi quando cessava il loro rapporto di lavoro, giurisprudenza e dottrina hanno iniziato a “restringere” nuovamente la categoria, soprattutto, com'è logico, nell'ambito del licenziamento, cui il Legislatore, rispetto al semplice lavoratore offre una tutela minore al dirigente, non ritenendosi ad esso applicabile la legge sulla giusta causa e sul giustificato motivo (L. 604/66).

È stata così creata la figura del dirigente apicale, per distinguerla da quella dello pseudo-dirigente.

La prima è caratterizzata da tre condizioni fondamentali:

1. “la partecipazione al governo effettivo dell’attività aziendale, con facoltà di impartire direttive generali e con l’assunzione di poteri che influenzino l’intero complesso dell’azienda o di un suo importante ramo;

2. l’assenza di dipendenza gerarchica, nel senso che il dirigente dipende direttamente dal titolare dell’impresa di cui costituisce nei confronti degli altri dipendenti l’*alter ego* ed è responsabile direttamente verso lo stesso;

3. l’espletamento di tutte le mansioni che la volontà negoziale delle parti, espressa nelle norme collettive, prevede come proprie del dirigente⁸⁰”.

L’aggettivo “apicale” ha posto dei problemi di incertezza e ambiguità. È stato rilevato infatti che “questa specificazione potrebbe far pensare all’esistenza di un’altra dirigenza, dotata, in qualche misura, di una sua autenticità”⁸¹. Se bisogna infatti considerare la categoria dirigenziale come una categoria unitaria e restrittiva è superfluo adoperare l’aggettivo “apicale”, in quanto si correrebbe il rischio di aprire un dibattito circa l’esistenza di più nozioni legali di dirigente.

Ma è stato ribadito che “la Corte, pur adoperando tale specificazione, non allude ad altre figure dirigenziali; per tale ragione, l’aggettivo usato è dovuto più a ragioni sociologiche che a tecnico-giuridiche”⁸².

La seconda, lo “pseudo-dirigente”, o “dirigente apparente”⁸³, è definita come la figura del lavoratore alla quale

⁸⁰ Cass. 14 ottobre 1976 n. 3454, in *Foro it.* 1977, I, pag. 1269, .

⁸¹ A. ZOPPOLI, op. cit. pag. 651.

⁸² A. ZOPPOLI, op. cit. pag. 652.

⁸³ F. LISO, *Il licenziamento del dirigente apparente*, in *Giur. lav.* 1981, II, pag. 773.

viene attribuita formalmente una qualifica superiore a quella prevista dai contratti collettivi e legali. La categoria in questione assume molta importanza in vista dell'applicabilità o meno della disciplina speciale del licenziamento propria della categoria dirigenziale.

È fondamentale stabilire, a dispetto del *nomen iuris*, quando un lavoratore rivesta effettivamente un ruolo da dirigente o non. Importanti interventi giurisprudenziali prevedono che il dirigente privo di poteri decisionali, in caso di licenziamento, ha la protezione, se applicabile e facendo salvi i limiti numerici, di cui all'art. 18⁸⁴.

La Cassazione, nella nota sentenza del 21 marzo 1980, n. 1922⁸⁵, ha infatti affermato che “l'astratta e preventiva attribuzione della qualifica di dirigente, senza la specifica indicazione delle funzioni demandate, non è di per sè vincolativa e non vale a conferire alla qualifica la rilevanza giuridica che le è propria, se le mansioni di fatto esercitate manchino dei requisiti che oggettivamente caratterizzano la detta qualifica”. Ciò porta alla conseguenza che “mentre allo pseudo-dirigente, che è in realtà un impiegato, la disciplina limitativa dei licenziamenti potrà tornare applicabile, non lo sarà invece al "dirigente minore", che è pur sempre, obiettivamente un dirigente”.

E, visto il principio in base al quale il dirigente di vertice è colui che fa riferimento all'imprenditore, la giurisprudenza ha escluso a questa tipologia dirigenziale le garanzie previste nell'ipotesi di licenziamento della categoria impiegatizia, anche di livello superiore, affermando che “la regola della licenziabilità

⁸⁴ Cass. 15 novembre 2001, n. 14230, in *Lav. Giur.*, 2002, n. 6, pag. 524, con nota di G. MANNACIO.

⁸⁵ Cass. 21 marzo 1980, n. 1922, in *Mass. giur. lav.*, 1981, pag. 423.

ad nutum dei dirigenti, desumibile dall'art. 10 l. n. 604 del 1966, è applicabile solo al dirigente in posizione verticistica, che, nell'ambito dell'azienda, abbia un ruolo caratterizzato dall'ampiezza del potere gestorio, tanto da poter essere definito un vero e proprio *alter ego* dell'imprenditore, in quanto preposto all'intera azienda o ad un ramo o servizio di particolare rilevanza, in posizione di sostanziale autonomia, tale da influenzare l'andamento e le scelte dell'attività aziendale, sia al suo interno che nei rapporti con i terzi”⁸⁶.

In altre parole, il dirigente apicale, per la giurisprudenza, “deve collocarsi al vertice dell'organizzazione aziendale, deve svolgere mansioni tali da impostare la vita dell'azienda con scelte di respiro globale e deve porsi in un rapporto di collaborazione fiduciaria con il datore di lavoro e anzi esercita i poteri propri dell'imprenditore, assumendone, anche se non sempre, la rappresentanza esterna”⁸⁷.

E, dato che “la regola della licenziabilità *ad nutum* dei dirigenti, desumibile dall'art. 10, l. n. 604/1966, è applicabile solo al dirigente in posizione verticistica”⁸⁸, è opportuno, per la Corte operare una distinzione tra dirigente *alter ego* e pseudo dirigente, in quanto, come già anticipato, le garanzie dell'art. 7, l. n. 300/1970 non si applicano al licenziamento dei dirigenti cosiddetti di vertice, ma sono valide per quello degli pseudo-dirigenti.

⁸⁶ Cass. 9 agosto 2004, n. 15351; Cass. 28 maggio 2003, n. 8486, in *Not.Giur. Lav.*, 2003, pag. 594; Cass. 9 aprile 2003, n. 5526 cit., in *Mass. Giur. Lav.*, 2003, pag. 676, con nota di DEL PUNTA; *riv. It. Dir. Lav.*, 2003, II, pag. 846 con nota di SIGNORINI.

⁸⁷ Cass. 12 novembre 1999, n. 12571, in *Juris Data*, 2003, pag. 3.

⁸⁸ Cass. 12 novembre 1999, n. 12571, in *Mass. Giur. Lav.*, 2000, pag. 73 con nota di G. GRAMICCIA, *Il licenziamento del dirigente di vertice e dello pseudo-dirigente*.

Occorre ribadire le due proposizioni fondamentali proposte dalla Corte⁸⁹, e cioè che l'astratta e preventiva attribuzione della qualifica di dirigente non vale da sola a conferire alla qualifica la rilevanza giuridica che le è propria e che lo “pseudo-dirigente” non è un dirigente ma è in realtà un impiegato.

Da questo nuovo approccio deriva il superamento della “clausola di riconoscimento formale” tanto cara alla contrattazione collettiva, già da tempo protagonista di numerose critiche.

Tuttavia la Corte non indica un meccanismo attraverso il quale si possa determinare quando un lavoratore qualificato come dirigente si debba in realtà considerare come impiegato. Inoltre, è stato osservato che l'esistenza dello pseudo-dirigente potrebbe configurarsi come negozio in frode alla legge con riguardo ad una sola delle parti: “il datore di lavoro potrebbe conferire la qualifica di dirigente al lavoratore per conseguire un fine che è contrario a una norma imperativa e cioè per aggirare la L. n. 604/66: con tale cambiamento di qualifica si renderebbe inoperante la L. n. 604/66 nella parte che prevede il licenziamento del lavoratore solo per giusta causa o giustificato motivo con esclusione del recesso *ad nutum*”⁹⁰.

Si ritiene comunque di scartare tale ipotesi, anche in vista di una prova non agevole della volontà di frode, non potendosi sempre ricavare *in re ipsa*. Si preferisce invece l'ipotesi di una nullità totale del negozio di conferimento della qualifica di dirigente per contrarietà a norme imperative (artt. 2077 e 2095 c.c. e art. 1418 c.c.), a cui si applicherebbe il regime proprio

⁸⁹ Cass. 21 marzo 1980, n. 1922, in *Mass. giur. lav.*, 1981, pag. 423.

⁹⁰ M. VISCONTE, *Dirigente e pseudo-dirigente*, in *Lavoro e previdenza oggi*, 1983, pag. 473.

dell'ordinamento del lavoro per cui “la nullità del contratto di lavoro non produce effetto per il periodo in cui il rapporto ha avuto esecuzione” (art. 2126 c.c.).

Un'ultima ipotesi, considerata da molti la più attendibile, ha per oggetto il concetto di qualifica intesa come mezzo tecnico per l'imputazione di un certo trattamento normativo: “convenire di assegnare la qualifica di dirigente ad un lavoratore significa alla luce di questa concezione, attribuire allo stesso il trattamento economico e normativo previsto dal contratto nazionale di lavoro dei dirigenti”⁹¹.

In definitiva, la Cassazione utilizza la definizione di “pseudo-dirigente” per identificare l'impiegato con funzioni direttive, che, come abbiamo già visto, è escluso dalla categoria dei dirigenti. Tale impiegato può essere solo un falso dirigente, in quanto quello vero è il dirigente apicale.

⁹¹ M. VISCONTE, *op. cit.*, pag. 476.

CAPITOLO SECONDO

**LA PECULIARITÀ DEL RAPPORTO DI
LAVORO DEL DIRIGENTE PRIVATO**

SOMMARIO: 2.1. Introduzione. 2.2. L'assunzione e la retribuzione. 2.3. Il dirigente a tempo determinato. 2.4. L'orario di lavoro. 2.5. Le ferie. 2.6. Il trasferimento. 2.7 Il patto di non concorrenza. 2.8. Fine del rapporto: il licenziamento del dirigente. 2.8. a) Il licenziamento *ad nutum*. 2.8. b) La tutela convenzionale. 2.8 c) Il licenziamento disciplinare. 2.9. Dirigente pubblico e dirigente privato a confronto.

2.1. Introduzione

Nonostante la particolarità del rapporto che si instaura tra il dirigente e il datore di lavoro, esaminata nel capitolo precedente, il primo è sempre un prestatore di lavoro subordinato. Ne deriva che, come tutti gli altri lavoratori, alla categoria dirigenziale si applica tutta la normativa prevista per il rapporto di lavoro subordinato, dalla disciplina sulla retribuzione a quella sulle mansioni, dalla disciplina sulla malattia a quella sull'infortunio. In breve si applicano *in toto*, anche se con alcune particolarità ove previste dai contratti collettivi, le disposizioni di cui agli artt. 2104 e ss del codice civile.

L'uguaglianza di trattamento, principio cardine del nostro sistema giuridico, non significa che bisogna trattare nello stesso modo situazioni diverse. Ne deriva che il dirigente, nonostante faccia parte della categoria dei lavoratori subordinati, per la peculiarità delle competenze richieste e del suo ruolo all'interno dell'azienda, è regolato da una normativa non del tutto identica a quella degli altri lavoratori. Qualcuno ha definito questa legislazione specifica "in deroga" a quella generale, in quanto non comprende delle norme *ad hoc* ma una serie di deroghe, appunto, di non applicazione di molte delle norme riferite alla generalità dei lavoratori⁹². Ad esempio, caratteristica del rapporto dirigente/imprenditore è la fiducia: da ciò deriva l'esclusione della categoria in oggetto dalle tutele legali in materia di licenziamento, ai sensi dell'art. 10, legge n. 604 del 1966.

2.2. L'assunzione e la retribuzione

Non c'è una regola generale che disciplina l'assunzione del dirigente. Certo è che a questa categoria di lavoratori non si applicano l'art. 11 della legge 29 aprile 1949 n. 264 né l'art 25 della legge 23 luglio 1991 n. 223 (legge sul collocamento).

L'assunzione del dirigente potrebbe anche teoricamente perfezionarsi oralmente, ad eccezione dei casi in cui si prescrive la forma scritta, pena la nullità. A mettere dei "paletti" alla mancanza di regolamentazione è la contrattazione collettiva che

⁹² Si vedano M. GIUDICI, *Il rapporto di lavoro dei dirigenti*, Milano, 1995, pag. 36; A. DI FRANCESCO, *La dirigenza privata: le trasformazioni della professionalità dirigenziale nell'attuale sistema dell'impresa*, Napoli 2006 pag. 32.

detta in maniera puntuale la disciplina dell'assunzione: dalla forma scritta del contratto alla data di inizio del rapporto di lavoro, dall'indicazione delle funzioni e delle responsabilità al trattamento economico.

È evidente che l'assunzione non gode di una disciplina omogenea, visto che ogni contratto collettivo è diverso dagli altri.

Spesso ai lavoratori subordinati all'assunzione vera e propria si applica un patto di prova che, in base all'art. 2096 c.c., deve risultare da atto scritto con lo scopo di valutare sia da parte dell'imprenditore che del lavoratore la reciproca convenienza ed interesse nella prestazione di lavoro⁹³. Finito il periodo di prova si procede all'assunzione e il tempo antecedente a questa si computa nell'anzianità del prestatore di lavoro.

È stata ritenuta legittima la possibilità di effettuare un periodo di prova sia nel caso di assunzione di un dirigente che per un lavoro a tempo determinato: “La pattuizione di un periodo di prova è compatibile con la costituzione di un rapporto di lavoro a tempo determinato, sussistendo anche relativamente ad esso l'interesse ad un iniziale esperimento durante il quale il datore di lavoro può accertare la capacità del lavoratore in relazione alle mansioni affidategli ed alla retribuzione promessagli”⁹⁴.

Maggiore è stata l'indagine da parte degli studiosi sull'aspetto retributivo che, come vedremo, è stato protagonista di un acceso dibattito. La retribuzione, nel tempo, ha subito un'evoluzione in flessibilità: da elemento fisso e continuativo

⁹³ Si veda Cass. 18 febbraio 1995 n. 1741.

⁹⁴ Cass. 27 novembre 1982 n. 6441.

proprio degli anni '50-'80, essa è diventata variabile con l'introduzione degli incentivi, prima sporadici e ora sempre più usati da parte delle imprese, in quanto considerati lo strumento migliore sia per il budget aziendale (maggiore produzione, maggiori incentivi) che per premiare i dirigenti più capaci. Si sono sviluppate così diverse forme "premianti": dal *pay for performance*, aumento della retribuzione al raggiungimento di obiettivi prefissati allo *skilled based pay*, aumento dello stipendio con l'innalzamento delle qualità professionali.

Anche per l'aspetto retributivo del dirigente si registra una carenza di regolamentazione da parte del Legislatore. Ciò ha portato ad una *querelle* che ha visto contrapporsi le organizzazioni sindacali della categoria in esame e di quelle dell'impresa. Per le prime è necessaria una regolamentazione precisa della retribuzione attraverso i contratti collettivi; per le seconde ciò non è necessario. Come dicevano i Latini *in medio stat virtus*, per cui la soluzione migliore è quella equidistante dagli estremi: il contratto collettivo potrebbe disciplinare il trattamento economico minimo per l'intera categoria, cosicché le imprese sarebbero libere di determinare le condizioni di fatto del trattamento economico del singolo dirigente⁹⁵.

Questa impostazione è stata applicata per la prima volta nel 2004, quando il nuovo CCNL per i dirigenti industriali ha regolamentato i principi di "salario minimo garantito" e di "salario variabile", cancellando le vecchie disposizioni in materia di retribuzione come l'importo EDR, l'ex meccanismo di variazione automatica e gli scatti di anzianità. Con il nuovo

⁹⁵ A. DI FRANCESCO, *La dirigenza privata: le trasformazioni della professionalità dirigenziale nell'attuale sistema dell'impresa*, Napoli 2006 pag. 41.

CCNL assume rilievo il rapporto diretto tra impresa e dirigente: viene stabilito un “trattamento minimo complessivo di garanzia” annuo (il cosiddetto “TMCG” il quale prevede due valori differenziali in base all’anzianità di servizio ed il loro incremento nell’arco di vigenza del contratto), ma viene data la possibilità di aggiungere una quota di retribuzione in base ai risultati raggiunti dall’imprenditore.

Come sopra accennato, la retribuzione è divenuta flessibile attraverso l’aggiunta allo stipendio base di una serie di compensi erogati dal datore di lavoro per premiare i dirigenti più meritevoli: i cosiddetti premi di produttività, di rendimento e i *fringe benefits*.

I premi di produttività dipendono dall’andamento generale dell’impresa e si differenziano da quelli di rendimento perché connessi alle *performance* individuali. Questi ultimi, se nulla è stato specificato nel contratto di assunzione, hanno fatto sorgere un problema di natura giuridica, ossia se costituiscono una liberalità da parte del datore di lavoro o un diritto da parte del dirigente che ha raggiunto in maniera eccellente i risultati prefissati. La giurisprudenza ha risolto la questione, affermando che si dovrà accertare caso per caso se il premio ha natura di liberalità o se costituisce un obbligo. In quest’ultimo caso esso fa parte della retribuzione annua e dovrà essere considerato a tutti gli effetti di legge nel contesto degli istituti contrattuali indiretti e nel TFR.⁹⁶

⁹⁶ Si vedano Cass. 7 giugno 2003, n. 8155, in *Mass.*, 2003; Cass. 21 luglio 2004, n. 13523, in *Mass.*, 2004; Cass. 26 marzo 1994, n. 2968, in *Inf. Prev.*, 1994, p. 513.

I *fringe benefits* (lett. benefici marginali) sono forme di remunerazione complementari alla retribuzione principale, date dall'azienda al dipendente o all'amministratore allo scopo di integrarne la normale retribuzione e di incentivarlo ad una maggiore produttività. Loro scopo è agevolare lo svolgimento delle mansioni, rendere più fedeli i dirigenti e alleggerire spese correnti dei lavoratori. Sono compensi corrisposti in natura, a differenza dell'emolumento principale, ossia la retribuzione, che viene erogato in denaro.

La misurazione della capacità economica segue la regola generale del cosiddetto "valore normale", salvo alcune eccezioni.

Negli ultimi anni i *fringe benefits* sono stati sempre più usati da parte delle imprese e la loro tipologia si arricchisce ogni giorno di nuove forme. Esempi di *benefit* più comuni sono la concessione al dirigente di un telefono cellulare, di un'auto aziendale, di *computers*, di un alloggio gratuito o a prezzo di favore, di assicurazioni sanitarie integrative, e altri ancora. Essendo tali benefici eterogenei e di varia natura (ad esempio l'abbonamento in palestra, la colazione gratuita), sorge il problema se qualificarli o meno come natura retributiva, dovere del datore di lavoro o semplice liberalità. Inoltre, la soluzione al problema è resa ancora più difficile dall'assenza nel nostro ordinamento di una nozione univoca di retribuzioni e dalla presenza di "diverse accezioni a seconda delle finalità (previdenziali, fiscali, calcolo del TFR) che una data norma si propone, ora sensibilmente ridotte grazie all'armonizzazione fisco-previdenza in materia di imponibile"⁹⁷.

