

2.9. Il periodo di prova

La possibilità di concordare un periodo di prova è prevista dall'art. 2096 cod. civ. e si configura giuridicamente come eccezione in quanto la norma prevede che *«l'assunzione del prestatore di lavoro per un periodo di prova deve risultare da atto scritto»*. Ne deriva che, in mancanza, l'assunzione deve intendersi automaticamente definitiva. Il patto di prova deve intendersi stipulato nell'interesse di ambo le parti. Costituisce una garanzia per il datore di lavoro che ha la possibilità di verificare, per un congruo periodo, la capacità del lavoratore di adempiere ai compiti che devono essergli affidati; ma è pure una garanzia per il lavoratore che può rendersi conto del tipo di prestazione che gli viene richiesta, dell'ambiente di lavoro, delle modalità del lavoro e conseguentemente della rispondenza della retribuzione all'onerosità del lavoro. La legislazione in materia tiene conto del fatto che, nella realtà, il patto di prova tutela soprattutto il datore di lavoro e quindi la normativa è nel senso di porre limiti alla prova, sia imponendone la stipulazione per atto scritto, sia ponendo, direttamente o indirettamente, dei limiti alla durata della prova.

2.9.1. Forma scritta

L'atto scritto è richiesto non solo ai fini probatori, ma *ad substantiam* con l'ovvia conseguenza che in mancanza della stipulazione del patto di prova per atto scritto, il contratto di lavoro dà automaticamente vita ad un rapporto definitivo (Cass., S.U., 9 marzo 1983, n. 1756). Circa il momento della stipulazione del patto di prova in forma scritta, la giurisprudenza (Cass. 26 novembre 2004, n. 22308, ma anche 12 ottobre 1983, n. 5939) ha affermato che tale essenziale requisito di forma deve sussistere sin dall'inizio del rapporto di lavoro, senza alcuna possibilità di equipollenti o sanatorie, potendosi ammettere soltanto la non contestualità della sottoscrizione di entrambe le parti prima dell'esecuzione del contratto, ma non anche la successiva documentazione della clausola orale mediante la sottoscrizione, originariamente mancante, di una delle parti, atteso che ciò si risolverebbe nella (inammissibile) convalida di un atto nullo, con sostanziale diminuzione della tutela del lavoratore. Mancando la dovuta forma, si tratta di un atto nullo e che tale rimane anche se, per ipotesi, il lavoratore avesse interesse a considerare valido il patto di prova concordato verbalmente. È appena il caso di ricordare che, trattandosi di nullità assoluta, non esiste alcuna possibilità di provare con altri mezzi l'esistenza di una volontà delle parti di stabilire il patto di prova.

Va segnalato anche che *«l'onere posto dall'art. 2096 cod. civ. - secondo cui l'assunzione in prova deve risultare da atto scritto (richiesto ad substantiam) - può dirsi osservato soltanto se quest'ultimo contiene la specifica, e non*

generica, indicazione delle mansioni in relazione alle quali l'esperimento deve svolgersi» (Cass. 15 gennaio 1986, n. 200, ma anche 4 dicembre 2007, n. 25264); se ne deve dedurre che in mancanza di tale specificazione il patto di prova non esiste e il contratto di lavoro è da considerare definitivo sin dall'inizio.

2.9.2. Durata

In merito alla durata del periodo di prova, a livello legislativo generale troviamo due disposizioni: a) l'art. 4, comma 4, del R.D.L. 13 novembre 1924, n. 1825 (convertito in legge 18 marzo 1926, n. 562) secondo il quale *«il periodo di prova non può in nessun caso superare: 6 mesi per gli institori, procuratori, rappresentanti a stipendio fisso, direttori tecnici o amministrativi ed impiegati di grado e funzioni equivalenti; 3 mesi, per tutte le altre categorie di impiegati;* b) l'art. 10 della legge 15 luglio 1966, n. 604 nel quale si dispone che *le norme previste per i prestatori di lavoro che rivestono la qualifica di impiegati e di operaio, «per quelli assunti in prova, si applicano dal momento in cui l'assunzione diviene definitiva e, in ogni caso, quando sono decorsi 6 mesi dall'inizio del rapporto di lavoro».* In merito al coordinamento fra le due norme, la giurisprudenza (Cass. 28 ottobre 1975, n. 3625) ha affermato che *«l'art. 10 della legge n. 604/1966, precisando che la stessa si applica a tutti i prestatori di lavoro e, per quelli assunti in prova, dal momento in cui l'assunzione diviene definitiva e, in ogni caso, trascorsi 6 mesi dall'inizio del rapporto di lavoro, non ha inteso dettare una nuova disciplina del contratto di assunzione in prova, lasciando così validità al dettato dell'art. 4 del R.D.L. 13 novembre 1924, n. 1825».* Abbiamo di conseguenza due limiti «massimi» di durata del periodo di prova: uno riguardante tutti i lavoratori che è di 6 mesi e un altro, riguardante gli *«impiegati non aventi funzioni direttive»* che è di 3 mesi. Al di sotto di tali limiti valgono le norme contrattuali collettive e individuali da interpretare tenendo presente che le individuali non possono modificare le collettive a danno del lavoratore e che deve ritenersi interesse del lavoratore ottenere quanto prima possibile la definitività del rapporto. In pratica la durata del periodo di prova prevista dalla contrattazione collettiva deve ritenersi un periodo *«massimo»* (come del resto è di norma chiaramente sancito nei contratti collettivi). In merito alla computabilità o meno nel periodo di prova del tempo durante il quale la prestazione lavorativa rimane sospesa si può affermare che tali periodi non devono essere computati, salvo che per le domeniche o, comunque, i giorni non lavorativi (a meno che la pattuizione abbia espressamente stabilito la durata del periodo di prova in *«giorni di effettivo lavoro»*). La durata del periodo di prova è spesso stabilita dai contratti collettivi in misura diversa a seconda del livello di inquadramento del lavoratore: tanto più elevato è il livello tanto più lungo è il periodo di prova. Nel caso in cui il lavoratore, ufficialmente

inquadrate ad un determinato livello, svolga, durante il periodo di prova, attività di un livello inferiore per il quale è previsto un minor periodo, la prova deve intendersi superata al raggiungimento di tale minor periodo. In merito alla possibilità o meno di prorogare o rinnovare il periodo di prova si può dire che la cosa può essere prevista dai contratti collettivi a patto che la durata totale della prova (proroga e/o rinnovo compresi) non superi i limiti previsti dalle disposizioni legislative.

