

# Centro Studi Cafasso

Consulenza Amministrativa del Lavoro

80122 Napoli – Viale A. Gramsci, 15

Tel. 081/2461068 - Fax 081/2404414 - Email [info@cafassofigli.it](mailto:info@cafassofigli.it)

Napoli, lì 16 settembre 2008

Circolare informativa n° 52 /2008

**A tutte le Aziende Assiste**  
**Loro sedi**

*Approfondimento*

## **CONTRATTO A TEMPO DETERMINATO – LA GENESI IL PERIODO DI PROVA – ASPETTI E PROFILI DI ORDINE GIURISPRUDENZIALE**

### **RIFERIMENTI NORMATIVI SUL CONTRATTO A TERMINE**

#### ***Definizione del contratto***

Il contratto di lavoro subordinato “tipico” è inteso a tempo indeterminato. Nell’evoluzione della normativa che nel tempo ne ha ampliato l’ambito di utilizzo, viene introdotto sin dal 1962 il contratto “atipico” a tempo determinato. Allo stato attuale tale contratto è disciplinato dal D.Lgs. 368/2001 modificato ed integrato dalla L. 247/2007 e dalle successive integrazioni con la L. 133/2008.

***In generale, per stipulare un contratto di lavoro subordinato a tempo determinato occorre apporre un termine alla durata del contratto. L’apposizione del “termine” di durata è ammesso a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo che richiedono un incremento di manodopera per un periodo di tempo limitato (attività stagionali, sostituzione di lavoratori assenti per malattia, ferie, etc.).***

***L’apposizione del termine è priva di effetto se non risulta, direttamente o indirettamente, da atto scritto nel quale sono specificate le ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo.***

***Il contratto di lavoro a tempo determinato, è consentito anche se tali ragioni giustificative sono riferibili alla ordinaria attività del datore di lavoro.***

#### ***Divieti***

L’assunzione a tempo determinato non è ammessa nei seguenti casi:

- per sostituire lavoratori in sciopero;
- per le aziende che abbiano effettuato licenziamenti collettivi nei sei mesi precedenti l’assunzione, salvo casi espressamente previsti dalla legge;
- per le aziende ammesse alla Cassa Integrazione Guadagni;
- per le aziende non in regola con la normativa in materia di sicurezza sul lavoro.

### ***Precedenza nelle assunzioni***

Il lavoratore a termine, ha diritto di precedenza rispetto alle nuove assunzioni da parte dello stesso datore di lavoro e per le medesime mansioni.

Il diritto di precedenza viene esercitato con la condizione che il lavoratore manifesti la propria volontà al datore di lavoro entro sei mesi dalla data di cessazione del rapporto.

### ***Scadenza del termine, proroghe e successioni***

La durata complessiva del contratto a tempo determinato non potrà essere superiore ai tre anni, l'art. 4 del D.Lgs. n. 368/2001, prevede che il termine del contratto a tempo determinato può essere, previo consenso del lavoratore, prorogato una sola volta qualora la durata iniziale del contratto sia inferiore a tre anni ed a condizione che sia richiesta da ragioni oggettive e si riferisca alla stessa attività lavorativa per la quale il contratto è stato stipulato a tempo determinato.

Il comma 40 della Legge 247/2007 modifica radicalmente l'art. 4 del D.Lgs. 368/2001 **portando a 36 mesi il limite temporale entro il quale proroghe e rinnovi possono succedersi per i nuovi contratti stipulati a far data dal 1° gennaio 2008.**

Il limite di 36 mesi non si applica relativamente alle attività stagionali.

Qualora il rapporto di lavoro prosegua dopo la scadenza del termine inizialmente fissato o successivamente prorogato, il datore di lavoro deve corrispondere al lavoratore una maggiorazione della retribuzione complessiva pari al 20% fino al decimo giorno successivo alla scadenza, e pari al 40% per ogni giorno ulteriore.

La legge fissa anche un termine massimo per la prosecuzione oltre la scadenza, che è pari a:

- 20 giorni se il contratto a termine ha una durata inferiore a 6 mesi;
- 30 giorni negli altri casi.

Se il rapporto di lavoro prosegue oltre i suddetti termini, il contratto dev'essere considerato a tempo indeterminato a partire dalla scadenza dei termini.