⁹⁷ P. DUI, *Il rapporto di lavoro dirigenziale*, Milano, 2002.

Al riguardo, il Tuir non ammette incertezze e all'art. 51 sancisce la natura retributiva dei *fringe benefits*: “Il reddito di lavoro dipendente è costituito da tutte le somme ed i valori in genere, a qualunque titolo percepiti nel periodo di imposta, anche sotto forma di erogazioni liberali, in relazione al rapporto di lavoro”, salvo che si tratti di erogazioni liberali in occasione di festività, di “somministrazione di vitto, di prestazioni di servizi di trasporto collettivo, somme erogate alla generalità dei dipendenti per frequenza dei propri figli ad asili nido e/o colonie ovvero per la concessione di borse di studio”.

2.3. Il dirigente a tempo determinato

Il lavoro a tempo determinato è stato per lungo tempo disciplinato dalla legge 18 aprile 1962 n. 230 la quale elencava tassativamente i casi in cui è possibile ricorrervi. E l'articolo 4 si occupava della disciplina dei dirigenti: “È consentita la stipulazione di contratti di lavoro a tempo determinato, purché di durata non superiore a cinque anni, con i dirigenti amministrativi e tecnici, i quali possono, comunque recedere da essi trascorso un triennio e osservata la disposizione dell'art. 2118 del Codice civile”. Ma la legge è stata da molti giudicata anacronistica, e la sua rigidità in materia è stata considerata non in linea con il moderno problema occupazionale e per la sempre più sentita esigenza da parte dei datori di lavoro di maggiore flessibilità.

A ciò si è unita la necessità di adeguarsi alla direttiva 1999/70/CE, relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato concluso dall'UNICE, dal CEEP e dal CES.

L'intera materia è stata dunque rivisitata totalmente nel 2001 con l'approvazione del D. Lgs. n. 368. Con la novella viene superato il principio del ricorso al lavoro a termine soltanto per ragioni eccezionali, straordinarie ed imprevedibili, nei casi previsti dalla legge o dalla contrattazione collettiva, in presenza di attività meramente temporanee. Oggi, alle tassative ipotesi in cui era possibile stabilire un termine di durata del rapporto di lavoro, è stato sostituito un modello giuridico fondato sull'esistenza di ragioni tecniche, produttive, organizzative o di sostituzione di altri lavoratori assenti.

La dirigenza viene disciplinata dall'art. 10, comma 4, il quale prevede che la durata dei contratti a tempo determinato stipulati con i dirigenti non debba superare i cinque anni, ferma restando la facoltà del dirigente di recedere dal rapporto dopo un triennio, osservata la disposizione dell'art. 2118 c. c.

Ci si è chiesti cosa accadrebbe se si superassero i cinque anni previsti dalla norma, se andrebbe in tal caso salvaguardata la volontà delle parti o se sussisterebbe un'ipotesi di conversione del rapporto da tempo determinato a tempo indeterminato. In proposito viene in aiuto l'art. 1419 c. c. il quale prevede che “la nullità parziale di un contratto o la nullità di singole clausole importa la nullità dell'intero contratto se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del contenuto che è colpita dalla nullità. La nullità di singole clausole nulle non importa la nullità del contratto quando le clausole nulle sono sostituite di diritto da norme imperative”.

Il rapporto di lavoro si può concludere però anche prima dei cinque anni per volontà del dirigente o del datore di lavoro, nel

rispetto o meno dell'art. 2119 c.c. (giusta causa). Se il rapporto si conclude per l'esistenza di una giusta causa, il datore di lavoro e il dirigente possono recedere immediatamente, senza che l'anticipata scadenza rispetto a quella normale del contratto comporti alcun obbligo economico.

Ai sensi del comma 4, art. 10, D. Lgs. 368/2001 la necessità della giusta causa non è richiesta nel caso in cui il recesso anticipato del dirigente avvenga dopo tre anni dall'inizio del rapporto. In questo caso il dirigente ha il solo obbligo di rispettare il termine contrattuale di preavviso.

Se non sussistono le condizioni anzidette il datore di lavoro o il dirigente dovranno risarcire la controparte per il danno subito con le retribuzioni che il dirigente avrebbe percepito fino alla scadenza naturale del contratto a meno che il datore di lavoro non provi il cosiddetto *aliunde perceptum* o *percipiendum* da parte del dirigente⁹⁸, o, viceversa, il dirigente non provi il minor danno subito dal datore di lavoro in conseguenza alla cessazione del rapporto, ad esempio con la successiva assunzione di un altro dipendente avente lo stesso valore professionale.

A fronte di una sostanziale parità di trattamento tra i dirigenti e gli altri dipendenti assunti con contratto di lavoro a tempo determinato propria del Legislatore del 1962, oggi il D. Lgs 368/2001 esclude dall'ambito di applicazione della normativa di riferimento, dei contratti a termine intervenuti con i dirigenti, salvo per quanto concerne le disposizioni inerenti il principio di non discriminazione ed i criteri di computo (artt. 6 e

⁹⁸ Si veda Cass. 27 settembre 1999, n. 10664, in *Mass.*, 1999, p. 2015; Cass. 10 marzo 1984, n. 1676, in *Mass.*, 1984.

8), differenziando in tal modo la disciplina del lavoro a termine tra i dirigenti e gli altri lavoratori subordinati.

Il datore di lavoro, ad esempio, a differenza delle altre categorie di lavoratori subordinati, non ha necessità di una “giustificazione” per stipulare contratti a termine con i dirigenti. A differenza degli altri tipi di lavoratori subordinati, infatti, la previsione di un termine nel caso di lavoro dirigenziale “genera una situazione di (maggiore) stabilità del rapporto stesso e come tale si risolve in una condizione di miglior favore per il dipendente. Al rapporto di lavoro dei dirigenti non trovano applicazione, attese le considerazioni che precedono ed il carattere fiduciario che lo impronta, le disposizioni relative ai rapporti di lavoro a termine (precisamente gli artt. 1, 2 e 3 l. n. 230 del 1962) efficaci nei confronti delle altre categorie (quadri, impiegati, operai) di dipendenti”⁹⁹.

Inoltre, in proroga all’art. 4 del D. Lgs in esame il termine apposto al contratto in essere con il dirigente può essere prorogato più volte e anche in assenza di ragioni oggettive.

Infine, se il rapporto di lavoro continua dopo la fine del termine al dirigente non si applica la disciplina generale in materia e in tal caso si dovranno seguire i principi del diritto comune, ossia valutare l’effettiva volontà delle parti, se vogliono trasformare il contratto a termine in contratto a tempo indeterminato o se vogliono solo una semplice proroga del termine.

⁹⁹ Cassazione civile , sez. lav., 16 gennaio 2006 , n. 749.

2.4. L'orario di lavoro

La disciplina dell'orario di lavoro è trattata sia dalla legge costituzionale che da quella ordinaria. L'art. 36 Cost. prevede che la durata massima della giornata lavorativa è stabilita dalla legge e che il lavoratore ha diritto al riposo settimanale. Gli articoli del codice civile che si occupano dell'orario di lavoro sono 2107, 2108 e 2109 e recitano rispettivamente: “La durata giornaliera e settimanale della prestazione di lavoro non può superare i limiti stabiliti dalle leggi speciali”; “In caso di prolungamento dell'orario normale, il prestatore di lavoro deve essere compensato per le ore straordinarie con un aumento di retribuzione rispetto a quella dovuta per il lavoro ordinario”; “Il prestatore di lavoro ha diritto ad un giorno di riposo ogni settimana, di regola in coincidenza con la domenica”.

Succede spesso però che gli orari dei dirigenti non coincidano e rispetto ai colleghi europei rimangano nel posto di lavoro per molto più tempo. A questo punto ci si chiede se per il dirigente non valgano le regole generali dell'orario di lavoro e, di conseguenza, l'inapplicabilità per questa categoria di lavoratori del lavoro straordinario e del riposo settimanale. A tal riguardo la disciplina dell'orario di lavoro dirigenziale è trattata con superficialità, se così si può dire, dalla contrattazione collettiva, in quanto fino ad oggi o non ha accennato al problema o si è limitata ad affermare la necessità di flessibilità propria del dirigente.

Già le leggi 15 marzo 1923 n. 692, 22 febbraio 1934 n. 370, 24 giugno 1997 n. 196, che fissavano la durata massima giornaliera del lavoro in 8 ore e quella settimanale in 48 e, da

ultimo, il D. Lgs. n. 66 del 2003 che ha diminuito la durata settimanale in 40 ore, hanno escluso dal loro ambito di applicazione la categoria dei dirigenti, del personale direttivo delle aziende o di altro personale avente potere di decisione autonomo¹⁰⁰. La *ratio* normativa presuppone che la preposizione gerarchica imponga una minore usura del lavoro.

Questa conclusione, dovuta all'impossibilità di determinare *a priori* l'orario di lavoro del dirigente, non è avvenuta in modo pacifico. Da più parti, infatti, si è invocata la violazione dei principi costituzionali (artt. 3 e 36). La questione è stata risolta dalla Corte Costituzionale nel 1975¹⁰¹ che ha negato qualsiasi tipo di incostituzionalità dell'esclusione in vista della specialità della prestazione lavorativa dei dirigenti, non ascrivibile ai normali e costanti limiti di orari, ma libera nelle sue forme. Sempre secondo la Corte la mancanza di limitazione dell'orario di lavoro del dirigente è giustificata dal fatto che l'attività di lavoro "è qualitativamente superiore, che ammette e spesso richiede interruzioni e discontinuità, e per la quale non possono stabilirsi vincoli normali e costanti di orario, perché la sua durata è essenzialmente legata alla speciale natura delle funzioni e alle connesse responsabilità e quindi necessariamente variabile"¹⁰². Inoltre, la Corte ha affermato l'infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, 4° comma, della legge 370/34 nella parte in cui esclude l'obbligo del riposo settimanale per i dirigenti. La spiegazione di questa differenza di trattamento tra i lavoratori subordinati e la categoria dirigenziale è da

¹⁰⁰ Si veda anche la circolare del Ministero del Lavoro 28 ottobre 1997 n. 125 che ha escluso categoricamente dall'ambito di applicazione della legge 196/97 il personale direttivo delle aziende.

¹⁰¹ Corte Cost. 24 marzo 1975 n. 101 in *Dir. e Giur. Lav.*, 1975, II, p. 335.

¹⁰² *Ibidem*

ricercarsi nell'autonomia operativa propria dei secondi attraverso cui è possibile organizzare liberamente la gestione del proprio tempo lavorativo, senza alcuna imposizione esterna¹⁰³.

Fanno seguito a questa decisione diverse sentenze della Cassazione che si rifanno e completano questo indirizzo, non solo nella ragionevolezza quantitativa dei tempi di prestazione, ma anche nell'effettività delle mansioni direttive. Qualche sentenza ha anche dato al dipendente in posizione dirigenziale la possibilità di determinare almeno in parte i tempi di lavoro e di riposo.

Tuttavia, “un limite quantitativo globale, anche se non stabilito dalla legge o dal contratto in un numero massimo di ore di lavoro, sussiste pure sempre, anche per il personale direttivo, in rapporto sia alla necessaria tutela della salute e dell'integrità fisico-psichica, sia alle obiettive esigenze e caratteristiche dell'attività richiesta alle diverse categorie di dirigenti. Pertanto è consentito al giudice di esercitare un controllo sulla ragionevolezza della durata delle prestazioni di lavoro pretese dall'imprenditore, con riguardo alla natura delle funzioni espletate ed alle effettive condizioni ed esigenze del servizio, secondo i vari tipi di imprese. La prova delle circostanze che comportino il superamento del detto termine di ragionevolezza incombe al dirigente”¹⁰⁴. Il lavoro del dirigente, inoltre, non deve compiersi in un lasso di tempo contrario alla prassi aziendale o, comunque, abnorme o in contrasto con la tutela, costituzionalmente garantita, del diritto alla salute¹⁰⁵. A tal

¹⁰³ Trib. Firenze 13 luglio 1999 in *Toscana lav. Giur.*, 1999, pag. 775.

¹⁰⁴ Si vedano Cas. 12 gennaio 1976 n 67; Cass. 19 giugno 1981 n 4042; Cass. 26 ottobre 1982 n. 5597.

¹⁰⁵ Cass. 14 ottobre 1999, n. 11616, in *Not. Giur. Lav.*, 2000, p. 121; Cass. 3 maggio 1990, n. 3680, in *Mass. Giur. Lav.*, 1990, p. 417, con nota di S. SAETTA, *Lo straordinario dei dirigenti: ossia tanto rumore per nulla e*

proposito, il dirigente deve provare non solo l'effettiva prestazione di lavoro straordinario ma anche, qualora manchi una specifica previsione collettiva o individuale di un tetto massimo dell'orario lavorativo, il superamento del limite di ragionevolezza dello stesso, in quanto determinante un'usura psicofisica del dipendente¹⁰⁶.

Anche la norma che esclude l'obbligo del riposo settimanale va interpretata secondo un criterio di ragionevolezza: la norma “non comporta una negazione assoluta del diritto del personale dirigente al riposo settimanale ma soltanto una possibilità di varia disciplina, secondo le diverse contingenze ed esigenze. Di conseguenza è arbitrario il comportamento dell'imprenditore che, senza apprezzabile motivo, pretenda privare il dirigente del riposo festivo, senza mai consentirgli la necessaria vacanza periodica a cui ogni lavoratore ha incontestabilmente diritto”¹⁰⁷.

È da chiedersi allora se valgano per il dirigente le regole del lavoro straordinario per quanto riguarda la maggiorazione della retribuzione, intendendo per lavoro straordinario quello che eccede il normale orario di lavoro. Il D.Lgs. 66/2003 prevede come normale orario di lavoro 40 ore settimanali, anche se i contratti collettivi possono prevedere limiti più bassi. Il lavoro straordinario viene, di norma, retribuito con una maggiorazione, fissata dai contratti collettivi, rispetto alla retribuzione spettante per lavoro ordinario. Le sentenze della Corte di Cassazione che si sono succedute nel tempo, tuttavia, hanno individuato due criteri per stabilire se il dirigente abbia prestato lavoro straordinario con

in *Dir. prat. Lav.*, 1990, n. 25, p. 1621, con commento di G. MANNACIO, *Dirigenti e straordinario: un orario usurante?*, p. 1597.

¹⁰⁶ Pret. Mantova 23 dicembre 1992, in *Or. Giur. Lav.*, 1993, p. 913.

¹⁰⁷ Cass. 12 gennaio 1976 n. 67, Cass 6 novembre 1984 n. 5618.

il conseguente diritto alla maggiorazione. Il primo di tali criteri è il limite della ragionevolezza, il secondo è quello della prassi aziendale: il criterio della ragionevolezza è soggettivo e di non facile applicazione, quello della prassi aziendale è più oggettivo e consiste nel considerare lavoro ordinario del dirigente quello prestato mediamente dagli altri dirigenti della stessa impresa.

Inoltre, la giurisprudenza ha affermato che “la retribuzione maggiorata per lavoro straordinario può spettare anche al personale dirigente quando sia per questo previsto un orario di lavoro normale e se la durata massima sia stata concordata tra le parti o stabilita unilateralmente dal datore di lavoro allo scopo di evitare l’eccessiva usura psicofisica del lavoratore”¹⁰⁸. È possibile corrispondere ai dirigenti uno specifico ed ulteriore compenso nei casi in cui la retribuzione già percepita dal dirigente non compensi la maggiore gravosità della prestazione lavorativa e quando la prestazione lavorativa si è protratta oltre i limiti della ragionevolezza, da valutarsi sempre in riferimento all’interesse del dipendente alla tutela della propria salute ed integrità fisico-psichica e alle obiettive esigenze e caratteristiche dell’attività svolta¹⁰⁹. In sede di accertamento è necessario tener conto del trattamento economico complessivo percepito dal dirigente per verificare se il maggior lavoro da lui effettuato risulti già remunerato dall’insieme degli elementi retributivi corrisposti.

La giurisprudenza più recente continua a ritenere la sussistenza di una deroga molto ampia ai limiti in tema di orario di lavoro, estendendola anche al personale con poteri e

¹⁰⁸ Cass. 9 aprile 1977 n. 1360, Cass. 6 novembre 1984 n. 5618.

¹⁰⁹ Cass. 30 gennaio 1986, n. 604, in *Mass.* 1986; Cass. 12 gennaio 1987, n. 117, in *Mass.* 1987; Cass. 29 gennaio 1999, n. 820 in *Not. Giur. Lav.*, 1999, p. 312.

responsabilità minori¹¹⁰ e ha fatto sorgere in capo al dirigente un vero e proprio diritto al compenso per le eccedenti ore prestate in servizio¹¹¹.

Anche il diritto comunitario si è occupato del tema in esame. La direttiva 104/93 all'articolo 17 esclude dai limiti dell'orario di lavoro la categoria dei dirigenti e di altri prestatori aventi potere di decisione autonomo sull'espressa considerazione della possibilità di queste categorie di determinazione del proprio orario o comunque dello svolgimento di un'attività in limiti di tempo non misurata o predeterminata.

Da quanto fin qui esposto, si intuisce che oggi il dirigente, nonostante le esclusioni della legge ordinaria e la sua natura flessibile, ha un vero e proprio orario di lavoro, un diritto al riposo settimanale e un compenso per il lavoro straordinario. In tal modo, alla natura flessibile si sovrappongono principi cardini della società attuale garantiti costituzionalmente, ossia la tutela della salute e dell'integrità psico-fisica del lavoratore, sulla base dei criteri di ragionevolezza sopra esposti.

2.5. Le ferie

Le ferie sono un diritto costituzionalmente garantito ai lavoratori. L'ultimo comma dell'art. 36 della Costituzione, attuato dall'art. 2109 c.c., dispone che il lavoratore ha diritto al riposo settimanale e a ferie annuali retribuite a cui non può rinunciare. Questi diritti sono riconosciuti anche in capo al

¹¹⁰ Cassazione 7 luglio 2003 n.11929

¹¹¹ Cass. 22 agosto 2003, n. 12367, in *Mass.* 2003; Cass. 25 luglio 2004, n. 13882, in *Not. Giur. Lav.* 2004, p. 604.

dirigente: il D. Lgs. n. 213/2004 dispone che il periodo annuale di ferie retribuite, a cui ha diritto il prestatore di lavoro, non deve essere inferiore a quattro settimane, e va goduto per almeno due settimane, consecutive nel caso di richiesta del lavoratore, nel corso dell'anno di maturazione e, per le restanti due settimane, nei 18 mesi successivi al termine dell'anno di maturazione.

Nessun accenno, come si nota, all'esclusione di tale disciplina alla categoria dirigenziale. Il diritto alle ferie, comunque, "se è intangibile nella sua ontologicità, non è tuttavia assoluto per quanto concerne la fissazione del periodo e le modalità di fruizione"¹¹².

