

Come si costituisce il rapporto di lavoro subordinato/dirigenziale

Avv. Emanuela Pasca

*Studio Legale Delfino e Associati
Willkie Farr & Gallagher LLP*

10 luglio 2014

Il contratto individuale di lavoro

✓ *Forma*

✓ *Contenuto*

Forma

del contratto individuale di lavoro

La legge non impone la stipula per iscritto del contratto di lavoro dei dirigenti (peraltro, nel nostro ordinamento, vige il principio della libertà della forma).

Tuttavia i contratti collettivi possono prevedere, quale elemento essenziale del contratto di lavoro, la forma scritta del medesimo (così ad esempio l'art. 2, 1° comma, del CCNL Dirigenti di aziende del terziario, l'art. 2, 1° comma, del CCNL Dirigenti di aziende industriali e l'art. 1, 2° comma, del CCNL Dirigenti di imprese assicuratrici).

Ai fini della validità di eventuali clausole quali ad esempio patto di prova, condizioni di miglior favore rispetto alle clausole del contratto collettivo, patto di non concorrenza etc., la forma scritta è essenziale.

Segue: forma del contratto individuale di lavoro

Si ricorda che, in ogni caso, il D.Lgs. n. 152 del 26.5.1997 (art. 1) prevede l'obbligo, in capo al datore, di fornire al dipendente una serie di informazioni entro 30 giorni dall'assunzione.

«1. Il datore di lavoro pubblico e privato è tenuto a fornire al lavoratore, entro trenta giorni dalla data dell'assunzione, le seguenti informazioni:

a) l'identità delle parti;

b) il luogo di lavoro; in mancanza di un luogo di lavoro fisso o predominante, l'indicazione che il lavoratore è occupato in luoghi diversi, nonché la sede o il domicilio del datore di lavoro;

c) la data di inizio del rapporto di lavoro;

d) la durata del rapporto di lavoro, precisando se si tratta di rapporto di lavoro a tempo determinato o indeterminato;

e) la durata del periodo di prova se previsto;

f) l'inquadramento, il livello e la qualifica attribuiti al lavoratore, oppure le caratteristiche o la descrizione sommaria del lavoro;

g) l'importo iniziale della retribuzione e i relativi elementi costitutivi, con l'indicazione del periodo di pagamento;

h) la durata delle ferie retribuite cui ha diritto il lavoratore o le modalità di determinazione e di fruizione delle ferie;

Segue: forma del contratto individuale di lavoro

- i) l'orario di lavoro;*
- l) i termini del preavviso in caso di recesso.*
- 2. L'obbligo di cui al comma 1 può essere assolto:*
 - a) nel contratto di lavoro scritto ovvero nella lettera di assunzione o in ogni altro documento scritto, da consegnarsi al lavoratore entro trenta giorni dalla data dell'assunzione (...).*
- 3. In caso di estinzione del rapporto di lavoro prima della scadenza del termine di trenta giorni dalla data dell'assunzione, al lavoratore deve essere consegnata, al momento della cessazione del rapporto stesso, una dichiarazione scritta contenente le indicazioni di cui al comma 1, ove tale obbligo non sia stato già adempiuto.*
- 4. L'informazione circa le indicazioni di cui alle lettere e) , g) , h) , i) ed l) del comma 1, può essere effettuata mediante il rinvio alle norme del contratto collettivo applicato al lavoratore».*

Il contratto di assunzione (che normalmente assume la forma di una **lettera dell'azienda**) va sottoscritto per accettazione dal dirigente. Ogni variazione che interviene nelle clausole che regolano il rapporto di lavoro va comunicata per iscritto al dirigente, entro un mese dall'adozione (art. 3 del D.Lgs. n. 152/1997).