### ***Forma e contenuto***

Il contratto di lavoro a tempo determinato dev'essere stipulato in forma scritta, e in un momento anteriore o contestuale all'inizio della prestazione lavorativa.

La mancata forma scritta comporta la nullità della clausola relativa al termine e trasforma il contratto a tempo determinato in contratto a tempo indeterminato.

Per quanto riguarda il contenuto, il contratto deve indicare:

- *il termine;*
- *le ragioni giustificatrici*, in quanto non è sufficiente l'indicazione del motivo per cui è stato apposto il termine, ma è necessario precisare chiaramente le ragioni.

E' ammessa la stipula del patto di prova che deve risultare da atto scritto, sottoscritto da entrambe le parti all'atto della instaurazione del rapporto di lavoro.

### ***Trattamento economico***

Ai lavoratori a tempo determinato, si applica tutta la normativa sul trattamento economico (*ferie, tredicesima mensilità,..*) prevista per i lavoratori tempo indeterminato.

## **PERIODO DI PROVA**

### ***Premessa***

L'assunzione definitiva del lavoratore può essere subordinata all'esito positivo di un periodo di prova, volto ad accertare la convenienza delle parti alla prosecuzione del rapporto.

La causa del patto di prova va individuata in un esperimento mediante il quale sia il datore di lavoro che il lavoratore possono verificare la reciproca convenienza del contratto, **accertando il primo le capacità del lavoratore e quest'ultimo valutando l'entità della prestazione richiestagli e le condizioni di svolgimento del rapporto.**

Il periodo di prova deve risultare da una clausola scritta apposta al contratto.

Il patto di prova può trovare applicazione, oltre al normale rapporto di lavoro a tempo indeterminato, anche:

- ai rapporti di *lavoro a tempo determinato*;
- nei confronti di *lavoratori assunti obbligatoriamente*, a condizione che la prova si riferisca alle capacità lavorative del soggetto ed a mansioni determinate e compatibili con le minorazioni del disabile;
- ai **contratti di apprendistato**, al fine di verificare la capacità di apprendimento dellavoratore e la sua idoneità ad acquisire una capacità professionale.

#### ***Riferimenti normativi***

Il patto di prova è disciplinato all'art. 2096 del c.c. che afferma quanto segue “*l'assunzione del prestatore di lavoro per un periodo di prova, deve risultare da atto scritto.*”

*L'imprenditore e il prestatore di lavoro sono rispettivamente tenuti a consentire e a fare l'esperimento che forma oggetto del patto di prova.*

*Durante il periodo di prova ciascuna delle parti può recedere dal contratto, senza obbligo di preavviso o d'indennità.*

*Se la prova è stabilita per un tempo minimo necessario, la facoltà di recesso non può esercitarsi prima della scadenza del termine.*

*Compiuto il periodo di prova, l'assunzione diviene definitiva e il servizio prestato si computa nell'anzianità del prestatore di lavoro”.*

### ***PERIODO DI PROVA E CONTRATTO A TEMPO DETERMINATO***

#### ***Premessa***

Il periodo di prova può essere previsto anche nel **contratto a termine**, non sussistendo alcun motivo per ritenere immeritevoli di tutela l'interesse a sottoporre tale rapporto ad un esperimento iniziale.

Anche in questo caso, la pattuizione di un periodo di prova, nasce da un esperimento, infatti durante tale periodo il datore di lavoro può accertare la capacità del lavoratore in relazione alle mansioni affidate e quest'ultimo può valutare la prestazione e le condizioni del rapporto.

E' necessaria la forma scritta e la preventiva sottoscrizione del lavoratore.

**Per quanto riguarda la durata, la stessa dev'essere proporzionata alla durata complessiva del contratto a tempo determinato.**

E' nullo il patto di prova apposto al contratto a tempo determinato, qualora la durata del periodo di prova coincida con la durata del contratto a termine.

**Ciò comporterebbe una violazione sia dell'art. 2096 c.c. che delle norme in materia di recesso.**

La prova può essere concordata anche quando tra le parti siano intercorsi precedenti rapporti di lavoro, **sempreché serva per l'esperimento non realizzato in precedenza.**

Secondo la Cassazione, è illegittima l'apposizione del patto di prova al contratto di lavoro, qualora il lavoratore venga assunto presso la stessa impresa dove già abbia prestato la propria attività con contratto di lavoro temporaneo e con medesime mansioni.