Diverse sentenze hanno dato al datore di lavoro il potere assoluto di decidere il periodo di ferie che spetta al lavoratore. Ad esempio, la Corte di Cassazione ha affermato che "il lavoratore subordinato non può, contro l'espresso diniego dell'imprenditore, assentarsi unilateralmente, a titolo di ferie o permessi, in un periodo da lui scelto arbitrariamente, che non coincida con quello stabilito dall'imprenditore medesimo o concordato con le rappresentanze aziendali oppure preventivamente stabilito all'inizio dell'anno, ciò contrastando con le esigenze di un ordinato svolgimento dell'attività tecnico-produttiva dell'impresa"¹¹³.

A questo punto, c'è da chiedersi se il dirigente, la cui figura, come visto nel capitolo precedente, è considerata l'*alter ego* dell'imprenditore, abbia un potere di autodeterminazione delle ferie o meno. Da più parti si è risposto in maniera affermativa, anche se è necessario fare una distinzione tra un

¹¹² C. CARDARELLO, op. cit., pag. 103.

¹¹³ Cass. 7 maggio 1992 n. 5393.

“normale” dirigente, il c.d. *middle and low managers*, e un dirigente che ricopre una posizione aziendale apicale e sovraordinata a ogni altro lavoratore, il c.d. *top manager*. Solo dopo una valutazione *case by case* si potrà stabilire con certezza l’esistenza o meno di un potere di autodeterminazione delle ferie, in genere spettante alla seconda categoria di dirigenti anzidetta.

Questa distinzione va fatta per risolvere un altro problema, ossia quello se al dirigente spetti o meno il diritto all’indennità sostitutiva delle ferie non godute. Solo se siamo in presenza di un *top manager*, in grado di decidere da sé il periodo di fruizione delle ferie, questa indennità non spetterebbe a meno che lo stesso non dimostri che il mancato godimento delle ferie non sia dipeso da obiettive ed eccezionali esigenze aziendali¹¹⁴.

Nel 2006, comunque, la Corte di Giustizia Europea ha stabilito l’illegittimità delle normative nazionali che consentono, in costanza del rapporto di lavoro, la sostituzione, a mezzo di una indennità finanziaria da corrisondersi al dipendente nell’anno successivo, dei giorni di ferie annuali maturati e non goduti nell’anno precedente¹¹⁵.

2.6. Il trasferimento

Il trasferimento del lavoratore subordinato è disciplinato dall’art. 2103 c.c. il quale stabilisce che il lavoratore non può essere trasferito da un’unità produttiva ad un’altra se non per comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive. Il codice non definisce il trasferimento, il quale può essere considerato come l’atto datoriale, unilaterale e ricettizio, che determina la

¹¹⁴ Si veda Cass. 7 marzo 1996 n. 1793.

¹¹⁵ Corte Ue, sentenza C-129/05, in *Guida Lav.*, 12, 2006, p. 23, con commento di G. FALASCO, *Corte UE: illegittimo l’indennizzo economico per le ferie non godute*.

mobilità territoriale endoaziendale del lavoratore da un'unità produttiva ad un'altra per logiche imprenditoriali¹¹⁶. Il trasferimento differisce dalla trasferta per la durata temporale, incerta nel primo caso e certa nel secondo.

Anche al dirigente si applica l'ordinaria disciplina dei trasferimenti, regolata dall'art. 2103 c.c.. Il dirigente, al pari del lavoratore subordinato, può essere trasferito solo per comprovate ragioni. Tuttavia, alla norma ordinaria è da aggiungere quella della contrattazione collettiva. Ad esempio, l'art. 14 del contratto dei dirigenti industriali integra la disciplina legislativa con norme volte a tutelare il dirigente. Il trasferimento deve essere comunicato per iscritto, con un preavviso di almeno 3 mesi, di 4 mesi se il dirigente ha familiari conviventi e a carico. Qualora il preavviso non possa essere rispettato per motivi di particolare urgenza, il dirigente deve essere considerato in trasferta fino al raggiungimento dei termini di preavviso. Egli ha diritto al rimborso delle spese sostenute, a seguito del trasferimento, per sé e per la famiglia, nonché, per un periodo da concordarsi e comunque non inferiore a due anni, della maggiore spesa effettivamente sostenuta per l'alloggio dello stesso tipo di quello occupato nella sede di origine. Inoltre, se entro cinque anni dal trasferimento dovesse cessare il rapporto per licenziamento o per morte, il datore di lavoro deve rimborsare le spese sostenute dal dirigente e/o dalla sua famiglia per il ritorno alla sede di origine.

Il dirigente può recedere dal rapporto entro 60 giorni dalla comunicazione del trasferimento, motivando le proprie dimissioni con la mancata accettazione dello stesso.

¹¹⁶ C. CARDARELLO, op. cit. pag 113.

Per quanto riguarda la trasferta che, come anticipato sopra, è giustificata da esigenze transitorie, non previste al momento dell'assunzione, essa è disciplinata dal contratto collettivo. Ad esempio l'art. 18 del contratto collettivo dei dirigenti commerciali (e lo stesso è previsto dall'art. 10 del CCNL dirigenti industriali) dispone che il lavoratore in trasferta ha diritto al rimborso delle spese di viaggio, di vitto e alloggio e di ogni spesa che sia stata sostenuta in esecuzione del mandato o nell'interesse dell'azienda.

Anche al dirigente si applicano i c.d. limiti soggettivi, ossia le situazioni personali del lavoratore che rendono illegittimo un eventuale trasferimento da parte del datore di lavoro. Ad esempio, il CCNL per i Dirigenti Industria e Commercio prevede che, se non è diversamente convenuto, il dirigente non può essere trasferito dopo il 55° anno di età, se uomo, o il 50° anno di età, se donna.

Qualora il trasferimento sia illegittimo per la violazione dei limiti soggettivi e per l'inesistenza delle ragioni tecniche, organizzative e produttive, l'art. 2103 c.c. ne dichiara la nullità.

In una recente decisione la Corte di Cassazione ha stabilito che il danno causato ad un dirigente da un trasferimento illegittimo e da un demansionamento viene liquidato tenendo conto anche dell'entità della retribuzione dello stesso e della durata temporale del danno subito¹¹⁷.

¹¹⁷ È questo il principale principio di diritto statuito nella sentenza n. 8893/10 della Corte Suprema di Cassazione, sez. Lavoro, che ha respinto il ricorso, proposto dall'Ovattificio Resinatura Valpadana s.p.a., avverso la sentenza n. 646/2005 della Corte d'Appello di Venezia che aveva confermato, come quella di primo grado del Tribunale di Padova, l'illegittimità del trasferimento di un dirigente, nonché l'illegittimità del successivo licenziamento ed il risarcimento del danno conseguente.

2.7. Il patto di non concorrenza

L'art. 2125 cc sancisce il patto di non concorrenza: “Il patto con il quale si limita lo svolgimento dell'attività del prestatore di lavoro, per il tempo successivo alla cessazione del contratto, è nullo se non risulta da atto scritto, se non è pattuito un corrispettivo a favore del prestatore di lavoro e se il vincolo non è contenuto entro determinati limiti di oggetto, di tempo e di luogo”. Il vincolo non può avere durata superiore a cinque anni se si tratta di dirigenti e di tre negli altri casi.

Il patto di non concorrenza serve ad evitare che il dirigente possa svolgere un'attività concorrenziale all'azienda alla cessazione del rapporto.

Quando cessa un rapporto di lavoro tra dirigente e azienda è necessario salvaguardare due esigenze diverse: da una parte l'azienda ha bisogno di tutelarsi da eventuali attività concorrenziali intraprese dall'ex dipendente, e dall'altra l'ex dipendente deve potersi rimettere sul mercato del lavoro.

Il patto di non concorrenza serve per contemperare questi duplici interessi. Si nota che il patto si configura come un contratto a titolo oneroso ed a prestazioni corrispettive, attraverso cui il datore di lavoro si obbliga a corrispondere una somma di denaro o altra utilità al lavoratore, e questi si obbliga, per il tempo successivo alla cessazione del rapporto di lavoro, a non svolgere attività concorrenziale a quella del datore di lavoro.

Per il dirigente quindi è prevista una durata maggiore rispetto alle altre categorie di lavoratori subordinati. Inoltre “in assenza di un valido patto di non concorrenza, non si può ritenere illecita la simile attività imprenditoriale intrapresa dal

lavoratore dopo le dimissioni poiché, cessato con il rapporto di lavoro l'obbligo di fedeltà, il lavoratore può, [...] utilizzare le esperienze e le tecniche acquisite a causa del lavoro svolto”¹¹⁸.

Si intuisce che, a differenza degli altri lavoratori, il dirigente che cessa di lavorare per un'azienda può costituire, per le sue conoscenze acquisite nel corso del rapporto, un serio danno per il datore di lavoro. Questo danno può avere una rilevanza interna, riguardante l'organizzazione e le metodologie proprie dell'azienda, e una esterna, riguardante i clienti della stessa, i fornitori e il mercato di riferimento. Il dirigente, infatti, può sottrarre la clientela o anche le scoperte avvenute nel corso del suo servizio o portare con sé personale altamente qualificato.

Proprio per questo il Legislatore ha previsto la nullità del patto qualora non sia prevista la forma scritta, non sia pattuito un corrispettivo e non siano stati definiti i limiti temporali e spaziali dello stesso.

Nel patto dovranno essere scritte esplicitamente quali attività l'ex dirigente non potrà svolgere: si potrebbe trattare di mansioni già svolte presso l'azienda o di altre attività lavorative che potrebbero determinare una sorta di concorrenza col precedente datore di lavoro. Ovviamente questo non dovrà impedire al dirigente di svolgere qualsiasi attività lavorativa.

La giurisprudenza si è preoccupata di stabilire che il patto di concorrenza può riguardare qualsiasi attività lavorativa che possa competere con quella del datore di lavoro e non solo quindi le mansioni espletate dal lavoratore durante il rapporto. Il patto diventa nullo quando la sua ampiezza è tale da comprimere

¹¹⁸ Cass. 13 novembre 1976, n. 4212.

l'esplicazione della concreta professionalità del lavoratore in limiti che ne compromettano ogni potenzialità reddituale¹¹⁹.

Quanto al luogo nel quale opera il patto, secondo l'orientamento prevalente, esso sarebbe nullo se si estendesse all'intero territorio nazionale poiché troppo restrittivo delle possibilità di reimpiego del dirigente. Un altro orientamento invece, considerata la crescente globalizzazione del mercato, ammette la possibilità di un patto esteso non solo al territorio nazionale, ma anche a quello comunitario pur nel rispetto dei diritti dell'ex-dirigente di ricollocarsi sul mercato del lavoro.

Infine, il dirigente che viola il patto di concorrenza è tenuto a restituire quanto ha ricevuto a titolo di corrispettivo; egli può essere condannato a risarcire il danno “in misura proporzionale al provato nocimento al patrimonio immateriale dell'azienda, nei suoi elementi interni ed esterni”¹²⁰.

2.8. Fine del rapporto: il licenziamento del dirigente.

2.8 a) Il licenziamento ad nutum

La fine del rapporto di lavoro può cessare per tante cause, dalla morte del lavoratore alla dimissioni o alla risoluzione per giusta causa da parte dello stesso, alla risoluzione consensuale. Tutte queste tematiche sono dettagliatamente analizzate dai vari contratti collettivi: ad esempio l'art. 25 del CCNL Dirigenti

¹¹⁹ Cass. 26 novembre 1994 n. 10062.

¹²⁰ Pretura di Montebelluna 31 marzo 1989.

industria afferma che in caso di morte del dirigente, l'azienda corrisponderà agli aventi diritto, oltre all'indennità sostitutiva del preavviso il trattamento di fine rapporto; l'art. 31 del CCNL per i Dirigenti del commercio, invece, tratta delle dimissioni: il dirigente dimissionario è tenuto nei confronti del datore di lavoro ad un determinato periodo di preavviso.

In questa sede è però interessante soffermarsi sul licenziamento da parte del datore di lavoro del dirigente, sui punti comuni e differenti tra questa categoria e i lavoratori subordinati.

Al dirigente non si applica la tutela legale riconosciuta dall'art. 10 della l. 15 luglio 1966 n. 604 (Norme sui licenziamenti individuali) e dalla successiva l. 20 maggio 1970 n. 300 (Statuto dei lavoratori), in quanto escluso dal dato letterale (la disposizione si applica ai prestatori di lavoro che rivestono la qualifica di impiegato e di operaio). Anche se non menzionati dalla legge, i quadri intermedi rientrano nel suo ambito di applicazione in base alla norma generale di cui all'art. 2, comma 3°, l. n. 190/1985, secondo cui si applicano ai quadri le norme riguardanti la categoria degli impiegati. E la legge 108 del 1990, di riforma dei licenziamenti individuali, ribadisce questo concetto, confermando la massima recedibilità nei confronti dei dirigenti e introducendo l'obbligo della forma scritta anche per il licenziamento degli stessi.

L'unico dato normativo, data l'esclusione della categoria del dirigente dalle suddette leggi, è il codice civile, con gli artt. 2118 e 2119, ossia la possibilità della libera recedibilità (il c.d. recesso *ad nutum*), salvo il pagamento dell'indennità di

preavviso, qualora non si ritenga di prestare attività nel corso del detto periodo.

La *ratio* dell'esclusione dei dirigenti da queste ipotesi di licenziamento è da ricercare nella specialità del rapporto di lavoro, caratterizzato da un forte grado di fiducia tra questa categoria di lavoratori e l'imprenditore. C'è anche chi ritiene che il motivo dell'esclusione sia da ricercare nel privilegio di cui godono i dirigenti all'interno del mercato del lavoro e nel loro ruolo attivo all'interno del rapporto di organizzazione¹²¹. A tale tipo di recesso non si applicano quindi le norme che disciplinano il recesso causale (giusta causa e giustificato motivo), neanche nel caso in cui sia intervenuta una dequalificazione unilateralmente operata dal datore di lavoro.

Di questo avviso è anche la Corte Costituzionale che ha affermato che "la categoria dei dirigenti presenta peculiari caratteristiche che sono oggetto di una disciplina particolare e trova riscontro nella definizione che del dirigente viene data in giurisprudenza ed in termini, nella sostanza, sufficientemente costanti"¹²².

Proprio lo speciale rapporto di fiducia che si instaura tra imprenditore e dirigente e la necessità che tale fiducia permanga per tutta la durata del rapporto di lavoro hanno spinto la Corte Costituzionale a pronunciarsi in merito alla questione di legittimità costituzionale dell'art. 10 l. 604/66, a dichiarare la manifesta infondatezza, ritenendo non applicabile al dirigente la legislazione garantista. Questa fiducia non è solo oggettiva,

¹²¹ I. ZOPPOLI, *Effetti della crisi d'impresa sul lavoro dirigenziale*, in *Dir. rel. ind.*, 1993, pag. 158

¹²² Corte Cost. 6 luglio 1972, n. 171, in *Foro it.*, 1972, I, pag. 2730 e in *Mass. Giur. Lav.*, 1972, pag. 274, con nota di L. RIVA SANSEVERINO.

propria di ogni tipo di rapporto di lavoro subordinato, ma è più ampia, è soggettiva, propria solo del lavoro dirigenziale. Per la Corte, infatti, il dirigente è il rappresentante-sostituto dell'imprenditore, il loro vincolo è personalistico: proprio per questo il datore di lavoro, insindacabilmente, deve avere la possibilità di recedere in qualunque momento dal rapporto.

In altre parole il licenziamento *ad nutum* è sempre legittimo, se si prescinde dall'obbligo della concessione del preavviso, ovvero dalla corresponsione dell'indennità sostitutiva, “non è produttivo di danni risarcibili”, salvo che, “per il modo e la forma” con cui è stato intimato, risulti pregiudizievole per il lavoratore sul piano sociale e morale: solo in questo caso il dirigente ha diritto al risarcimento del danno secondo i principi comuni¹²³.

Questo orientamento ha suscitato un ampio dibattito in dottrina: da una parte si critica la visione della Corte di una categoria unitaria di dirigente¹²⁴, considerato solo come *alter ego* dell'imprenditore, non distinguendo in tal modo tale tipo di dirigente da quello minore, il quale si trova in tale modo escluso dalle tutele possedute degli altri lavoratori subordinati. Questo orientamento non avrebbe alcun fondamento razionale e sarebbe in contrasto con il principio fondamentale di conservazione del posto di lavoro costituzionalmente garantito¹²⁵.

La necessità di effettuare una differenziazione tra il dirigente apicale e il “mini-dirigente” e lo pseudo dirigente è stata accolta dalla giurisprudenza più recente che ha sostenuto

¹²³ Cass. 29 gennaio 1985, n. 519.

¹²⁴ Si veda TOSI, op. cit.

¹²⁵ Si veda MAZZIOTTI, *Il licenziamento illegittimo*, Napoli, 1982, pag. 76.

che “la regola della licenziabilità *ad nutum* dei dirigenti, desumibile dall’art. 10, l. 604/66, è applicabile solo al dirigente in posizione verticistica, che, nell’ambito dell’azienda, sia caratterizzato dall’ampiezza del potere gestorio, tanto da poter essere definito un vero e proprio *alter ego* dell’imprenditore, in quanto preposto all’intera azienda o a un ramo o servizio di particolare rilevanza, in posizione di sostanziale autonomia, tale da influenzare l’andamento e le scelte dell’attività aziendale, sia al suo interno che nei rapporti con i terzi”¹²⁶.

In sostanza, la Corte distingue chiaramente le figure del dirigente "apicale", ossia colui che si trova in una posizione tale da poter avere un potere decisionale e rappresentativo idoneo ad influenzare l’andamento e la vita dell’azienda o del settore cui è preposto, tanto al suo interno quanto all’esterno, al punto da costituire un vero e proprio *alter ego* dell’imprenditore, e quella di tutti gli altri dirigenti, i cosiddetti pseudo – dirigenti o dirigenti meramente convenzionali. Il datore di lavoro può licenziare liberamente, *ad nutum* appunto, soli i primi, mentre tutti gli altri godono delle medesime garanzie di stabilità riconosciute dalla legge agli altri lavoratori.

Regole comuni tra i dirigenti e i lavoratori subordinati valgono invece nel caso di licenziamento discriminatorio. In questa ipotesi al dirigente si garantiscono le stesse tutele applicate alla generalità dei dipendenti con conseguenze sotto il profilo della restaurazione del rapporto e della reintegrazione del dirigente nelle mansioni a cui risultava addetto (art. 3 Legge n.

¹²⁶ Cass. 12 novembre 1999, n. 12571, in *Mass. Giur. Lav.*, 2000, p. 73 con nota di G. GRAMOCCIA, *Il licenziamento del dirigente di vertice e dello pseudo-dirigente*. Più di recente, Cass. 18 luglio 2001, n. 9715, in *Guida lav.*, 2001, 40, p. 23.

108/1990). L'onere della prova è posto a carico del dirigente a cui inoltre spetta il compito di dimostrare, con assoluto rigore, le circostanze illecite sottese al licenziamento, con assoluto rigore¹²⁷.

2.8 b) *La tutela convenzionale*

Alla mancanza di tutela legislativa nei confronti del dirigente licenziato si contrappone un'ampia tutela convenzionale. Sono rimessi all'autonomia privata individuale o collettiva, infatti, i limiti al potere di recesso del datore di lavoro nei confronti del dirigente.