Contenuto del contratto individuale di lavoro

CCNL dirigenti di aziende del terziario

«L'assunzione o la nomina del dirigente devono risultare da atto scritto nel quale deve essere indicato:

- a) la data di inizio del rapporto di lavoro o la decorrenza della nomina;
- b) l'eventuale periodo di prova per i dirigenti di nuova assunzione;
- c) l'eventuale apposizione del termine per i dirigenti assunti a tempo determinato;
- d) l'eventuale opzione per il trattamento previdenziale previsto per i DPN dal successivo art. 28;
- e) la sede di residenza iniziale;
- f) il riconoscimento dell'applicazione integrale del presente contratto e sue eventuali modifiche;
- g) l'indicazione delle funzioni, dei poteri e delle responsabilità inerenti al mandato affidato;
- h) il trattamento economico;

Segue: contenuto del contratto individuale di lavoro

- i) l'eventualità del trasferimento, secondo quanto previsto dal successivo art. 16;
l) eventuali altri elementi utili a precisare la posizione del dirigente nell'ambito dell'azienda» (art. 2, 1° comma)

«Il documento di cui al precedente comma deve essere sottoscritto per accettazione dal dirigente» (art. 2, 2° comma)

«Ogni variazione delle predette condizioni di assunzione, che intervenga nel corso del rapporto, deve essere comunicata per iscritto» (art. 2, 3° comma)

Segue: contenuto del contratto individuale di lavoro

CCNL dirigenti di aziende industriali

«L'assunzione o la promozione a dirigente debbono essere effettuate per iscritto con indicazione delle funzioni attribuite, del trattamento economico e delle eventuali condizioni di miglior favore rispetto alle clausole del presente contratto» (art. 2, 1° comma)

Segue: contenuto del contratto individuale di lavoro

- ❖ Il contratto individuale di lavoro può essere solo migliorativo delle norme aventi valore di legge e del contratto collettivo, perché non può contenere clausole o condizioni che siano in contrasto con la legge o con il contratto (art. 2077 c.c.).
- ❖ A tale proposito la giurisprudenza ha tuttavia chiarito che la verifica in ordine alla circostanza della natura più o meno favorevole della clausola individuale rispetto a quella collettiva va effettuata valutando le clausole nel complesso e non singolarmente una ad una.
- ❖ In genere il contratto individuale contiene:
 - un rinvio esplicito al contratto collettivo;
 - le clausole previste come obbligatorie dal medesimo;
 - le clausole che le parti hanno aggiunto per regolamentare il rapporto di lavoro.
- ❖ Le clausole “aggiunte” possono riguardare, a puro titolo di esempio: **a)** la durata del contratto, a tempo indeterminato o determinato; **b)** l’eventuale fissazione di un periodo di prova e la sua durata; **c)** un trattamento economico più favorevole; **d)** i *fringe benefits*; **e)** altre clausole accessorie (quali, ad esempio, divieto di conflitto di interessi, patto di non concorrenza, stabilità, obiettivi, ecc.).

Segue: contenuto del contratto individuale di lavoro

a) Fissazione di un termine alla durata del contratto

I dirigenti, ai sensi dell'art. 10, 4° comma, del D.Lgs. n. 368/2001, sono esclusi dal campo di applicazione della normativa sul lavoro a termine, fatta eccezione per quanto concerne le previsioni di cui agli artt. 6 («*Principio di non discriminazione*»), secondo il quale al lavoratore con contratto a termine *«spettano le ferie e la gratifica natalizia o la tredicesima mensilità, il trattamento di fine rapporto e ogni altro trattamento in atto nell'impresa per i lavoratori con contratto a tempo indeterminato comparabili, intendendosi per tali quelli inquadrati nello stesso livello in forza dei criteri di classificazione stabiliti dalla contrattazione collettiva, ed in proporzione al periodo lavorativo prestato sempre che non sia obiettivamente incompatibile con la natura del contratto a termine»*) e 8 («*Criteri di computo*»), ai sensi del quale *«I limiti prescritti dal primo e dal secondo comma dell'articolo 35 della legge 20 maggio 1970, n. 300, per il computo dei dipendenti si basano sul numero medio mensile di lavoratori a tempo determinato impiegati negli ultimi due anni, sulla base dell'effettiva durata dei oro rapporti di lavoro»*).