#### ***Forma e contenuto***

La forma scritta è richiesta dalla legge e va rispettata anche quando i contratti collettivi non la prevedono.

Per quanto riguarda il contenuto, la clausola che prevede **il periodo di prova deve contenere l'indicazione delle mansioni affidate al lavoratore, pena la nullità dello stesso.**

Qualora i contratti collettivi prevedano, per lo stesso livello, molteplici e diversificati profili professionali, è necessario specificare il profilo professionale di riferimento.

### ***Durata***

Per tutelare gli interessi del lavoratore, è necessario stabilire una durata massima del periodo di prova.

Il codice civile demanda alla contrattazione collettiva la durata massima del periodo, in relazione anche alla categoria e al livello di inquadramento.

La normativa generale relativa al patto di prova prevede i seguenti tempi:

- 6 mesi per tutti i lavoratori;
- 3 mesi per gli impiegati non aventi funzioni direttive;
- 2 mesi per gli apprendisti.

La contrattazione collettiva, a seconda dei casi, può prevedere (entro certi limiti), o escludere la proroga del periodo di prova.

Durante il periodo di prova, le parti sono libere di recedere senza obbligo di motivazione e senza obbligo di preavviso o di pagare la relativa indennità sostitutiva, sia durante che alla fine della prova.

Nel caso in cui le parti abbiano stabilito ***una durata minima garantita del periodo di prova***, il recesso è legittimo solo se avviene dopo il decorso del termine.

Il recesso dev'essere comunque motivato.

Le norme stabilite all'art. 2096 c.c. si applicano integralmente al periodo di prova nel contratto di lavoro a tempo determinato.

### ***Calcolo del periodo***

I criteri utilizzati per il computo del periodo di prova, sono i seguenti:

- **se il periodo è stabilito in mesi:**

il calcolo va effettuato secondo il calendario comune, considerando anche i giorni di sospensione della prestazione di lavoro.

Un indirizzo interpretativo giurisprudenziale opposto, ritiene che la durata della prova si determina in base all'effettiva attività svolta, senza tener conto dei periodi di sospensione per determinati eventi (*malattia, gravidanza, puerperio, infortuni, scioperi, ferie*), vanno considerati solo riposi settimanali e festività.

- **se il periodo è stabilito in giorni:**

si contano i giorni di effettivo lavoro, escludendo i periodi di sospensione e conteggiando i riposi.

Il periodo di prova può essere sospeso nel caso di aspettativa per la copertura di cariche pubbliche, decorrendo con la ripresa del servizio.

E' demandata alla contrattazione collettiva la previsione delle ipotesi in cui opera la sospensione del periodo di prova.

### ***Diritti ed obblighi delle parti***

Il datore di lavoro e il lavoratore sono obbligati a consentire ed effettuare la prova.

Le parti non possono interrompere prima che sia trascorso un periodo di tempo tale da consentire la valutazione della stessa.

Per quanto riguarda i diritti e gli obblighi che nascono dalla natura del rapporto di lavoro, vi è parificazione economica e normativa tra lavoratori in prova e non.

### ***Recesso***

Secondo la normativa generale che disciplina il periodo di prova, durante tale periodo le parti possono recedere senza obbligo di motivazione.

Il recesso è illegittimo nei seguenti casi:

- la prova non è stata consentita ovvero la verifica è stata condotta su mansioni diverse da quelle previste;

- il datore di lavoro esercita il potere di recesso prima di aver verificato le capacità professionali del lavoratore o qualora il periodo di prova sia obiettivamente insufficiente a verificare le capacità del prestatore;
- quando è operato dal datore di lavoro in virtù di una valutazione negativa del comportamento del lavoratore e non in relazione alla mansione specifica.

Il recesso illegittimo durante il periodo di prova, non comporta la conversione del rapporto di prova in rapporto definitivo.

Al lavoratore viene riconosciuto il diritto di terminare la prova e di ottenere il pagamento del relativo corrispettivo maturato.

Per quanto riguarda la forma del recesso del lavoratore in prova, essa può avvenire anche in forma orale, l'obbligo della forma scritta, nasce dal momento in cui il rapporto diventa definitivo, ma, in ragione dell'evolversi della giurisprudenza di merito, è del tutto evidente che, è comunque suggeribile la forma scritta.