Anche la giurisprudenza ha dato un ruolo cardine all'autonomia privata, affermando che “anche dopo l'entrata in vigore della l. 11 maggio 1990, n. 108, il rapporto di lavoro dei dirigenti non è assoggettato alle norme limitative dei licenziamenti individuali di cui agli artt. 1 e 3, l. 15 luglio 1966, n. 604, e, pertanto, la stabilità del rapporto di lavoro dei dirigenti può essere assicurata mediante l'introduzione ad opera dell'autonomia privata, collettiva o individuale, di limitazioni alla facoltà di recesso del datore di lavoro”¹²⁸.

La contrattazione collettiva in particolare impone all'imprenditore di giustificare il licenziamento del dirigente.

Da ciò deriva che non bisogna interpretare le leggi per stabilire quando un licenziamento sia giustificato o meno, ma la

¹²⁷ Cass. 15 novembre 2000, n. 14756, in *Mass.* 2000; Cass. 19 gennaio 1998 n. 424, in *Lav. Prev. Oggi*, 1998, pag. 814.

¹²⁸ Cass. 27 novembre 1997, n. 12001, in *Foro it.*, 1998, I, pag. 729.

volontà delle parti. Il giudice che avrà il compito di decidere dovrà rifarsi agli artt. 1262-1370 c.c, ossia all'interpretazione dei contratti.

Tuttavia la tutela attuata dalla contrattazione non è totale come quella accordata dalla legge agli altri lavoratori subordinati delle imprese medio-grandi: “è consentito, attraverso la contrattazione collettiva, incidere sulla regolamentazione del rapporto di lavoro del dirigente, equiparando il trattamento allo stesso riservato a quello previsto per gli altri lavoratori subordinati, purché tale equiparazione attenga ad istituti che non snaturino il particolare rapporto che intercorre fra datore di lavoro e dirigente. Non è, pertanto, consentita una totale equiparazione di disciplina, o un accostamento fra normative per via convenzionale con riguardo ad aspetti qualificanti il predetto rapporto”¹²⁹.

La conseguenza del licenziamento ingiustificato non è la reintegrazione nel posto di lavoro, come avviene per gli altri lavoratori subordinati delle imprese medio-grandi, ma solo la corresponsione di una somma di denaro, la c.d. indennità supplementare, che non assicura una tutela reale, ma solo un limite alla discrezionalità datoriale di decidere la fine del rapporto. Questa è l'ipotesi prevista ad esempio dal contratto dei dirigenti industriali e dei dirigenti commerciali, che quantificano l'indennità tra un minimo e un massimo.

Per garantire il dirigente da un licenziamento improvviso da parte del datore di lavoro i contratti collettivi di gran parte delle categorie hanno previsto delle clausole di stabilità che

¹²⁹ Cass. 21 marzo 1998, n. 3000.

stabiliscono una durata minima garantita del rapporto di lavoro e il recesso prima della fine di questo periodo minimo deve essere giustificato dalla presenza di una giusta causa. La clausola è stata definita legittima dai giudici investiti del caso: essa “non altera la sostanziale natura del contratto di lavoro a tempo indeterminato, (piuttosto costituisce) una preventiva rinuncia del datore di lavoro alla facoltà di recesso e, quindi, in una garanzia per il lavoratore della conservazione del posto per una durata minima”¹³⁰.

Alcuni contratti collettivi hanno previsto anche che la comunicazione di licenziamento del dirigente, necessariamente data per iscritto, deve contenere la spiegazione della decisione del datore di lavoro di interrompere il rapporto e, qualora il dirigente ritenga ingiustificata tale motivazione, potrà adire al collegio arbitrale. Dopo un tentativo di conciliazione posto in essere dal collegio, se non si arriva ad un accordo si perviene ad una decisione. Qualora il collegio riconosca l’ingiustificabilità del licenziamento “condanna” il datore di lavoro a pagare l’indennità supplementare di cui sopra.

Questo lodo del collegio, definito dalla giurisprudenza arbitrato irrituale, può essere impugnato davanti all’autorità giudiziaria ordinaria.

Assume rilievo nella contrattazione collettiva il concetto di “giustificatezza” del recesso posto in essere dal datore di lavoro. Non è facile stabilire se un licenziamento sia giusto o non. Infatti per questo tipo di rapporto non basta fare riferimento alla buona fede e alla correttezza previste dal codice per i contratti. In

¹³⁰ Cass. Civ. 25 giugno 1987 n. 5600.

manca di una definizione contrattuale, è stato necessario esaminare le numerose sentenze, a volte anche in contrasto tra di loro, che si sono succedute nel tempo. Negli anni '80 tra i giudici prevaleva l'idea di una sostanziale analogia tra la nozione di giustificatazza del licenziamento delineata dalla contrattazione collettiva e giustificato motivo di recesso, ritenendo ovvio che i contratti collettivi facessero affidamento alla categoria legale prevista dall'art. 3 l. n. 604/66¹³¹. Questo orientamento però iniziò a mutare direzione agli inizi degli anni '90, culminando in una definizione più ampia di "licenziamento giustificato", in virtù del particolare tipo di rapporto fiduciario che si instaura tra dirigente ed imprenditore: la giustificatazza "non si identifica con quella di giusta causa o giustificato motivo del licenziamento ex art. 1 l. n. 604/1966; conseguentemente fatti o condotte non integranti una giusta causa o un giustificato motivo di licenziamento con riguardo ai generali rapporti di lavoro subordinato, ben possono giustificare il licenziamento del dirigente, per cui, ai fini della giustificatazza del medesimo, può rilevare qualsiasi motivo, purché apprezzabile sul piano del diritto, idoneo a turbare il legame di fiducia con il datore, nel cui ambito rientra l'ampiezza dei poteri attribuiti al dirigente: maggiori poteri presuppongono maggiore intensità della fiducia e uno spazio più ampio ai fatti idoneo a scuoterla; la valutazione dell'idoneità del fatto materiale ad integrare la giustificatazza è rimessa al giudice di merito ed in sedi di legittimità resta sindacabile solo per vizi di motivazione"¹³².

¹³¹ Cass. 9 dicembre 1986, n. 7295, in *Not. Giur. Lav.*, 1986, pag. 779.

¹³² Cass. 7 agosto 2004, n. 15322, in *Mass.* 2004. Si veda inoltre Cass. 20 giugno 2003, n. 9896, in *Mass.* 2003.

Per i giudici la giustificatezza deve essere costituita da motivi apprezzabili che possano escludere totalmente l'ipotesi di recesso arbitrario¹³³. Il licenziamento è dunque giustificato qualora sussistano fatti obiettivi¹³⁴ e in tutti quei casi in cui si rispettino i principi di correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto, il divieto di discriminazione, tenendo sempre presente che la definizione contrattuale di giustificatezza è più ampio di quella di giusta causa o di giustificato motivo¹³⁵.

Per sopperire alla lacuna contrattuale si è affermata una definizione giurisprudenziale di giustificatezza nel licenziamento: “la nozione di giustificatezza fatta propria dalla contrattazione collettiva applicabile, nozione nettamente distinta da quella di giusta causa o di giustificato motivo ex artt. 2119 c.c. e 3 l. n. 604/66, si traduce essenzialmente in quella di assenza di arbitrarietà o per converso, nella ragionevolezza del provvedimento datoriale, il quale, pur restando nell'ambito generale di una recedibilità *ad nutum*, viene tuttavia per espressa previsione della disciplina collettiva, assoggettato ai limiti generali che presiedono all'esecuzione dei contratti, in termini di buona fede e correttezza ex art. 1375 c.c.”¹³⁶.

La giustificatezza è totalmente esclusa quando il licenziamento è discriminatorio o fondato su motivi illeciti. Infine l'onere probatorio della sussistenza della giustificatezza del licenziamento grava sul datore di lavoro.

In conclusione, anche per i dirigenti si è fortemente ridimensionato il potere del datore di lavoro di licenziare *ad*

¹³³ Cass. 23 febbraio 2002, n. 2639, in *Not. Giur. Lav.*, 2002, pag. 361.

¹³⁴ Pret. Milano 21 marzo 1996, in *Lav. Giur.*, 1996, pag. 575.

¹³⁵ Cass. 17 gennaio 2005, n. 765.

¹³⁶ Cass. 22 agosto 2003, n. 12365, in *Dir. Prat. Lav.*, 2003, pag. 2853 con nota di QUARTO.

nutum, in quanto la decisione di cessare il rapporto di lavoro deve sempre e comunque essere collegabile ad un comportamento adottato dal dirigente, ad esempio ponendo in essere comportamenti in contrasto con la politica aziendale.

Come già notato, in caso di accertata non giustificatezza del licenziamento del dirigente, non è prevista una tutela reale e quindi una reintegrazione nel posto di lavoro, bensì risarcitoria, la c.d. indennità supplementare, che si va ad aggiungere al trattamento di fine rapporto e all'indennità sostitutiva del preavviso, ove prevista.

Dato che l'istituto è di derivazione contrattuale, è stato affermato che può richiederlo solo il dirigente ingiustificatamente licenziato il cui datore di lavoro sia iscritto alle associazioni di categoria stipulanti il Ccnl stesso¹³⁷.

Non esiste un'indennità identica per tutti i dirigenti, ma dipende dai contratti collettivi a cui fanno parte. Inoltre la stessa non è fissa ma dipende dal grado di valutazione dell'ingiustificatezza del licenziamento da parte del collegio. Più dettagliatamente essa varia in base all'età del dirigente, all'anzianità di servizio e al caso concreto.

Per la dottrina prevalente la natura giuridica dell'indennità supplementare è il risarcimento del danno a fronte di un vero e proprio inadempimento contrattuale, ossia il licenziamento ingiustificato¹³⁸. Può ritenersi che l'indennità sia una sorta di penale disciplinata dall'art. 1382 c.c. Inoltre il dirigente che invochi tale risarcimento non ha bisogno di dimostrare

¹³⁷ Trib. Milano 10 novembre 1993, *Riv. It. Dir. Lav.*, 1994, II, pag. 774.

¹³⁸ Si veda P. DUI, *Il rapporto di lavoro dirigenziale*, Milano, 2002

l'effettivo danno sofferto, in quanto funzione dell'indennità è risarcire il dirigente del pregiudizio e del discredito causato.

2.8. c) *Il licenziamento disciplinare*

Su questa materia ci sono stati per anni contrasti di pensiero riguardanti l'applicabilità o meno del licenziamento disciplinare ex art. 7 commi 2 e 3 della legge n. 300/70 al dirigente.

Prima di arrivare alla soluzione del problema, avvenuta nel 2007 con una sentenza emblematica della Cassazione, è opportuno fare un *escursus* sui vari orientamenti succedutisi nel corso degli anni.

Il 2° e 3° comma dello Statuto dei lavoratori impongono al datore di lavoro di ascoltare le ragioni del dipendente prima di prendere provvedimenti disciplinari contro di lui. L'inosservanza di tale disposizione comporta la nullità dell'eventuale licenziamento e la reintegrazione nel posto di lavoro ex art. 18 dello statuto stesso.

Il licenziamento disciplinare può essere studiato da due punti di vista diversi, uno formale e l'altro ontologico. Per il primo il licenziamento è disciplinare quando è così specificamente qualificato dalla legge, dalla contrattazione collettiva o da altra fonte validamente posta dal datore di lavoro¹³⁹. Per il secondo, invece, si ha licenziamento disciplinare quando c'è stato un grave o notevole inadempimento in costanza del rapporto di lavoro da parte del lavoratore.

¹³⁹ F. BASENGHI, *Il licenziamento del dirigente*, Milano, 1991, pag. 89.

Il problema è se applicare al dirigente il licenziamento disciplinare. Da una parte si potrebbe obiettare che il recesso *ad nutum* di cui gode il datore di lavoro mal si coniuga con il licenziamento disciplinare e la prima giurisprudenza investita del caso ha disposto in tal senso. Importante la sentenza della Cassazione del 1987 in cui si afferma che la liceità del licenziamento *ad nutum* implica l'irrilevanza delle ragioni che hanno portato il datore di lavoro al recesso del rapporto con il proprio dirigente e la preventiva contestazione ed ascolto del lavoratore è in contrasto con la libertà del datore di lavoro: "Nei casi in cui il licenziamento *ad nutum* è consentito, l'effetto tipico, risolutorio del rapporto, che la legge ricollega all'atto unilaterale del datore, non è subordinato né all'oggettiva presenza di determinati presupposti, né all'esternazione dei motivi che lo hanno ispirato e alla loro comunicazione al lavoratore"¹⁴⁰.

Questo orientamento è stato ribadito, sempre dalla Corte di Cassazione, dieci anni più avanti, quando è stato sottolineato che al dirigente non si può applicare alcun tipo di procedimento disciplinare che per legge può essere risolto in tronco senza alcuna necessità di motivazione¹⁴¹.

Altra giurisprudenza si è pronunciata in senso affermativo, affermando che l'art. 7 si applica anche al dirigente¹⁴². Questo orientamento ha preso le mosse dalla sentenza della Corte Costituzionale del 25 luglio 1989, n. 427¹⁴³, che aveva sancito il principio dell'applicabilità dell'art. 7 dello Statuto dei Lavoratori

¹⁴⁰ Cass. Sez. Un., 5 novembre 1987, n. 8189, in *Lavoro 80*, con nota di MUGGIA, *La tutela dimezzata*.

¹⁴¹ Cass. 15 maggio 2000, n. 6269, in *Guida lav.*, 200, 26, pag. 35.

¹⁴² Si veda Cass 28 novembre 1991 n. 12758, 9 dicembre 1994 n. 10548.

¹⁴³ Corte Cost. 25 luglio 1989, n. 427, in *Dir. Lav.*, 1989, I, pag. 360 con nota di AMOROSO, *Il licenziamento disciplinare nelle imprese minori dopo la sentenza della Corte Costituzionale*.

a tutti i licenziamenti conseguenti a una mancanza del lavoratore, indipendentemente dal loro assoggettamento al regime vincolistico fissato dalla legge. Il dirigente ha, perciò, il diritto ad essere “processato”, con pieno diritto di difesa e deve sapere di che cosa è accusato. Ciò perché il licenziamento in tronco, se danneggia il lavoratore subordinato, ancor di più danneggia il dirigente, per il quale il buon nome e la buona referenza, costituiscono elementi essenziali di una buona presentazione presso altre imprese.

Un terzo orientamento, infine, si è posto in una posizione intermedia tra queste due contrapposte correnti di pensiero: il licenziamento disciplinare non è attuabile solo per i *top manager*, mentre per tutti gli altri dirigenti si deve seguire l’ordinaria disciplina prevista dallo Statuto. Con sentenza n. 6041 del 29 maggio 1995, con la quale le Sezioni Unite della Cassazione negavano l’applicabilità al dirigente della disciplina di cui all’art. 7 Statuto dei Lavoratori, veniva infatti stabilita l’applicabilità del licenziamento disciplinare al solo dirigente apicale, mantenendo invece le tutele procedurali ai *manager* cosiddetti “convenzionali”. Questo orientamento è stato criticato aspramente dalla dottrina che ha accusato di porre all’interno della stessa categoria di lavoratori figure professionali tra loro diversamente regolamentate, ponendo disparità di trattamento e confusione giuridica¹⁴⁴.

Una svolta, come sopra accennato, al dibattito si è avuta nel 2007, quando le Sezioni Unite della Cassazione, con la sentenza

¹⁴⁴ Tra gli altri G. TIMPANARO, *Ancora in tema di licenziamento disciplinare del dirigente d’azienda*, in *Lav. Prev. Ogg.*, 1996, pag. 2104 e M. GIUSTINIANI, *Sul licenziamento disciplinare del dirigente*, in *Orient. Giur. Lav.*, 1995, pag. 675.

n. 7880 del 30 marzo 2007, hanno confermato l'orientamento secondo il quale il licenziamento disciplinare del dirigente senza preventiva contestazione deve considerarsi ingiustificato, sostenendo implicitamente l'assoggettamento delle garanzie di cui all'art. 7, commi 2 e 3 St. Lav. anche nei confronti del dirigente: "Le garanzie procedurali dettate dall'articolo 7, commi 2 e 3, della legge 300/70 devono trovare applicazione nell'ipotesi di licenziamento di un dirigente (sia apicale, sia medio, sia minore) - a prescindere dalla specifica collocazione che lo stesso assume nell'impresa - sia se il datore di lavoro addebiti al dirigente stesso un comportamento negligente (o in senso lato colpevole) sia se a base del detto recesso ponga, comunque, condotte suscettibili di farne venir meno la fiducia. Dalla violazione di dette garanzie, che si traduce in una non valutabilità delle condotte causative del recesso, ne scaturisce l'applicazione delle conseguenze fissate dalla contrattazione collettiva di categoria per il licenziamento privo di giustificazione, non potendosi per motivi, oltre che giuridici, logico sistematici assegnare all'inosservanza delle garanzie procedurali effetti differenti da quelli che la stessa contrattazione fa scaturire dall'accertamento della sussistenza dell'illecito disciplinare o di fatti in altro modo giustificativi del recesso".

Prima si pensava che la non applicabilità al rapporto di lavoro dei dirigenti delle garanzie procedurali ex articolo 7 della legge n. 300 del 1970 si riferisse solo al dirigente di azienda apicale sicché la procedura ex articolo 7 trovasse invece, applicazione nei confronti del personale della media e bassa dirigenza (c.d. pseudo dirigenti o dirigenti meramente

convenzionali) ascrivibile alla categoria del personale direttivo¹⁴⁵; oggi, invece, la procedura di cui all'art. 7, St. Lav., è applicabile a tutti i dirigenti, apicali e non¹⁴⁶.

Una sentenza recentissima ha riaffermato, rafforzandolo, il concetto: se da una parte il datore di lavoro ha più libertà nel decidere di cessare il rapporto con il proprio dirigente, la normativa nazionale sulla dirigenza ha richiesto che tale provvedimento fosse adottato con l'osservanza di regole di trasparenza formale adeguate. Se vengono violate queste garanzie, si applicheranno le conseguenze fissate dalla contrattazione collettiva di categoria per il licenziamento privo di giustificazione. “Ne consegue inevitabilmente che, se pure il comportamento del dirigente sia stato, in concreto e nella sua realtà storica, effettivamente non collaborativo con i vertici aziendali, oltre che scorretto, pesante e scurrile nel suo manifestarsi quotidiano con i colleghi o sottoposti, nei termini in cui si legge in alcune mail prodotte, tali aspetti non possono essere esaminati se non hanno formato oggetto di rituale e precisa contestazione disciplinare”¹⁴⁷.

Il diritto della difesa della persona del lavoratore nella professionalità, nel decoro e nell'immagine sono diritti ormai cardini nel nostro sistema. Proprio per questo ormai apparirebbe anacronistico ogni tentativo di interpretazione restrittiva dell'art. 7 Statuto dei Lavoratori. Ciò infatti provocherebbe un maggior danno per i *top manager* i quali, se non si desse loro alcuna

¹⁴⁵ Cass. 13/5/2005 n. 10058, in *Lav. e prev. oggi* 2005, pag. 1275.