Segue: contenuto del contratto individuale di lavoro

a) Segue: fissazione di un termine alla durata del contratto

E' «consentita la stipulazione di contratti di lavoro a tempo determinato, purché di durata non superiore a cinque anni, con i dirigenti, i quali possono comunque recedere da essi trascorso un triennio e osservata la disposizione dell'articolo 2118 del codice civile», dando quindi al datore di lavoro regolare preavviso.

Precisazioni

(i) La proroga del contratto a termine è ammessa, purché il rapporto di lavoro - nella sua durata complessiva - non superi i cinque anni.

(ii) Recesso prima della scadenza del termine:

-il datore di lavoro può recedere solo per giusta causa; in caso di recesso illegittimo, il dirigente ha diritto al risarcimento del danno (commisurato alle retribuzioni perse, sino alla scadenza del termine);

-il dirigente, prima che siano decorsi tre anni, può recedere solo per giusta causa e, in caso di recesso illegittimo, è tenuto a risarcire il danno al datore (commisurato al valore della prestazione venuta meno); dopo i tre anni, occorre unicamente la prestazione del preavviso (o della relativa indennità sostitutiva).

Segue: contenuto del contratto individuale di lavoro

b) Pattuizione di un periodo di prova

Forma

Ai sensi dell'art. 2096 del Codice Civile, *«l'assunzione del prestatore di lavoro per un periodo di prova deve risultare da atto scritto»* (1° comma).

In conformità alla norma anzidetta, richiedono la forma scritta anche l'art. 2, 2° comma, del CCNL Dirigenti di aziende industriali e l'art. 2, 1° comma, lettera b), del CCNL Dirigenti di imprese commerciali. Il CCNL Dirigenti di imprese assicuratrici prevede, all'art. 3, che «Il Dirigente non è soggetto a periodo di prova».

Precisazioni

(i) Secondo la prevalente giurisprudenza, per iscritto devono essere indicate anche le mansioni specifiche oggetto dell'esperimento, onde consentire la valutazione della correttezza dello svolgimento del periodo di prova.

(ii) Il mancato rispetto della forma scritta, anche in ordine all'indicazione delle mansioni, comporta la nullità del patto di prova e l'automatica conversione dell'assunzione in definitiva sin dall'inizio.

Segue: contenuto del contratto individuale di lavoro

b) Segue: pattuizione di un periodo di prova

Durata

Ai sensi dell'art. 4 del R.D.L. 13 novembre 1924, n. 1825, convertito, con modificazioni, dalla legge 18 marzo 1926 n. 562, con una norma che la Cassazione ritiene tuttora in vigore (Cass. 12 marzo 1983, n. 1855), la durata massima del periodo di prova per i dirigenti è di sei mesi.

Identica previsione è contenuta anche nella contrattazione collettiva (art. 2, 2° comma, del CCNL Dirigenti di aziende industriali, art. 3, 1° comma, del CCNL Dirigenti di imprese commerciali e art. 3 del CCNL Dirigenti di aziende di credito e finanziarie).

Precisazioni

(i) Il CCNL Dirigenti di imprese del terziario precisa espressamente che dal computo del periodo di prova «*sono esclusi eventuali periodi di sospensione del rapporto*» (art. 3, 1° comma).

(ii) Il CCNL Dirigenti di aziende di credito e finanziarie fa espressamente salva la «*possibilità di proroga*», «*per altri sei mesi*», del periodo di prova, «*se all'uopo intervenga accordo fra le parti*» (art. 3).

Segue: contenuto del contratto individuale di lavoro

b) Segue: pattuizione di un periodo di prova

Recesso durante il periodo di prova

Ai sensi dell'art. 2096 del Codice Civile, durante il periodo di prova «*ciascuna delle parti può recedere dal contratto, senza obbligo di preavviso o d'indennità. Se però la prova è stabilita per un tempo minimo necessario, la facoltà di recesso non può esercitarsi prima della scadenza del termine*» (3° comma).