## ***ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI***

Per meglio comprendere la portata del contratto a termine e del relativo periodo di prova, abbiamo ritenuto necessario fare un'attenta analisi riguardo all'interpretazione dei giudici in materia.

Il primo aspetto da considerare è la **natura** stessa del contratto.

La giurisprudenza, infatti, ha stabilito l'illegittimità dei contratti a termine quando le motivazioni indicate nella lettera di assunzione sono generiche e ripetitive.

Lo stesso orientamento viene adottato anche per la **durata** del contratto.

Secondo la giurisprudenza, il termine posto al contratto dev'essere giustificato da una ragione tecnica, organizzativa o sostitutiva.

Infatti, tutte le sentenze sull'argomento concordano nel ritenere che, il datore di lavoro deve specificare le motivazioni che hanno portato all'adozione di questa tipologia contrattuale.

Più delicato è il discorso legato al **recesso**.

Il recesso ad opera di una delle parti, prima della scadenza, viene disciplinato dai principi generali che regolano la responsabilità contrattuale.

**Il recesso operato dalle parti prima della scadenza del termine è illegittimo e da diritto alla parte non recedente di ottenere il risarcimento del danno.**

La giurisprudenza, annovera tra le ipotesi di *recesso anticipato per giusta causa* anche le seguenti:

- gravi ingiurie subite dal lavoratore (*così la sentenza della Cassazione n.5977/1985*);
- comportamenti vessatori lesivi della dignità personale del lavoratore (*così come si è pronunciato il Tribunale di Milano il 16 giugno 1999*);
- grave dequalificazione prolungata nel tempo (*così la sentenza della Cassazione n. 8589/2004*);
- la giurisprudenza ritiene che, qualora sia accertata la giusta causa delle dimissioni rassegnate prima della scadenza, al lavoratore spetta il risarcimento del danno commisurato alle retribuzioni che avrebbe percepito dalla data del recesso sino alla scadenza (*così la sentenza della Cassazione n. 12092/2004*).

Più articolato è il discorso relativo al **periodo di prova** e numerosi sono gli interventi della Cassazione che lo regolamentano.

**Il patto di prova deve indicare in modo dettagliato e preciso, le mansioni assegnate al lavoratore, in modo da rendere possibile e facilitare il controllo del giudice sulla validità del recesso.**

Questo è quanto precisato dalla Cassazione con sentenza n. 13498/2003.

Sempre la Cassazione ricorda, che la natura del patto di prova va individuata nella tutela dell'interesse di entrambe le parti e per evitare l'illegittimità è necessario, anche in questo caso, indicare in modo specifico le mansioni legate all'esperimento.

Questo aspetto è stato rafforzato anche da un'altra sentenza, la n. 427/2005, la quale stabilisce che, il datore di lavoro esprime la propria valutazione sull'esito della prova, che deve effettuarsi in ordine a mansioni identificate ed indicate.

La giurisprudenza precisa, inoltre che, ai fini della corretta esecuzione del patto di prova, è necessaria una durata proporzionata all'esperienza e l'adibizione alle mansioni per le quali è stato assunto.

Se ciò non avviene non è configurabile un esito negativo della prova.

Infine, la Cassazione pone l'attenzione anche su un altro aspetto del periodo di prova: il patto di prova non può essere concordato successivamente all'assunzione.

La sentenza n. 22308/2004 stabilisce che, il patto di prova dev'essere concordato quando nasce il rapporto di lavoro.

Da quanto analizzato, emerge una considerazione importante: il contratto di lavoro a termine con la clausola di prova è una fattispecie negoziale di per sé unitaria, nel senso che, non dà vita ad una fattispecie complessa da cui nascono due rapporti, quello di prova e quello definitivo, ma, dà vita ad un rapporto unitario, produttivo di effetti definitivi, quindi l'ipotesi di una successiva apposizione di tale clausola contrasterebbe con quelli che sono i principi generali del nostro ordinamento.

A fronte di questa approfondita disamina ed analisi, si è dell'avviso che indipendentemente dalla indicazione o meno dell'istituto della prova per i contratti a tempo determinato nell'ambito della contrattazione collettiva di riferimento, è sempre consigliabile la relativa indicazione e sottoscrizione in ragione dell'evidente evolversi della normativa, degli evidenti orientamenti giurisprudenziali ed anche a tutela delle parti contraenti attesa la natura specifica del patto stesso.

Cordiali saluti

*Centro Studi Cafasso*