¹⁴⁶ Trib. Milano 12/7/2008, in *Orient. giur. lav.* 2008, pag. 716.

¹⁴⁷ Corte app. Milano 27/1/2010, in *Lav. nella giur.* 2010, con nota di A. RIPA, pag. 684.

possibilità di difesa, avrebbero problemi per ricollocarsi nel mercato del lavoro.

2.9. Dirigente pubblico e dirigente privato a confronto

Per completare l'analisi della figura del dirigente privato è opportuno metterlo a confronto con il suo collega pubblico, la cui figura è cambiata radicalmente negli ultimi anni in virtù di un adeguamento rispetto alle altre amministrazioni europee. Il settore pubblico ha pian piano sempre più recepito i caratteri del settore privato, introducendo aspetti del tutto nuovi alla pubblica amministrazione, quali responsabilità, efficienza, efficacia ed economicità.

Per potere parlare di differenze e analogie è bene partire da un *escursus* storico sulla nascita del dirigente pubblico.

La dirigenza pubblica, come categoria autonoma, nasce con il D.P.R. 30 giugno 1972, n. 748, recante norme sulla "Disciplina delle funzioni dirigenziali nelle amministrazioni dello Stato anche ad ordinamento autonomo", allo scopo di togliere potere esecutivo ai ministri, di dare maggiore autonomia ai dirigenti, di riordinare le carriere ed il trattamento economico dei funzionari direttivi statali. La dirigenza è suddivisa in tre qualifiche: il dirigente generale (capo delle direzioni generali o degli uffici centrali o periferici di livello pari o superiore, oppure consigliere ministeriale); il dirigente superiore (vicario del dirigente generale o capo di servizio centrale dipendente organicamente dal ministro o da altri uffici di pari livello previsti dalla legge o consigliere ministeriale aggiunto o, infine, ispettore generale); il primo

dirigente (preposto alla direzione di divisioni o di uffici equiparati).

Questa innovazione legislativa, però, non è stata esente da critiche, sia per l'incertezza e la sovrapposizione dei ruoli che si venivano a creare che per l'allontanamento dal modello privato, preso come esempio. Inoltre, con tale legge il legislatore non è riuscito a togliere l'ampio potere di indirizzo e di controllo sulle attività dirigenziali dei ministri. Molto spesso era concesso all'amministrazione pubblica di non sottostare ai principi economici che governano l'impresa privata per un punto di vista secondo cui non sempre quest'ultimo era compatibile con l'interesse pubblico.

La riforma però tarda ad arrivare. Solo dopo 20 anni, infatti, viene emanato il D. Lgs. N. 29/1993, con il quale si privatizza l'impiego pubblico e "i dirigenti divengono definitivamente uno dei due poli su cui impostare il rapporto fra vertice politico e amministrazione"¹⁴⁸. È netta infatti la separazione dei poteri dirigenziali e politici: gestionali ed esecutivi i primi; di indirizzo e controllo politico i secondi. I ministri, insomma, sono titolari di determinare l'indirizzo e il controllo politico-amministrativo, definendo programmi e assegnando ai dirigenti gli obiettivi da raggiungere. I dirigenti, invece, sono titolari della gestione finanziaria, tecnica ed amministrativa e adottano gli atti e i provvedimenti attraverso cui è possibile realizzare gli obiettivi fissati dai ministri.

Le tre qualifiche sopra citate vengono così ridotte ad una sola, all'interno della quale sono presenti due livelli: quello di

¹⁴⁸ A. ALBANESE, A. TORRICELLI, *La Dirigenza Pubblica*, in *Giorn. Dir. lav. Rel ind.*, n. 59-60/1993, pag. 517.

dirigente generale e quello di dirigente. La diversità delle loro funzioni evita la sovrapposizione di ruoli che aveva creato il decreto del 1973. Il dirigente generale si occupa dell'attuazione dei programmi definiti dal ministro e, a tal fine, adotta i progetti. I dirigenti, invece, hanno la gestione di questi ultimi, con potere di spesa e di verifica degli incarichi dei funzionari.

La novella ha portato ad una riforma alla modalità di accesso alla dirigenza, adesso prevista tramite concorso (riservato ai funzionari con almeno 5 anni di servizio) o corso-concorso della Scuola Superiore di Pubblica Amministrazione.

La privatizzazione del lavoro pubblico e quindi anche dei dirigenti ha escluso nel suo ambito di applicazione la dirigenza pubblica “apicale”, il cui accesso continua ad essere tramite nomina. In dottrina, questa disposizione è stata oggetto di critiche¹⁴⁹, inizialmente non prese in considerazione dalla Corte Costituzionale che ha giudicato legittima la differenziazione per il ruolo di “cerniera” svolto dai dirigenti generali tra livello politico e livello amministrativo¹⁵⁰. Alcuni anni dopo la posizione è stata riveduta e con la cd legge Bassanini (l. 15 marzo 1997, n. 59) si arriva ad un regime unitario, con l'assoggettamento anche ai dirigenti “apicali” delle regole generali; si elimina così “la grave distonia giuridica insita nel sistema previgente, che manteneva solo per l'alta burocrazia le garanzie proprie del servizio pubblicistico”¹⁵¹.

¹⁴⁹ Si veda D'ORTA, *La riforma della dirigenza pubblica tre anni dopo: alcuni nodi irrisolti*, in *Lav. dir.* 1996, 2, pag. 283 e ss.

¹⁵⁰ Corte Cost., 25 luglio 1996, n. 313, in *Mass. giur. lav.* 1996, pag. 698 e ss.

¹⁵¹ R. ALESSE, *Il lento e inarrestabile declino della dirigenza dello Stato*, in *G.I.C.*, 2000, pag. 1931.

Il d. l. n. 165 del 2001 attua una separazione netta tra potere politico ed esecutivo e definisce, attraverso norme esplicite, le competenze proprie dei ministri e dei dirigenti. Da una parte ci sono gli atti di indirizzo e dall'altra atti di attuazione, gestione. I due termini non sono considerati sinonimi da una parte della dottrina per la quale non si tratta di separazione ma di distinzione, ossia di attribuzione di compiti diversi a organi diversi. Ai ministri spettano gli atti di indirizzo, ai dirigenti le direttive.

In base agli artt. 4 e 5 del d.l. 165 del 2001 i dirigenti hanno competenza esclusiva nell'organizzare gli uffici e nel gestirli; essi assumono rapporti di lavoro con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro: "Il dirigente pubblico è titolare in proprio, si potrebbe dire, a titolo originario o per una sorta di "delega ex lege ed istituzionale" del potere direttivo nei confronti dei dipendenti e che gli organi di vertice dell'amministrazione, la quale rimane pur sempre il datore di lavoro cui è imputato il rapporto ed è creditore della prestazione lavorativa, non hanno alcun potere o competenza necessaria ad assumere le determinazioni relative alla gestione degli uffici e all'impiego del personale"¹⁵².

Mentre il dirigente privato è un delegato dell'imprenditore attraverso un potere di rappresentanza (ai sensi dell'art. 2094 c.c. è tenuto a rispondere direttamente all'imprenditore o ad altro dirigente a ciò espressamente delegato), il dirigente pubblico si troverebbe non in posizione di *alter ego* ma di perfetta immedesimazione nei confronti del datore di lavoro.

¹⁵² P. TULLINI, *Responsabilità del dirigente pubblico e nuova comunicazione giuridica*, in *ADL*, 2003, pag. 96.

Come visto nel primo capitolo, il tradizionale indirizzo giurisprudenziale vede il dirigente privato come *l'alter ego* dell'imprenditore, preposto alla direzione dell'intera impresa o ad un settore importante ed autonomo di questa. Il dirigente pubblico gestisce il rapporto di lavoro in forza di una rappresentanza organica, quello privato in forza di una rappresentanza volontaria. Nel secondo caso il datore di lavoro può sempre riappropriarsi dei poteri di gestione dei rapporti di lavoro conferiti precedentemente ai propri dirigenti, mentre il dirigente pubblico ne è titolare esclusivo "sicché il soggetto politico o di vertice non può esercitare tali poteri senza inficiare la legittimità dei relativi atti"¹⁵³.

La legge Frattini (l. 145/2002) ha modificato ulteriormente la disciplina della dirigenza pubblica: alcuni hanno visto un'inversione di tendenza e una ripubblicizzazione del pubblico impiego. La legge ha apportato novità sugli obiettivi e sulla durata dell'incarico dirigenziale, ha stabilito nuovi parametri di valutazione della responsabilità dirigenziale e l'abolizione del ruolo unico, con il conseguente ripristino dei ruoli ministeriali. L'art. 19 stabilisce che il conferimento degli incarichi dirigenziali viene attuato tramite provvedimento dove vengano stabiliti "l'oggetto dell'incarico e gli obiettivi da conseguire, con riferimento alle priorità, ai piani e ai programmi definiti dall'organo di vertice nei propri atti di indirizzo e alle eventuali modifiche degli stessi che intervengano nel corso del rapporto, nonché la durata dell'incarico".

Da ultimo la riforma con il d. lgs. 27 ottobre 2009 n. 150 ha riscritto tutta la disciplina del lavoro pubblico, compresa la

¹⁵³ A. ZOPPOLI, *Dirigenza, contratto di lavoro, organizzazione*, Napoli, 2000, pag. 240.

dirigenza, allo scopo di rafforzarne il ruolo e le prerogative. È questo l'intento dichiarato del legislatore della riforma che, nell'art. 6 della l. n. 15, vuole rafforzare il principio di distinzione tra le funzioni di indirizzo e controllo spettanti agli organi di governo e le funzioni di gestione amministrativa spettanti al dirigente (co. 1), in particolare per affermarne "la piena autonomia e responsabilità, in qualità di soggetto che esercita i poteri del datore di lavoro pubblico, nella gestione delle risorse umane" (co. 2, *lett. a*). La PA, oltre ai requisiti previsti nel '90 di economicità, efficienza ed efficacia, si dota di un'altra caratteristica: la trasparenza. I dirigenti acquisiscono un ruolo di maggiore spessore all'interno della PA, con l'attribuzione di poteri effettivi e concreti, ma con responsabilità ampliate. La responsabilità dirigenziale è specifica ed aggiuntiva alle altre forme di responsabilità dei dipendenti pubblici, quali penale, civile, disciplinare e amministrativo-contabile. È una responsabilità che non guarda alla condotta posta in essere dal dipendente ma ai risultati ottenuti e comporta l'eventuale sostituzione del dirigente nel caso sia dimostrata la sua inidoneità. Una sentenza della Corte di Cassazione del 2007 aveva affermato che il dirigente pubblico che non raggiunge gli obiettivi previsti nel suo incarico, diversamente dal dirigente privato, non incorre necessariamente nel licenziamento ma, in base alla gravità del caso, può succedere l'impossibilità di rinnovo dell'incarico, la revoca dello stesso o il recesso dal rapporto di lavoro¹⁵⁴. Con la riforma del 2009, invece, sembrerebbe essere raggiunta una parificazione su questo aspetto tra il settore pubblico e quello privato.

¹⁵⁴ Cass., sezione lavoro, sentenza 1 febbraio 2007 n. 2233.

Altro problema rilevante è il problema della natura giuridica del provvedimento che conferisce l'incarico dirigenziale. La PA ha un elevato grado di discrezionalità nello scegliere i dirigenti, in virtù del legame fiduciario che caratterizza tale figura. In base all'art. 19 del d. lgs. n. 165 del 2001, modificato dalla legge n. 145 del 2002, l'oggetto, gli obiettivi da conseguire, la durata dell'incarico ed il trattamento economico non vengono più "definiti" da un contratto ma da un provvedimento. Successivamente avverrà la stipulazione del contratto che individuerà il trattamento economico.

Questa previsione di due momenti ha dato luogo ad un vivace dibattito dottrinale riguardo alla natura dell'atto di conferimento, creando due orientamenti, uno pubblicista e l'altro privatista. Secondo il primo, l'atto di conferimento degli incarichi dirigenziali sarebbero provvedimenti amministrativi, in quanto in essi è presente il potere autoritativo della Pubblica amministrazione. Al contrario, secondo l'orientamento privatista, tali atti sarebbero negoziali, posti in essere attraverso la capacità e i poteri del datore di lavoro privato, in quanto atti interni di organizzazione¹⁵⁵.

Il dato letterale dell'art. 63 comma 1 del d.lgs. n. 165 del 2001 sembrerebbe protendere verso la seconda tesi, devolvendo alla giurisdizione ordinaria le controversie in materia di conferimento e revoca degli incarichi dirigenziali. Inoltre, la stessa legge n. 145/2002 utilizza il termine provvedimento e non provvedimento amministrativo.

¹⁵⁵ Cass. civ. S. u., 7 novembre 2008, n. 26799.

Infine, si protende verso una soluzione privatistica della questione anche per l'art. 2, comma 1 del T.U. n. 165, che afferma la natura privatistica delle “determinazioni per l'organizzazione degli uffici e per la gestione dei rapporti di lavoro nell'ambito degli atti organizzativi di cui all'art. 2 comma 1” e cioè la natura privatistica degli atti di conferimento degli incarichi che operano nell'ambito dei modi di conferimento degli stessi¹⁵⁶. Si tratta di atti interni di organizzazione. La Corte di Cassazione ha ribadito la natura privatistica dell'atto di conferimento in esame¹⁵⁷.

Trattando della figura del dirigente non si può non parlare del rapporto fiduciario che si instaura tra quest'ultimo e il datore di lavoro, pubblico o privato che sia.

La separazione dei compiti, vista all'inizio di questo paragrafo, tra indirizzo spettante alla politica e gestione spettante ai dirigenti, non è prevista nel settore privato. Qui il dirigente collabora con l'imprenditore, il quale ha fiducia in lui. Ciò caratterizza la figura del dirigente all'interno dell'impresa rendendola peculiare e la differenzia dagli altri lavoratori. Il carattere fiduciario riveste un ruolo così importante all'interno del rapporto dirigente/imprenditore tale da giustificare, come si è visto, il licenziamento *ad nutum*, ove cessi di esistere.

Questo rapporto di fiducia è presente anche nel rapporto di interdipendenza tra il ruolo politico ed amministrativo. Tra l'autorità politica e la dirigenza amministrativa è necessaria, infatti, una stretta collaborazione: il personale politico non potrebbe realizzare il programma per cui è stato eletto senza

¹⁵⁶ G. GAROFANO, *La dirigenza pubblica rivisitata*, in *Rivista LPA*, 2002

¹⁵⁷ Cass. 20 marzo 2004, n. 5659.

un'amministrazione incentrata sui principi di efficacia, di efficienza e di economicità. Proprio per questo le riforme degli ultimi anni hanno avvicinato l'amministrazione pubblica a quella privata e, di conseguenza, si è "trapiantato" il rapporto di fiducia che lega il dirigente all'imprenditore anche nel settore pubblico.

Per il Consiglio di Stato la fiducia non può intendersi come "affinità di idee personali o politiche, o generica compatibilità o simpatia; ma devono consistere (...) nella ricerca di dati obiettivi, con riferimento alle probabilità di svolgimento ottimale di mansioni pubbliche"¹⁵⁸.

La maggiore responsabilità data ai dirigenti rispetto al passato ha reso sempre più forte tale rapporto e per molto tempo ha giustificato l'ipotesi di decadenza automatica dall'incarico dirigenziale nel caso di cambiamento del personale politico (art. 3 l. 15 luglio 2002 n. 145). Si tratta del c.d. *spoils system*, dato che la carica di dirigente attiene "più all'autonomia politica che alla semplice discrezionalità degli organi coinvolti, tanto da potersi parlare di rapporto fiduciario puro"¹⁵⁹.

Ma tale norma è stata sottoposta al vaglio della Corte Costituzionale per la violazione degli artt. 1, 2, 3, 4, 33, 35, 36, 41, 97, 98 e 113 Cost. La parte contestata era la previsione di uno *spoils system* degli incarichi dirigenziali di livello generale dopo 60 giorni dall'entrata del nuovo governo. La Corte ha così dichiarato l'illegittimità della norma per violazione degli artt. 97 e 98 Cost.¹⁶⁰: la norma violerebbe il principio di continuità e di buon andamento dell'azione amministrativa e sarebbe priva di un

¹⁵⁸ Cons. Stato, sez. IV, 14 luglio 1995, n. 562, in *Cons. Stato*, 1995, I, p. 1041 e 6 aprile 1993, n. 393, in *Foro amm.*, 1993, p. 672.

¹⁵⁹ G. FALCON, *Riforma della pubblica amministrazione e responsabilità della dirigenza*, 1998, pag. 1213

¹⁶⁰ Corte Cost. 23 marzo 2007, n. 103.

momento procedimentale di confronto dialettico tra le parti. Si è così definitivamente dichiarata incostituzionale la legge Frattini nella parte in cui prevedeva lo *spoils system una tantum* visto precedentemente, considerato contraddittorio se si assume, come prevede il Legislatore italiano, il modello della distinzione tra politica e amministrazione e il principio della continuità dell'azione amministrativa.

Ma il rapporto di fiducia non può non esistere per i dirigenti apicali. In questo caso, sempre per la Corte, è questo rapporto a prevalere sugli altri principi. Quindi, mentre la dirigenza generale è sottratta allo *spoils system*, l'alta dirigenza deve necessariamente godere della fiducia dell'organo politico, al pari dei dirigenti privati. Ciò è stato fatto proprio dal d. lgs n. 150 del 2009 che ha circoscritto ai soli dirigenti apicali l'istituto della cessazione automatica al decorso di 90 giorni dal voto di fiducia al Governo.

Da ultimo il problema dell'applicazione del licenziamento *ad nutum*, previsto nel settore privato, al settore pubblico. Si è visto che al dirigente privato apicale non si applicano le discipline previste dalla legge n. 604 del 1966 né la tutela reale prevista dall'art. 18 dello Statuto dei lavoratori e può essere licenziato con ampia discrezionalità dall'imprenditore ove cessi di esistere il rapporto di fiducia. Si è visto anche che i contratti collettivi hanno cercato di mitigare questa esigenza ad una maggiore protezione per i dirigenti: il dirigente e il datore di lavoro possono recedere in ogni momento dal rapporto di lavoro, ma se a provocare il recesso è l'imprenditore, quest'ultimo deve motivarlo e, ove sussistano i presupposti, al dirigente spetta una tutela risarcitoria.

Ci si domanda se al dirigente pubblico possa applicarsi il licenziamento *ad nutum*. L'art. 2, comma 2, D. Lgs. n. 165/2001 stabilisce l'applicabilità della disciplina privatistica di cui al capo I, titolo II del libro V del codice civile e delle leggi sui rapporti di lavoro dell'impresa, al lavoro pubblico "fatte salve le diverse disposizioni contenute nel presente decreto". Ciò potrebbe fare pensare che, al pari del dirigente privato apicale, anche per il licenziamento del dirigente pubblico ci sia la libera recedibilità.