Precisazioni

Il recesso del datore di lavoro non è, tuttavia, completamente insindacabile. Il dirigente potrebbe, infatti, eccepire la nullità del recesso e/o l'illiceità dei motivi che lo hanno determinato, dimostrando in giudizio: - il positivo superamento della prova, con conseguente arbitrarietà del recesso; - l'imputabilità di tale decisione aziendale ad un motivo estraneo all'esperimento della prova e come tale, quindi, illecito; - la mancanza di effettività dell'esperimento e cioè il fatto che la prova si sia svolta con tempi e modalità inadeguate rispetto alla funzione del patto. Secondo buona parte della giurisprudenza, in aggiunta agli emolumenti spettanti per la cessazione del rapporto di lavoro, il dirigente che riesca a dimostrare l'illiceità del recesso in corso di prova può vedersi riconosciuto il diritto a percepire sia l'indennità sostitutiva del preavviso, sia l'indennità supplementare.

Segue: contenuto del contratto individuale di lavoro

b) Segue: pattuizione di un periodo di prova

Segue: precisazioni

Secondo altra parte della giurisprudenza, nel caso in cui venissero ravvisati dal Giudice vizi relativi all'esperimento della prova stessa e nel caso di recesso illegittimo, il dirigente avrebbe diritto unicamente a terminare la prova e ottenere il pagamento delle retribuzioni maturate e non percepite per i giorni residui, ovvero - secondo altra parte della giurisprudenza - al risarcimento del danno da responsabilità contrattuale del datore di lavoro, in misura pari alle retribuzioni maturate e non percepite sino al termine del periodo di prova.

Segue: contenuto del contratto individuale di lavoro

c) Pattuizioni sul trattamento economico

Nella lettera di assunzione è indicato anche il trattamento economico riservato al dirigente, o mediante un semplice rinvio a quello contrattualmente previsto, o mediante una indicazione più esatta, nel caso in cui siano stati pattuiti elementi retributivi migliorativi rispetto a quelli minimi previsti dalla contrattazione collettiva (cd. «*trattamento minimo complessivo di garanzia*»).

In genere si stabilisce un compenso annuo fisso, da dividersi per 13 o 14 mensilità (o anche più), a seconda della contrattazione collettiva applicabile. Si stabiliscono, poi, ulteriori compensi (normalmente con finalità di incentivazione), legati a particolari situazioni. In relazione a tali incentivi, le parti dovranno prestare particolare attenzione all'esatta individuazione dei metodi e parametri di calcolo dei medesimi.

Segue: contenuto del contratto individuale di lavoro

c) Segue: pattuizioni sul trattamento economico

Precisazioni

- (i)** Il CCNL Dirigenti di aziende industriali prevede espressamente l'adozione di un modello retributivo che comprenda in modo strutturale compensi per obiettivi (MBO), in aggiunta alla retribuzione fissa (art. 6 *bis*).
- (ii)** Il CCNL Dirigenti di imprese creditizie, finanziarie e strumentali prevede espressamente che «*L'impresa stabilisce i criteri per l'attribuzione di un premio aziendale ai dirigenti, informandone gli organismi sindacali della categoria*» (art. 12).

Segue: contenuto del contratto individuale di lavoro

c) Eventuali fringe benefits

E' molto frequente la concessione in favore dei dirigenti di *fringe benefits*, che è opportuno indicare espressamente nella lettera di assunzione.

In particolare, è usuale la concessione dei seguenti *fringe benefits*:

- (i)alloggio;
- (ii)autovettura aziendale;
- (iii)borse di studio (bandite in favore dei figli dei dirigenti) o contributo per spese scolastiche;
- (iv)azioni assegnate ai dirigenti.