A tal riguardo la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 313/1996, ha stabilito che "l'applicabilità al rapporto di lavoro dei dirigenti (pubblici) delle disposizioni del codice civile non comporta che la pubblica amministrazione possa recedere liberamente dal rapporto di lavoro, ma solo che la valutazione dell'idoneità professionale del dirigente è affidata a criteri e procedure di carattere oggettivo, ispirate a principi della pubblicità e del contraddittorio, solo a conclusione delle quali è possibile esercitare il recesso". Quindi la PA, pur non avendo un potere di revoca dell'incarico dirigenziale, dispone di un potere di valutazione sui dirigenti, potere di fatto accresciuto notevolmente a seguito della riforma Brunetta, e dopo le procedure, pubbliche e di contraddittorio, è possibile esercitare il recesso.

In seguito, la giurisprudenza, seguendo la tendenza diretta ad applicare le norme del diritto privato anche al settore pubblico (privatizzazione del pubblico impiego), ha previsto che per i dirigenti pubblici apicali sia applicabile tale forma di licenziamento solo qualora essi pongano in essere fatti e comportamenti, anche estranei alla prestazione lavorativa, di gravità tale da essere ostativi alla prosecuzione, sia pure

provvisoria, del rapporto. Deve essere stato minato, in altre parole, il rapporto di fiducia che caratterizza tale figura di lavoratore: deve essere, insomma, un licenziamento giustificato. E, al pari di quello privato, anche il dirigente pubblico deve essere messo in grado di difendersi; perciò deve essere considerato illegittimo il provvedimento di revoca dell'incarico dirigenziale adottato dall'amministrazione senza previa comunicazione di avvio del relativo procedimento ai sensi dell'art. 7, l. n. 241/90 e senza alcuna motivazione (art. 3). Il provvedimento di revoca può essere sospeso qualora il giudice accerti la violazione dei canoni di buon andamento e imparzialità¹⁶¹.

Più recentemente il Consiglio di Stato, sezione VI, con sentenza n. 9722/2002 riguardante il recesso *ad nutum* disposto dal C.N.R. nei confronti di un proprio dirigente, ha stabilito che il licenziamento *ad nutum* disciplinato dall'art. 2118 c.c., non può essere applicato in *toto* in quanto richiede una giustificazione, non essendo sufficiente la nuda manifestazione della volontà risolutoria. Inoltre, sul piano procedimentale, è necessaria la formale contestazione dell'addebito.

Questa differenziazione tra il dirigente privato e il dirigente pubblico è dovuta per il rapporto di fiducia, strettissimo nel primo caso (dirigente *alias alter ego* dell'imprenditore), e quindi il venire meno di questo giustifica il licenziamento da parte del datore di lavoro. Nel secondo caso, invece, anche se esistente tale rapporto non è l'unico e devono essere rispettati pure altri

¹⁶¹ Trib. Potenza 16/11/99, ordinanza n. 1931, est. Colucci, in *Lavoro nelle p.a.* 2001, pag. 230, con nota di SALOMONE, *L'obbligo di motivazione del provvedimento di revoca dell'incarico dirigenziale e la comunicazione di avvio del relativo procedimento.*

principi dell'azione amministrativa, come quello della continuità, imparzialità, legalità ed indipendenza.

CAPITOLO III

L'INSTITORE

SOMMARIO: 3.1.Introduzione. 3.2. La preposizione institoria. 3.3. Poteri e obblighi dell'institore. 3.4. La rappresentanza processuale dell'institore. 3.5. Responsabilità personale dell'institore.

3.1. Introduzione

La sezione III (Disposizioni particolari per le imprese commerciali) del codice civile disciplina una rappresentanza specifica, quella commerciale, che, a differenza di quella generale prevista dall'articolo 1387, attribuisce una rappresentanza commisurata alle mansioni svolte.

L'imprenditore nello svolgimento della sua attività si avvale quasi sempre dell'opera di altri soggetti, collaborazione spesso necessaria per realizzare quell'attività organizzata di cui all'art. 2082 c.c. Si tratta dei c.d. ausiliari interni o subordinati e ausiliari esterni o autonomi, a seconda se sono legati

all'imprenditore da un rapporto di lavoro subordinato o meno. Gli atti compiuti da questi soggetti sono direttamente imputabili all'imprenditore. Le figure disciplinate dal codice civile sono gli institori, i procuratori e i commessi, i cui poteri di rappresentanza non derivano da una procura, ma dal fatto stesso di svolgere certe mansioni. Essi possono concludere affari con terzi in nome e per conto dell'imprenditore, cioè agiscono in rappresentanza dell'imprenditore non per procura ma per naturale conseguenza dell'attribuzione del ruolo all'interno dell'impresa.

Infatti, mentre la disciplina generale della rappresentanza prevede una specifica dichiarazione di volontà dell'interessato, ossia la procura, e il terzo deve accertare la regolarità di questa, la rappresentanza commerciale prevista dall'art. 2203 non ha bisogno di alcuna procura e, data la posizione rivestita nell'azienda dagli institori, dai procuratori e dai commessi, essi possono automaticamente e naturalmente rappresentare l'imprenditore. Per modificare tali poteri l'imprenditore dovrà porre in essere un atto specifico.

Prima di addentrarsi sulla figura è opportuno fare una premessa sulle altre due figure di lavoratori all'interno dell'impresa: il procuratore e il commesso. In base all'art. 2209 c.c., "sono procuratori coloro che in base a un rapporto continuativo, abbiano il potere di compiere per l'imprenditore gli atti pertinenti all'esercizio dell'impresa, pur non essendo preposti ad esso".

Questa definizione ha posto in dottrina problemi di interpretazione circa la natura del rapporto continuativo e il consequenziale potere di rappresentanza.

Per Ferri i poteri di rappresentanza del procuratore non scaturiscono dalla sua posizione all'interno dell'impresa, non derivano "naturalmente", ma "nascono" in base ad uno specifico conferimento di poteri attuato dall'imprenditore e in base ad apposita procura.

Per un altro orientamento dottrinale, quello maggioritario (Buonocore, Campobasso), visto all'inizio del paragrafo, invece, non è necessaria alcuna procura; ai soggetti in questione è dato un potere di rappresentanza dell'imprenditore in modo "naturale" dovuto alle mansioni che ricoprono. In questo senso si parla di potere di rappresentanza *ex lege*. I procuratori si distinguono dagli institori solo per non essere preposti alla gestione dell'impresa o di un suo ramo, ma sono ausiliari con potere direttivo e, di conseguenza, hanno anche la rappresentanza dell'imprenditore per gli specifici incarichi che devono svolgere (esempi di procuratori sono il direttore del settore acquisti e quello del settore pubblicità). Inoltre, a differenza degli institori, non hanno la rappresentanza processuale dell'imprenditore, non sono soggetti agli obblighi che gravano sull'institore, alla tenuta delle scritture contabili e all'iscrizione nel registro delle imprese e non hanno la responsabilità speciale dell'institore nel caso in cui omettano di far conoscere al terzo la loro qualifica.

I commessi sono, in base alla definizione codicistica dell'art. 2210 c.c., gli "ausiliari subordinati dell'imprenditore che hanno un limitato potere di rappresentanza limitatamente agli atti necessari per svolgere le operazioni per le quali sono stati incaricati". Essi sono rappresentanti dell'imprenditore che hanno

dei poteri limitati: possono, di solito, concludere dei contratti di compravendita con il pubblico, ma non possono concedere sconti o dilazioni né esigere il prezzo delle merci e, se non espressamente incaricati, non possono derogare alle condizioni generali di contratto o alle clausole stampate sui moduli dell'impresa.

3.2. La preposizione institoria

Tra gli ausiliari dell'imprenditore l'institore, tanto in dottrina che in giurisprudenza, è chi ha maggiori poteri di rappresentanza e amministrazione dell'impresa, è l'*alter ego* dell'imprenditore, potendolo sostituire quasi totalmente nell'esercizio dell'impresa. A differenza di altri collaboratori che svolgono incarichi importanti ma saltuari, infatti, l'institore svolge la sua prestazione in maniera continuativa. La dottrina maggioritaria ha affermato che l'institore si caratterizza per il fatto che compie atti non fini a se stessi, ma collocati all'interno di una strategia volta al risultato finale. Egli è al vertice della gerarchia del personale in virtù di un atto di preposizione dell'imprenditore.

Per esserci preposizione institoria è necessario un rapporto continuativo, riscontrabile nel rapporto interno che vincola un ausiliario subordinato all'imprenditore¹⁶². La Suprema Corte, a tal proposito, ha affermato che la mera qualità di azionista di società di capitali non integra il rapporto continuativo previsto dall'art. 2209 c.c. Quest'ultimo "deve infatti consistere in un tipo contrattuale che configuri un obbligo di collaborazione di

¹⁶² A. GRAZIANI, *L'impresa e l'imprenditore*, Napoli, 1959, pag. 217.

carattere intellettuale che faccia da supporto alla collaborazione giuridica in cui si sostanzia la rappresentanza”¹⁶³.

La preposizione institoria è “la sostituzione volontaria dell’imprenditore nell’esercizio dell’impresa e la conseguente dissociazione da questo esercizio della responsabilità patrimoniale che ne deriva nei confronti dei terzi”¹⁶⁴. In base a tale assunto sarebbe impossibile considerare l’institore un normale lavoratore subordinato, in quanto gestisce l’impresa in piena autonomia. L’unico limite sono le direttive contenute nell’atto della preposizione stessa. Per parte della dottrina l’institore resta, comunque, un lavoratore subordinato perché è soggetto al potere di controllo del titolare dell’impresa¹⁶⁵; si afferma, infatti, che “la resistenza a sconfessare la qualifica del lavoratore subordinato dell’institore non poggia su alcun argomento logico, contraddice alla premessa che l’institore da solo dovrebbe esercitare l’impresa altrui, che, per esser stata a lui affidata la gestione dell’impresa, l’imprenditore ha dimesso ogni personale potere di iniziativa, ogni posizione, non solo di fatto ma anche di diritto, di supremazia”¹⁶⁶.

Ma la giurisprudenza più recente ha sconvolto questa impostazione: la preposizione institoria si sostanzia nel potere dato all’institore di agire nei confronti dei terzi in nome e per conto dell’imprenditore e riguarda i rapporti esterni, ossia quelli tra l’imprenditore ed i terzi, e non i rapporti interni, ossia tra l’imprenditore e l’institore. Di norma si tratta di lavoro

¹⁶³ Cass civ. 17 giugno 1982 n. 3679, in *GI*, 1982, I, 1, pag. 1676.

¹⁶⁴ G. FANELLI, *Per una rivalutazione della preposizione institoria*, in *Studi in onore di De Gregorio*, I, Città di Castello, 1955, pag. 470.

¹⁶⁵ Si veda A. GRAZIANI, op. cit., pag. 201.

¹⁶⁶ U. BELVISO, *L’institore*, Napoli, 1066, pag. 12.

subordinato, ma può seguire anche uno schema diverso, tipico o atipico e, ove segua uno schema diverso, non viene meno la natura del rapporto institorio prevista dalla legge¹⁶⁷. Il rapporto di lavoro gestorio può essere in posizione di subordinazione pur con ampi poteri di autonomia, o può essere ricondotto ad altre forme tipiche (es. rappresentanza, agenzia) o anche autonomo, non considerato più incompatibile con la preposizione institoria. Ci si domanda, allora, come fare a stabilire se il rapporto di lavoro instaurato tra l'imprenditore e l'istitore sia di natura subordinata o meno. La Suprema Corte ha risposto che, per determinare quale sia la natura del rapporto in questione, occorre basarsi sulla concreta organizzazione tecnica dell'impresa, sui suoi elementi oggettivi e soggettivi e sugli oneri di spesa assunti dall'istitore nel complesso organizzativo, piuttosto che sull'ampiezza degli affari svolti dallo stesso (l'ampiezza potrebbe essere causa, infatti, non di autonomia lavorativa, ma di dimensioni dell'impresa)¹⁶⁸.

L'art. 2203 c.c. definisce l'istitore come il rappresentante generale dell'imprenditore preposto all'esercizio dell'impresa commerciale o di un suo ramo. Il testo fornisce una definizione sintetica e apparentemente chiara perché il codice ammette l'istitore solo per le imprese commerciali, escludendo di fatto le imprese agricole. Sono sorte, quindi, questioni circa l'applicabilità o meno di tale figura a queste ultime. La vecchia figura del fattore di campagna dimostra che anche per l'attività agricola l'imprenditore ha bisogno di ausiliari dotati di poteri di rappresentanza. E parte della dottrina ha affermato che

¹⁶⁷ Si vedano Cass. 23 novembre 1996, n. 10386; Cass. civ. sez. lav. 27 febbraio 2003, n. 3022.

¹⁶⁸ Cass. Civ. 3 febbraio 1978, n. 508, in *GI*, 1978 pag. 988.

dall'autonomia privata discende la facoltà di attribuire poteri di rappresentanza ad altri soggetti nell'esercizio dell'attività d'impresa. Si è fatta strada l'idea che le norme della rappresentanza commerciale si possano applicare anche all'impresa agraria. Questo orientamento, nonostante il dato letterale degli artt. 2203-2213 c.c., è rafforzato dal concetto di unitarietà dell'impresa che si considera propria del codice civile¹⁶⁹. La dottrina si è divisa tra i due orientamenti: da una parte¹⁷⁰ l'imprenditore agricolo non può conferire ai propri ausiliari i poteri di rappresentanza previsti dall'art. 2203 c.c. e, quindi, nell'impresa agricola può esistere solo la rappresentanza generale, dall'altra parte¹⁷¹ c'è chi ammette la diretta applicabilità della figura dell'istitutore all'impresa agricola, in quanto le norme dettate dal codice sembrano adattarsi più al carattere imprenditoriale che alla natura dell'attività dell'impresa; inoltre, sarebbero frutto “più che effetto di una volontà normativa, effetto della difettosa sistematica del legislatore e di inerzia”¹⁷² e di una “non adeguata valutazione dei fenomeni giuridici”¹⁷³.

Per molti i dubbi descritti sembrerebbero essere stati risolti dal d. lgs. 18 maggio 2001 n. 228, il cui art. 2 così recita: “L'iscrizione degli imprenditori agricoli, dei coltivatori diretti e delle società semplici esercenti attività agricola nella sezione speciale del registro delle imprese di cui agli artt. 2188 e ss., oltre alle funzioni di certificazione anagrafica ed a quelle previste

¹⁶⁹ W. BIGIAMI, *Società occulta e imprenditore occulto*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.* 1949, pag. 23 e ss.

¹⁷⁰ Si veda M. FOSCHINI, *In tema di statuto speciale dell'imprenditore commerciale*, in *Rivista del diritto commerciale e del dir. generale delle obbligazioni*, Padova, Settembre-Ottobre 1967, I., pag. 359 ss.

¹⁷¹ U. BELVISO, *L'istitutore*, Napoli, 1966, pag. 301 e ss.

¹⁷² G. OPPO, *Materia agricola e “forma” commerciale*, in *Scritti in onore di F. Carnelutti*, III, Padova, 1950; e ora in *Diritto dell'impresa. Scritti giuridici*, I, Padova, 1992, pag. 136.

¹⁷³ U. BELVISO, op. cit. pag. 301.

dalle leggi speciali, ha l'efficacia di cui all'art. 2193". Ciò comporterebbe che anche per l'impresa agricola vale la disciplina della rappresentanza commerciale, in virtù dell'efficacia dichiarativa dell'iscrizione.

Nell'introduzione si è parlato dei dubbi circa la necessità o meno di un atto di procura per potere esserci rappresentanza institoria. Ebbene, nonostante l'orientamento giurisprudenziale sia univoco nell'affermare che non è necessaria alcuna procura¹⁷⁴, in dottrina non si è riusciti a trovare un accordo a tal proposito. L'orientamento maggioritario sostiene comunque la soluzione data in sede giurisprudenziale.

Oggetto di dibattito è stata anche l'applicabilità o meno alla preposizione institoria dell'art. 1392 c.c., a norma del quale la procura non ha effetto se non è conferita con le forme prescritte per il contratto che il rappresentante deve concludere. Il problema ha soluzioni diverse a seconda che si consideri come fonte dei poteri rappresentativi il negozio di procura o la legge. Nel primo caso la preposizione institoria deve seguire le stesse norme della procura ordinaria; nel secondo, invece, poiché i poteri rappresentativi esistono in virtù di una particolare posizione nell'organizzazione dell'impresa, non sussisterebbe alcuna particolare forma specifica.

Dottrina e giurisprudenza hanno affermato per lungo tempo che alla preposizione institoria è applicabile l'art. 1392 c.c.. Ciò fa presupporre che dall'inosservanza della regola deriverebbe l'esclusione dei poteri conferiti all'institore. Ma alcuni autori¹⁷⁵,

¹⁷⁴ Si vedano, ad esempio, Cass. civ. sez. lav. 27 febbraio 2003, n. 3022; Cass. civ. 18 ottobre 1991 n. 11039; o Cass. civ. 28 giugno 1963, n. 1775.

¹⁷⁵ U. BELVISO, op. cit. pag. 354 e ss.

basandosi sull'art. 77 c.p.c., a norma del quale la rappresentanza processuale “si presume”, anche se la presunzione non è assoluta, attribuita all'istitutore, hanno affermato che anche l'art. 2203 c.c. presume la libertà della forma. I dubbi, comunque, sono stati risolti dalla Suprema Corte che, orientata sul concetto di preposizione institoria *ex lege*, ha affermato che non è necessaria alcuna forma solenne¹⁷⁶.

La preposizione institoria implica la presunzione che l'istitutore agisca in nome dell'imprenditore per tutti gli affari inerenti all'esercizio dell'impresa, con la conseguenza che, entro tali limiti, il preponente resti obbligato in solido con l'istitutore anche se non è stato espressamente speso il suo nome¹⁷⁷.

Ciò che caratterizza la preposizione institoria è l'ampiezza dei poteri rappresentativi dati all'istitutore; in essa vi è insita la volontà del datore di lavoro di delegare al preposto i propri poteri di gestione, a norma dell'art. 2203, su una sede o un ramo dell'azienda, ossia su un'unità organica dell'impresa. Questo è stato in passato più volte ribadito dalla Suprema Corte: la preposizione institoria “è presente in via assoluta nell'ipotesi di preposizione ad una sede o alla direzione ed esercizio di un ramo particolare dell'impresa”¹⁷⁸. Tuttavia, questa impostazione è stata rivista e in una sentenza molto recente è stato affermato che la preposizione institoria non necessariamente deve riguardare una sede secondaria o un ramo d'impresa, essendo l'istitutore definito dalla legge come il preposto dall'imprenditore all'esercizio di un'impresa, salva la facoltà del titolare di limitare l'ambito

¹⁷⁶ Cass. civ. 9 aprile 1969, n. 1120.

¹⁷⁷ Cass. civ. 5 novembre 1966 n. 2731.

¹⁷⁸ Si veda Cass. civ. Sez. II 19 aprile 1993 n. 2020 e Cass. civ. 11 febbraio 1977, n. 623.

oggettivo di tale preposizione¹⁷⁹. Pertanto, non si può parlare di preposizione institoria di singoli uffici (es. uffici vendite) anche se dotati di una certa autonomia operativa. L'addetto alle vendite, infatti, deve rendere conto alla direzione amministrativa dell'impresa del suo operato e, pertanto, non si collocherebbe al vertice di essa¹⁸⁰. La Corte di Appello di Milano, in una sentenza del 1993, ha infine collocato il condirettore di filiale nella figura del procuratore, e non dell'institore¹⁸¹.

L'art. 2206 c.c. statuisce la pubblicità della procura: “La procura con sottoscrizione del preponente autenticata deve essere depositata per l'iscrizione presso il competente ufficio del registro delle imprese. In mancanza dell'iscrizione, la rappresentanza si reputa generale e le limitazioni di essa non sono opponibili ai terzi, se non si prova che questi le conoscevano al momento della conclusione dell'affare”. La norma d'uso è molto importante perché si riferisce al *falsus procurator* e alla tutela dei terzi che abbiano concluso affari con lui.

Dal coordinamento di questa norma con l'art. 2196 c.c. in cui si stabilisce che per l'iscrizione dell'impresa, tra le altre cose, l'imprenditore deve, entro 30 giorni, indicare il cognome e il nome degli institori, si è supposto che la pubblicità della procura institoria può aversi sia attraverso l'iscrizione dell'atto di conferimento della rappresentanza previsto dall'art. 2206 c.c., sia attraverso l'iscrizione dell'atto di inizio d'impresa previsto dall'art. 2196 c.c..

¹⁷⁹ Cass. civ., sez. I, 24 luglio 2007, n. 16392.

¹⁸⁰ Cass. civ. 11 febbraio 1977 n. 623.

¹⁸¹ App. Milano 25 giugno 1993, BBTC, 1995, II, pag. 35.

L'iscrizione della procura ha efficacia dichiarativa. La mancata registrazione non pone problemi di invalidità della stessa, ma solo di opponibilità delle eventuali limitazioni in essa contenute. In realtà la procura, come è stato detto, non è necessaria per esserci un potere rappresentativo in capo all'istitutore. E, nonostante il legislatore più volte faccia menzione a tale istituto, solo per il semplice fatto che l'istitutore è collocato in una determinata posizione all'interno dell'impresa, esiste “un potere generale di rappresentanza, commisurato alle mansioni che gli sono affidate, e che possono consistere nella gestione di un ramo particolare o di una sede secondaria dell'impresa, fino a giungere all'esercizio dell'impresa nella sua interezza, in sostituzione del preponente”¹⁸².

Qualora l'imprenditore abbia posto delle limitazioni al potere dell'istitutore, ma non abbia iscritto la procura, per poterle opporre ai terzi deve dimostrare che questi ultimi conoscevano al momento della conclusione dell'affare le limitazioni stesse. E “i terzi che abbiano effettuato il pagamento ad un *falsus procurator* senza premurarsi di verificare l'identità, regolarmente pubblicizzata, dell'istitutore di una società, non potranno invocare il principio dell'apparenza, salva l'ipotesi in cui siano stati gli stessi organi della società, con il loro comportamento, a creare nei terzi l'affidamento nell'esistenza di poteri rappresentativi anche in difformità rispetto al contenuto della pubblicità legale”¹⁸³. Recentemente la Suprema Corte ha stabilito che, per invocare i principi dell'apparenza del diritto, non è sufficiente la mancanza di buona fede del terzo: è necessario anche un

¹⁸² Cass. civ., sez. lav., 13 settembre 1997, in *G.C.*, 1998, I, pag. 771.

¹⁸³ Cass. civ. 16 dicembre 1968, n. 3998, in *BB*, 1969, 2, pag. 377.

comportamento colposo da parte del *falsus procurator* che abbia fatto pensare al terzo contraente che in lui ci potesse essere legalmente il potere di rappresentanza. Allora, per potere invocare il principio dell'apparenza del diritto è necessaria la presenza due elementi: “uno relativo al soggetto che ha fatto affidamento su tale apparenza, dovendo il terzo versare in presenza di elementi obiettivi atti a giustificare la sua opinione che la situazione apparente sia conforme a quella reale, e l'altro consistente in un comportamento, quanto meno colposo, del rappresentato, il quale deve aver posto in essere una situazione tale da far presumere la volontà di conferire ad un soggetto il potere di rappresentanza in concreto esercitato”¹⁸⁴.

È l'imprenditore, in primo luogo, a dovere adempiere all'obbligo di pubblicità della procura, a norma dell'art. 2196 c.c.. Lo stesso vi è tenuto anche quando la procura non è stata conferita da lui personalmente, ma da un rappresentante volontario. Se quest'ultimo è un institore, a norma dell'art. 2205 c.c., è tenuto all'osservanza dell'obbligo pubblicitario da quando inizia di fatto l'esercizio d'impresa.

Infine, mentre l'art. 2206 c.c. si preoccupa di stabilire la pubblicità della procura originaria, l'art. 2207 c.c. disciplina le limitazioni successive e la revoca della procura. È stato più volte affermato in dottrina che, nonostante il legislatore usi il termine “revoca della procura”, in realtà non è ammissibile la revoca della sola rappresentanza ma è necessaria piuttosto quella della preposizione institoria¹⁸⁵. Anche la revoca, per essere valida nei confronti dei terzi, deve essere iscritta nel registro delle imprese.

¹⁸⁴ Cass. civ. Sez. II, 8 febbraio 2007, n. 2725.

¹⁸⁵ È questa la posizione, tra gli altri, di GALGANO, NIGRO e CAMPOBASSO.

Se questa manca, non è sufficiente la mera spedizione di una lettera circolare che comunichi la limitazione o la revoca dei poteri dell'instatore per poterli opporre al terzo, a meno che non si dimostri che questi abbia ricevuto la lettera¹⁸⁶.

L'ipotesi base, ma ormai rara, prevede nel rapporto institorio due parti: l'imprenditore e il soggetto preposto all'esercizio dell'impresa commerciale. Oltre a questa ipotesi, che non ha suscitato dubbi in dottrina e in giurisprudenza, si verifica più spesso nella realtà quella dell'imprenditore collettivo (tra gli altri, società, enti pubblici e associazioni). Questa figura ha suscitato dubbi circa la sua capacità ad essere titolare di un rapporto di preposizione institoria anche per le diverse discipline che regolano le varie categorie di imprenditori collettivi. Il problema è se applicare o meno all'imprenditore collettivo le regole stabilite dal codice che, come tutte le altre norme in tema d'impresa, risultano dettate avendo presente la figura dell'imprenditore individuale¹⁸⁷, perché trattasi della figura più semplice. Ma la questione sembra di facile soluzione se si fa riferimento ad articoli del codice civile che presuppongono l'esistenza della preposizione institoria nelle società: ad esempio, l'art. 2999 c.c. prevede, per le società in nome collettivo, rappresentanti preposti ad una sede secondaria della società. A rigor di logica, perciò, "non vi può essere dubbio che alla c.d. rappresentanza organica della quale è previsione nel diritto di società, possa aggiungersi la c.d. rappresentanza ausiliaria, della quale è previsione nel diritto di impresa"¹⁸⁸. Inoltre, l'esistenza di

¹⁸⁶ Così Cass. Civ. 27 maggio 1975, n. 2144, in AC, 1976, pag. 728.

¹⁸⁷ U. BELVISO, op. cit. pag. 214.

¹⁸⁸ U. BELVISO, op. cit. pag. 218.

articoli che ammettono gli institori all'interno delle società fa cadere ogni dubbio sul fatto che nel diritto di società è presente la "rappresentanza sociale", propria di soggetti che rivestono determinate cariche all'interno dell'organizzazione sociale. Ma, mentre la presenza di tali soggetti è condizione *sine qua non* per l'esistenza della società stessa, la presenza degli institori è facoltativa, aggiuntiva e non sostitutiva ai primi.

3.4. Poteri e obblighi dell'institore

I poteri e gli obblighi dell'institore sono disciplinati rispettivamente dagli artt. 2204 e 2205 c.c.

Secondo quanto disposto dall'art. 2204 c.c.: "L'institore può compiere tutti gli atti pertinenti all'esercizio dell'impresa a cui è preposto, salve le limitazioni contenute nella procura. Tuttavia non può alienare o ipotecare i beni immobili del proponente, se non è stato a ciò espressamente autorizzato. L'institore può stare in giudizio in nome del proponente per le obbligazioni dipendenti da atti compiuti nell'esercizio dell'impresa a cui è preposto".

L'institore è investito del potere di compiere tutti gli atti, necessari, strumentali o funzionali che sono attinenti all'esercizio dell'impresa. I poteri dell'institore sono quindi molto ampi e derivano dalla preposizione institoria, che, tuttavia, per certe categorie di atti, da sola non è sufficiente; l'institore non può alienare o ipotecare i beni immobili se non è stato espressamente autorizzato dal titolare. Da questo si desume che l'institore può porre in essere tutti gli atti concernenti l'attività e la vita dell'impresa ma non quelli che riguardano la cessazione o

l'alienazione della stessa. In particolare, l'istituto non può compiere atti che non siano in generale suscettibili di rappresentanza, che non siano pertinenti all'attività di impresa o che siano stati esclusi dalla legge. L'istituto non può, ad esempio, compiere gli atti cc. dd. personalissimi in nome dell'imprenditore, anche perché in genere non hanno contenuto patrimoniale e non rientrano negli atti da esercitare al fine dell'esercizio dell'impresa. Gli atti non pertinenti all'esercizio dell'impresa sono “gli atti che, pur riguardando l'impresa, e la particolare impresa alla quale l'istituto sia preposto, tuttavia contraddicono il suo esercizio, ponendosi piuttosto come atti destinati alla cessazione dell'impresa, o comunque a ciò oggettivamente idonei”¹⁸⁹. Esempio di questi atti sono la cessione, l'affitto o la costituzione di usufrutto sull'azienda. C'è chi ritiene che l'istituto, per affrontare una situazione di emergenza, può affittare l'azienda¹⁹⁰, ma altri affermano che neanche per gravi necessità tale potere possa appartenere all'istituto, in quanto la valutazione dell'opportunità non appartiene a lui, ma all'imprenditore¹⁹¹.

La legge esclude alcuni tipi di atti che, seppur inerenti all'attività d'impresa, devono essere compiuti dall'imprenditore a meno che questi non autorizzi personalmente l'istituto. L'art. 2204 c.c. così recita: “(L'istituto) tuttavia non può alienare o ipotecare i beni immobili del preponente, se non è stato a ciò espressamente autorizzato”. Questa esclusione è stata giustificata dal fatto che questi atti, tra tutti gli inerenti all'esercizio dell'impresa, sono i più pericolosi. Per questo in dottrina si è

¹⁸⁹ U. BELVISO, op. cit. pag. 341.

¹⁹⁰ M. CASANOVA, *Le imprese commerciali*, Torino, 1955, pag. 263 e ss.

¹⁹¹ U. BELVISO, op. cit. pag. 342.

affermato che l'istituto, sempre in base allo stesso principio, non può compiere atti di straordinaria amministrazione. Un'eccezione alla seconda parte del primo comma dell'art. 2204 c.c. si ha nel caso in cui l'oggetto dell'attività d'impresa sia costituito dal commercio di immobili: in questo caso il compiere atto di disposizione di tali beni è insito nell'esercizio dell'attività d'impresa.

Come si è visto nel paragrafo precedente, questi poteri derivano dalla preposizione institoria, sono insiti nella figura dell'istituto per il solo fatto di "chiamarsi" istituto, non essendo necessario alcun adempimento formale. L'atto di procura è necessario solo per modificare il contenuto legale della figura.

Il secondo comma dell'art. 2204 c.c., riguardante la rappresentanza processuale dell'istituto, sarà studiato nel prossimo paragrafo. Adesso è bene soffermarsi sulla rappresentanza sostanziale dell'istituto.

L'istituto non "elimina" i poteri di direzione del datore di lavoro, ma si affianca soprattutto se non gli sono stati conferiti esplicitamente e in via esclusiva; si è in presenza di due posizioni di garanzia. Tra i poteri dell'istituto vi è quello del licenziamento dei lavoratori subordinati. Tuttavia, nominando un istituto, l'imprenditore non si priva del potere di provvedere anche personalmente al licenziamento¹⁹².

A norma dell'art. 2205 c.c.: "Per le imprese o le sedi secondarie alle quali è preposto, l'istituto è tenuto, insieme con l'imprenditore all'osservanza delle disposizioni riguardanti l'iscrizione nel registro delle imprese e la tenuta delle scritture

¹⁹² Cass. Civ., Sez. Lav. 27 febbraio 2003 n. 3022.

contabili”. La norma non tratta il caso in cui l’istitore sia preposto ad un ramo particolare dell’impresa. Ciò ha fatto pensare ad alcuni autori che questa omissione non sia casuale, ma sia la scelta del legislatore di volere estendere all’istitore gli obblighi propri dell’imprenditore solo nel caso in cui sia preposto all’impresa nel suo complesso o ad una sua sede secondaria¹⁹³.

L’istitore ha una duplice categoria di obblighi: quelli da assumere congiuntamente con il datore di lavoro e quelli da assumere personalmente. Gli obblighi cui l’istitore è tenuto personalmente e congiuntamente con l’imprenditore sono l’iscrizione nel registro delle imprese e la tenuta delle scritture contabili. In caso di fallimento anche l’istitore si vedrà applicare le sanzioni penali a carico del fallito, sebbene solo l’imprenditore possa essere dichiarato fallito ed esposto agli effetti personali e patrimoniali del fallimento. Come è stato affermato, essere l’*alter ego* dell’imprenditore comporta per l’istitore la responsabilità per i mancati adempimenti previsti dalle leggi tributarie¹⁹⁴.

L’obbligo cui l’istitore è tenuto personalmente è invece la *contemplatio domini* (spendita del nome dell’imprenditore). Se non adempie a quest’obbligo può diventare obbligato solidale con l’imprenditore per l’obbligazione cui si è impegnato con il terzo. Diverse sentenze hanno comunque mitigato quest’obbligo, affermando che non si applica se l’istitore tratta nei locali della propria impresa, poiché in questi casi è chiaro che sta trattando di affari che hanno a che fare con l’attività dell’impresa.

¹⁹³ Tra gli altri, DI PAOLO, DE SEMO e BELVISO.

¹⁹⁴ Cass. pen. Sez. V. 1 luglio 1992, in GI, 1994, II, pag. 118.

3.4. La rappresentanza processuale dell'institore

I poteri di rappresentanza sono alla base dell'esercizio dei compiti affidati all'institore. Proprio per questo ruolo fondamentale che essi assolvono sono estesi anche ai c.d. ausiliari atipici, cioè a quei soggetti non menzionati dal codice, diversi dagli institori, dai procuratori e dai commessi.

La rappresentanza processuale è prevista al secondo comma dell'art. 2204 c.c. per i giudizi relativi ad obbligazioni dipendenti da atti compiuti nell'esercizio dell'impresa cui l'institore è preposto e ha carattere generale. Ciò implica che l'institore può agire e resistere in giudizio nell'interesse dell'imprenditore sia nei procedimenti di cognizione che in quelli di esecuzione forzata¹⁹⁵.

L'institore può rappresentare processualmente l'imprenditore solo per i giudizi relativi ad "obbligazioni": il codice non ammette tale rappresentanza per i giudizi relativi a diritti reali. Questa limitazione è mitigata dall'art. 77 c.p.c. che ammette la rappresentanza processuale per gli atti urgenti e le misure cautelari. Per "obbligazioni dipendenti da atti compiuti nell'esercizio dell'impresa" bisogna intendere sia le obbligazioni *ex contractu* o da atti leciti di natura non contrattuale che quelle *ex delicto*.

Sono stati sollevati dubbi sull'ampiezza della rappresentanza processuale dell'institore e precisamente se questa riguardi i giudizi relativi ad obbligazioni inerenti ad atti da lui compiuti o se valga anche per i giudizi relativi ad obbligazioni dipendenti da atti da chiunque compiuti. La dottrina

¹⁹⁵ Cass. Civ. 2 agosto 1965, n. 1863, in *GI*, 1965, pag. 1301.

maggioritaria protende verso questo secondo orientamento perché “altrimenti si dovrebbe ammettere che l’istitore, rispetto ai terzi *alter ego* dell’imprenditore, non possa nemmeno esigere (giudizialmente) il prezzo di una modestissima fornitura di merci, quando non egli, ma un commesso da lui dipendente, abbia provveduto alla vendita”¹⁹⁶.

La rappresentanza processuale è insita nella figura dell’istitore, con la conseguenza che, per la sua sussistenza, non occorre affatto un’espressa enunciazione nella procura, mentre occorre un’espressa esclusione per poterla negare¹⁹⁷.

La rappresentanza processuale, ai sensi dell’art. 77 c.p.c. non può essere conferita disgiuntamente dalla rappresentanza sostanziale per lo stesso rapporto dedotto in giudizio.

Sulla rappresentanza processuale dell’istitore la dottrina non ha opinioni omogenee. Una parte afferma che essa sarebbe assolutamente inderogabile perché risponde ad esigenze di ordine pubblico, soprattutto a tutela dei terzi¹⁹⁸. Per altri autori, invece, si avrebbe inderogabilità solo per la legittimazione passiva mentre per quella attiva è facoltà dell’imprenditore concederla o meno all’istitore¹⁹⁹. Per altri autori, sarebbero derogabili liberamente sia la legittimazione attiva che quella passiva (Belviso e Campobasso). In giurisprudenza si è comunque affermato che non può essere conferita la rappresentanza processuale ad un soggetto che non è munito anche di poteri di rappresentanza sostanziale relativamente ai rapporti dedotti in

¹⁹⁶ U. BELVISO, op. cit. pag. 350.

¹⁹⁷ Cass. civ. sez. lav. 8 giugno 1999, n. 5643, in *NGL*, 1999.

¹⁹⁸ Si veda DE SEMO, voce *Istitore*, in *Novissimo dig., it.*, VIII, Torino, 1962.

¹⁹⁹ Si veda D. CORAPI, *La rappresentanza commerciale*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ.*, diretto da GALGANO, III, Padova, 1979, pag. 322 e ss.

giudizio: “Il legale rappresentante di una società di capitali può ritenersi abilitato a conferire ad altre persone fisiche il potere di rappresentare la società in giudizio se le stesse siano munite anche di poteri di rappresentanza sostanziale di carattere generale o inerenti a un organico campo di interessi, come nel caso della rappresentanza institoria, peraltro configurabile anche riguardo al dirigente preposto ad un complesso di rapporti caratterizzati dall’elemento comune di costituire oggetto di controversia”²⁰⁰. E ancora: “Il potere di rappresentanza processuale, con la relativa facoltà di nomina dei difensori, può essere conferito solo a colui che sia investito anche di un potere rappresentativo di natura sostanziale in ordine al rapporto in giudizio”²⁰¹, cosicché il legale rappresentante di una società di capitali non conferisce una rappresentanza processuale ad un altro soggetto valida se questa non è unita ad una rappresentanza sostanziale.

3.5. Responsabilità personale dell’istitore

A norma dell’art. 2208 c.c. “L’istitore è personalmente obbligato se omette di far conoscere al terzo che egli tratta per il preponente: tuttavia il terzo può agire anche contro il preponente per gli atti compiuti dall’istitore, che siano pertinenti all’esercizio dell’impresa a cui è preposto”. Questo articolo trova la sua ragione d’esistere nella considerazione che l’istitore è l’*alter ego* dell’imprenditore, per cui l’istitore è personalmente responsabile degli atti compiuti nel caso in cui non manifesti di agire per il preponente, mentre sarà responsabile in solido con

²⁰⁰ Cass. civ. sez. lav. 8 gennaio 2002, n. 128.

²⁰¹ Cas. Civ. sez. u. 8 maggio 1998 n. 4666

l'imprenditore nel caso in cui l'atto da lui compiuto è attinente all'esercizio dell'impresa. In quest'ultimo caso il preponente non potrà godere del beneficio dell'escussione, nulla essendo previsto dalla legge in tal senso²⁰². È stato però affermato che la responsabilità personale dell'istitutore nei rapporti contrattuali con i terzi sussiste solo nel caso in cui "abbia tenuto un comportamento commissivo ed omissivo idoneo ad ingenerare nella controparte il convincimento che egli fosse l'effettivo titolare del costituendo rapporto giuridico"²⁰³.

Per Campobasso tale articolo ha carattere eccezionale nella parte in cui stabilisce la responsabilità del preponente il cui nome non sia stato speso, in quanto costituirebbe una deroga al principio generale di imputazione degli atti costituito dalla spendita del nome. Nigro, Ferri e Galgano, invece, sostengono che non c'è carattere eccezionale nella norma in esame, ma che essa è una naturale conseguenza del comportamento sempre riferibile all'imprenditore dell'istitutore: è la c.d. *contemplatio domini* presunta o implicita.

La responsabilità solidale tra imprenditore e istitutore si ha quando il terzo non è in grado di individuare il *dominus* reale dell'affare.

Parte della dottrina vede nella norma *de quo* una sanzione del comportamento omissivo dell'istitutore: solo in questo modo si potrebbe giustificare la responsabilità personale dell'istitutore che, pur avendo omesso di comunicare il nome dell'imprenditore, non ha comunque speso il proprio, e, in base alla regola generale, non dovrebbe dunque essere personalmente

²⁰² Cass. civ. 16 luglio 1962 n. 1889.

²⁰³ App. Firenze, 26 novembre 1965, in *GIT*, 1996, pag. 568.

obbligato²⁰⁴. Di opposto orientamento è chi sostiene che la *ratio* dell'art. 2208 si troverebbe nell'esigenza di tutelare i terzi contraenti.

²⁰⁴ Si veda DE SEMO, op. cit. pag. 797.

CONCLUSIONI

Institori, dirigenti, amministratori delegati, direttori generali. Oggi all'interno delle grandi imprese esistono e coesistono così tante figure di lavoratori apicali da rendere difficile tracciarne una linea di demarcazione netta.

È noto che la s.p.a. ha una struttura organizzativa tipicizzata dal legislatore. Ciò non consente di "inventare" organi diversi da quelli previsti dalla legge aventi le stesse funzioni. Un organo facoltativo è l'amministratore delegato, in genere rappresentante istituzionale che gode di un potere rappresentativo generale. È lo statuto che può prevedere per questa categoria di lavoratore la rappresentanza societaria. Se invece non prevede nulla in tal senso, la rappresentanza può essergli delegata dal Consiglio.

Si è visto che anche all'institore, preposto dal titolare all'esercizio dell'impresa o di una sede o di un ramo di essa, spetta la rappresentanza generale. Quindi la sua figura è simile all'amministratore delegato, ma egli resta, pur sempre, un collaboratore dell'organo amministrativo e la rappresentanza è implicita nella sua stessa figura: è institore e, dunque, rappresentante dell'imprenditore negli affari connessi all'esercizio

dell'impresa a cui è preposto. Il legislatore menziona esplicitamente l'istitutore di società, togliendo ogni dubbio sull'impossibilità di tale figura nell'impresa per l'esistenza di un altro tipo di rappresentanza, quella sociale, affidata a soggetti che rivestono determinate cariche all'interno dell'impresa.

Ci si domanda, a questo punto, se il rappresentante necessario di una s.p.a. possa conferire una procura institoria ad un soggetto. L'art. 105 dell'abrogato codice di commercio prevedeva che "Il socio che ha la firma sociale non può trasmetterla o cederla, se non ne ha la facoltà del contratto. Se a questo divieto contravviene l'obbligazione contratta dal sostituto rimane a carico di questo e del suo mandante, e la società non è obbligata rispetto al sostituto che sino alla somma degli utili conseguiti". La dottrina era divisa tra chi attribuiva a tale norma l'impossibilità di trasmettere ad altri la rappresentanza (in deroga al diritto generale del mandatario di farsi sostituire entro certi limiti) e chi invece sosteneva che l'amministratore potesse conferire rappresentanza se era autorizzato dall'atto costitutivo.

La norma *de quo* non esiste più, perciò è irrilevante prendere una posizione in merito: la dottrina oggi attribuisce il potere di nominare un istitutore all'amministratore fornito di rappresentanza della società, anche quando l'atto costitutivo nulla dispone in tal senso.

La dottrina ha constatato²⁰⁵ che i poteri di rappresentanza degli amministratori disciplinati dagli artt. 2266, comma 2° ("In mancanza di diversa disposizione del contratto, la rappresentanza spetta a ciascun socio amministratore e si estende a tutti gli atti

²⁰⁵ G. MINERVINI, *Rappresentanza sociale e rappresentanza institoria*, in *Mass. Giur. lav.*, 1962, pag. 256.

che rientrano nell'oggetto sociale”), e 2298 c.c. (“L’amministratore che ha la rappresentanza della società può compiere tutti gli atti che rientrano nell’oggetto sociale, salve le limitazioni che risultano dall’atto costitutivo o dalla procura”) sono più ampi di quelli attribuiti agli institori (l’art. 2204 c.c. prevede che l’institore non può alienare o ipotecare i beni immobili del preponente se non è stato a ciò espressamente autorizzato).

In particolare, nelle società di persone, l’amministratore è il soggetto a cui è attribuito il potere di direzione dell’impresa: “Non si tarda a comprendere perché i limiti legislativi ai poteri di rappresentanza dell’institore non siano stati riprodotti per l’amministratore: sottratto alle direttive dei soci, quest’ultimo è in ogni caso esonerato dal dover richiedere loro autorizzazioni di sorta”²⁰⁶.

Le norme sulla rappresentanza dell’amministratore di società personali sono ben diverse da quelle dettate per l’institore: le prime contengono una responsabilità personale degli amministratori, le seconde non prevedono una responsabilità personale dell’institore. Questa differenziazione è stata giustificata dal fatto che, a differenza di quella dell’institore, la responsabilità dell’amministratore è la stessa di quella dell’imprenditore. L’esistenza di un institore non socio della società non fa cessare i poteri di rappresentanza della società dei soci.

²⁰⁶ F. GALGANO, *Le società in genere. Le società di persone*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. CICU, F. MESSINEO e L. MENGONI e continuato da P. SCHLESINGER, Milano, 2007, pag. 380.

L'art. 2396 estende l'applicabilità delle disposizioni che regolano la responsabilità degli amministratori ai direttori generali "nominati dall'assemblea o per disposizione dello statuto, in relazione ai compiti loro affidati, salve le azioni esercitabili in base al rapporto di lavoro con la società". I direttori generali sono lavoratori al vertice della gerarchia: sono dirigenti che svolgono attività di alta gestione. Essi sono titolari di ampi poteri decisionali nella gestione dell'impresa ed eseguono le direttive degli amministratori, in conformità e nei limiti dei compiti loro affidati. Gli amministratori non possono delegare *in toto* la direzione dell'attività sociale dell'impresa, in quanto devono essere sempre titolari di poteri di direzione e di supremazia gerarchica.

Si potrebbe obiettare che la figura del direttore generale coincide con quella dell'istitutore, entrambi preposti al vertice dell'organizzazione dell'impresa o di un suo ramo. Ma le due figure non coincidono: l'istitutore ha per legge determinati poteri di gestione e di rappresentanza, mentre il direttore generale non necessariamente ha la rappresentanza ed è titolare di poteri che di volta in volta gli vengono conferiti.

La tesi di fare coincidere il direttore generale con l'istitutore nasce dalla concezione (in realtà esistente prima dell'abrogazione del codice di commercio) secondo cui al direttore generale era attribuita "la parte esecutiva delle operazioni sociali" (art. 148 c. abr.). Da questa enunciazione la dottrina ha ritenuto che il direttore generale dovesse avere necessariamente la rappresentanza della società, in quanto "la parte esecutiva delle operazioni sociali" comprende non solo che la società tratti e

concluda con i terzi, ma anche la rappresentanza in giudizio e la possibilità di impegnarla con la propria firma.

Tuttavia, tale concezione mal si concilia con il principio più volte affermato in dottrina ed in giurisprudenza, secondo cui il potere di rappresentanza non costituisce un requisito essenziale della figura del direttore generale: “Nelle società per azioni il potere del direttore generale di rappresentare verso l'esterno la società (sia egli nominato dall'assemblea, ovvero per disposizione dell'atto dispositivo) può ritenersi sussistere solo in conseguenza di una specifica attribuzione ricevuta in tal senso dall'organo amministrativo, od anche se tale potere inerisca, intrinsecamente, alla natura stessa dei compiti affidatigli. In tutti gli altri casi, tale potere rappresentativo (in esso inclusa la possibilità di rilasciare una valida procura *ad litem*), deve ritenersi insussistente, esplicando il direttore generale un'attività meramente interna od esecutiva”²⁰⁷.

Mentre l'istitutore si avvale della rappresentanza generale e in base a questa esplica i suoi poteri all'interno dell'impresa, ciò non si verifica nel caso del direttore generale, non titolare di un potere di rappresentanza generale, il quale svolge funzioni relative all'organizzazione sociale. E c'è di più: “L'assimilazione agli institori non regge, tuttavia, in ogni caso: l'organizzazione interna di una grande o medio-grande impresa può raggiungere un alto grado di complessità, e annoverare al proprio interno direttori generali che, al pari dell'istitutore, non ricevono direttive se non dall'imprenditore (qui dagli amministratori) e che, nondimeno, sono adibiti a compiti di alta direzione interna, con mansioni che escludono il contatto con i terzi. In questo caso non

²⁰⁷ Cass. sez. I, 29 agosto 1997, n. 8189, in *R. N.*, I, 1998, pag. 16.

ricorre la ragione giustificativa della norma che, a tutela dei terzi, commisura l'esterno potere rappresentativo dell'institore all'interno potere gestorio (art. 2204 c.c.): ed è corretto escludere, in questo caso, il potere rappresentativo del direttore generale²⁰⁸.

²⁰⁸ F. GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, Padova, 2003, pag. 267.

Riferimenti bibliografici

ABBADESSA P., *Il direttore generale*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G. E. COLOMBO e G. B. PORTALE, parte IV, Milano, 2009.

ALBANESE A., TORRICELLI A., *La Dirigenza Pubblica*, in *Giorn. Dir. lav. Rel ind.*, n. 59-60/1993.

ALESSE R., *Il lento e inarrestabile declino della dirigenza dello Stato*, in *G.I.C.*, 2000.

AMOROSO G., *Il licenziamento disciplinare nelle imprese minori dopo la sentenza della Corte Costituzionale*, nota a Corte Cost. 25 luglio 1989, n. 427, in *Dir. Lav.*, 1989, I.

ANASTASI A., voce "Institore", in *Enc. del dir.*, XXI, Milano.

BASENGHI F., *Il licenziamento del dirigente*, Milano, 1991.

BELLAVISTA A., *L'oggetto dell'obbligazione lavorativa*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da MARIO BESSONE, "Il lavoro subordinato", a cura di F. CARINCI, Tomo II, Torino, 2009.

BELVISO U., *L'institore*, Napoli, 1066

BIGIAMI W., *Società occulta e imprenditore occulto*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.* 1949.

BOSCATI A., *Il dirigente dello stato-contratto di lavoro e organizzazione*, Milano, 2006.

CAMPOBASSO G., *Manuale di diritto commerciale*, Milano, 2009.

CARDARELLO C., *Il dirigente: la categoria, le peculiarità del rapporto, il licenziamento*, Milano 2000.

CARINCI F. (diretto da), *Diritto del lavoro*, parte II, “Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento”, Milano, 2007.

CARINCI F., DE LUCA TAMAJO R., TOSI P., TREU T., *Diritto del lavoro. Il rapporto di lavoro subordinato*, Torino, 2008.

CASANOVA M., *Le imprese commerciali*, Torino, 1955.

CORAPI D., *La rappresentanza commerciale*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ.*, diretto da GALGANO, III, Padova, 1979.

DE SEMO, voce *Institore*, in *Novissimo dig., it.*, VIII, Torino, 1962.

DI FRANCESCO A., *La dirigenza privata: le trasformazioni della professionalità dirigenziale nell’attuale sistema dell’impresa*, Napoli, 2006.

D’ORTA, *La riforma della dirigenza pubblica tre anni dopo: alcuni nodi irrisolti*, in *Lav. dir.* 1996, II.

DUI P., *Il rapporto di lavoro dirigenziale*, Milano, 2002.

FALASCO G. , *Corte UE: illegittimo l’indennizzo economico per le ferie non godute*, commento a sentenza C-129/05, in *Guida Lav.*, 12, 2006.

FALCON G., *Riforma della pubblica amministrazione e responsabilità della dirigenza*, 1998.

FANELLI G., *Per una rivalutazione della preposizione institoria*, in *Studi in onore di De Gregorio*, I, Città di Castello, 1955.

FOSCHINI M., *In tema di statuto speciale dell’imprenditore commerciale*, in *Rivista del diritto commerciale e del dir. generale delle obbligazioni*, Padova, Settembre-Ottobre 1967, I.

GALGANO F., *Le società in genere. Le società di persone*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. CICU, F. MESSINEO e L. MENGONI e continuato da P. SCHLESINGER, Milano, 2007.

GALGANO F., *Il nuovo diritto societario*, Padova, 2003.

GALLI G., *La categoria dirigenziale: ruolo della contrattazione collettiva e intervento del giudice*, nota a Cass. 9 giugno 1990, n. 5608, in *Riv. giur. Lav.*, 1991, II, pag. 66.

GARILLI A., *Le categorie dei prestatori di lavoro*, Napoli, 1988.

GAROFANO G., *La dirigenza pubblica rivisitata*, in *Rivista LPA*, 2002

GIUDICI M., *Il rapporto di lavoro dei dirigenti*, Milano, 1995.

GIUGNI G., voce “Mansione e qualifica”, in *Enc. Dir.* vol. XXV, 1975.

GIUSTINIANI G., *Sul licenziamento disciplinare del dirigente*, in *Orient. Giur. Lav.*, 1995.

GRAMICCIA G., *Il licenziamento del dirigente di vertice e dello pseudo-dirigente*, nota a Cass. 12 novembre 1999, n. 12571, in *Mass. Giur. Lav.*, 2000.

GRAZIANI A., *L'impresa e l'imprenditore*, Napoli, 1959.

LISO F., voce “Categorie”, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. VI, 1988.

LISO F., *Categorie e qualifiche dei lavoratori*, Roma, 1988.

LISO F., *Dirigenti d'azienda, legge sui licenziamenti individuali e art. 2095 del codice civile: un problema interessante*, in *RGL*, 1977.

LISO F., *Il licenziamento del dirigente apparente*, in *Giur. lav.* 1981, II.

MANNACIO G., *Dirigenti e straordinario: un orario usurante?*, in *Dir. prat. Lav.*, 1990, n. 25.

MARINELLI M., *Licenziamento del dirigente*, estratto da *Digesto delle discipline privatistiche*, Milano.

MAZZIOTTI F., *Il licenziamento illegittimo*, Napoli, 1982.

MINERVINI G., *Rappresentanza sociale e rappresentanza institoria*, in *Mass. Giur. lav.*, 1962.

MUGGIA F., *La tutela dimezzata*, nota a Cass. Sez. Un., 5 novembre 1987, n. 8189, in *Lavoro* 80.

NAPOLI M., *Contratto e rapporto di lavoro oggi*, in *Scritti in onore di Mengoni*, II, Milano, 1997.

OCCHINO A., *Il dirigente privato tra contratto di lavoro subordinato e rapporto societario*, in *RIDL*, 2009, II.

OPPO G., *Materia agricola e "forma" commerciale*, in *Scritti in onore di F. Carnelutti*, III, Padova, 1950; e ora in *Diritto dell'impresa. Scritti giuridici*, I, Padova, 1992.

PERA G., voce "Dirigente d'impresa o d'azienda", in *Noviss. Dig.*, app. II, Torino, 1980.

PERULLI A., *Il potere direttivo dell'imprenditore*, Milano, 1992.

SAETTA S., *Lo straordinario dei dirigenti: ossia tanto rumore per nulla*, nota a Cass. 3 maggio 1990, n. 3680, in *Mass. Giur. Lav.*, 1990.

SALIMBENI M. T., *Il rapporto di lavoro dirigenziale nei sistemi di organizzazione aziendale ispirati alla "qualità totale"*, in *Dir. rel. Ind.* 1994.

SALOMONE M., *L'obbligo di motivazione del provvedimento di revoca dell'incarico dirigenziale e la comunicazione di avvio del*

relativo procedimento, nota a Trib. Potenza 16/11/99, ordinanza n. 1931, in *Lavoro nelle p.a.*, 2001.

SCIMÈ D., *Licenziamento disciplinare del dirigente e applicabilità dell'art. 7 St. lav.*, in *RIDL*, 2008.

SCOGNAMIGLIO R., *La nozione di dirigente nel diritto del lavoro e della previdenza sociale*, in *La previdenza del dirigente di azienda nel sistema pensionistico italiano*, Milano, 1981.

SCORCELLI R., *Contratto di agenzia e rapporto di lavoro subordinato*, nota a Pret. Torino 7/12/95, in *D&L* 1996.

TIMPANARO G., *Ancora in tema di licenziamento disciplinare del dirigente d'azienda*, in *Lav. Prev. Ogg*, 1996.

TOSI P., *Il dirigente d'azienda*, Milano, 1974.

TULLINI P., *Responsabilità del dirigente pubblico e nuova comunicazione giuridica*, in *ADL*, 2003.

VENETO G., *La recente contrattazione delle qualifiche*, in *Ascesa e crisi del riformismo in fabbrica*, Bari, 1976.

VISCONTE M., *Dirigente e pseudo-dirigente*, in *Lavoro e previdenza oggi*, 1983.

ZOPPOLI A., *Dirigenza, contratto di lavoro e organizzazione*, Napoli, 2000.

ZOPPOLI A., *Il lavoro dirigenziale tra regole giuridiche e distinzioni sociologiche*, in *Riv. It. Dir. lav.*, 2007, II.

ZOPPOLI I., *Effetti della crisi d'impresa sul lavoro dirigenziale*, in *Dir. rel. ind.*, 1993.