2.9.3. Obblighi delle parti

L'imprenditore e il prestatore di lavoro sono rispettivamente tenuti a consentire e a fare l'esperimento che forma oggetto del patto di prova (art. 2096, comma 2, cod. civ.). Pare non sia possibile interrompere la prova prima che sia trascorso un periodo di tempo tale da permettere un compiuto esperimento della capacità professionale del lavoratore.

Circa la congruità del periodo si tratta di una considerazione di fatto che sfugge ad una precisa determinazione se non in presenza di specifiche fattispecie non solo in relazione al tipo di lavoro, ma addirittura delle caratteristiche del singolo lavoratore. Va evidenziato che, anche se non vi è necessità di motivare il recesso durante il periodo di prova, nel caso in cui il periodo di prova non venga portato a termine, la controparte può invocare il mancato assolvimento dell'obbligo di consentire (o di fare) l'esperimento secondo la norma e quindi richiedere il risarcimento dei danni oppure ottenere una sentenza che dichiara superato il periodo di prova e che, conseguentemente, il contratto va considerato come definitivo dall'origine. Tali conseguenze non si verificano se la parte recedente riesce a dimostrare che, malgrado non sia stato portato al termine previsto il periodo di prova, le circostanze sono tali da evidenziare chiaramente che la prova ha dato esito negativo e che comunque tale esito negativo si sarebbe avuto anche protraendo la prova fino alla sua scadenza contrattuale. La valutazione della congruità della durata della prova deve essere stabilita caso per caso, per cui *«la prova può consistere in un preliminare accertamento pratico e cioè nell'esecuzione dimostrativa delle più elementari operazioni comprese nelle mansioni di avviamento, in quanto il datore di lavoro non ha l'onere di esporre a pericolo materiali e attrezzature, affidandoli a lavoratore inesperto, né ha alcun onere di provvedere all'addestramento ed alla preparazione professionale dei dipendenti che risultino sprovvisti delle più elementari cognizioni tecniche proprie della loro qualifica; pertanto, ove un accertamento preliminare all'inserimento del lavoratore nella produzione, sia sufficiente a dimostrare il difetto - nel lavoratore - di un minimo di bagaglio tecnico, la prova deve ritenersi validamente espletata e indiscutibile l'esito negativo della stessa, con conseguente legittimità del licenziamento»* (Cass. 20 dicembre 1982, n. 7031).

Se invece, come prevede l'art. 2096, comma 3, cod. civ. «*la prova è stabilita per un tempo minimo necessario, la facoltà di recesso non può esercitarsi prima della scadenza del termine*», malgrado qualsiasi circostanza di fatto che potrebbe altrimenti giustificare il recesso prima del termine. Per questa particolare previsione non si ritrova la prescrizione della pattuizione in forma scritta: deve quindi ritenersi valido non solo un accordo verbale espresso, ma anche la manifestazione tacita di volontà delle parti (Cass. 6 luglio 1961, n. 1618), a condizione che la parte interessata dia la prova dell'esistenza della clausola. Naturalmente, durante il periodo di prova, le parti sono tenute al pieno rispetto di tutte le norme di legge e contrattuali, non solo per quanto riguarda i rapporti fra le parti, ma anche per quanto attiene alle disposizioni in materia di assicurazioni sociali obbligatorie.

2.9.4. Risoluzione per esito negativo della prova

Il codice civile (art. 2096, comma 3) prevede che durante il periodo di prova ciascuna delle parti può recedere dal contratto senza obbligo di preavviso o d'indennità. Non vi è necessità di motivare il licenziamento in periodo di prova. In merito all'imputabilità del licenziamento ad un motivo illecito la giurisprudenza (Cass. 8 febbraio 1985, n. 1017) ha affermato che il recesso dell'imprenditore in periodo di prova, pur essendo sottratto alla disciplina limitativa dei licenziamenti individuali non è tuttavia rimesso al *merum arbitrium* del datore di lavoro, atteso che da un lato deve essere collegato all'esito dell'esperienza, che del patto di prova costituisce la causa tipica e, dall'altro, non può essere diretto ad eludere norme imperative né essere fondato su motivo illecito determinante. In giurisprudenza (Cass. 21 luglio 2001, n. 9948) troviamo confermato un indirizzo ormai consolidato in materia di motivo lecito di recesso del datore di lavoro in periodo di prova, secondo cui «*il potere discrezionale del datore di lavoro di recedere nel corso del periodo di prova è legittimamente esercitato quando rifletta l'accertamento e la valutazione non soltanto degli elementi di fatto concernenti la capacità professionale del lavoratore, ma anche degli elementi concernenti il comportamento complessivo dello stesso, quale è desumibile anche dalla sua correttezza e dal modo in cui si manifesta la sua personalità*». Nell'ipotesi di recesso del datore di lavoro, prima del compimento del periodo di prova del lavoratore, la declaratoria della sua illegittimità non comporta che il contratto di lavoro debba essere considerato stabilmente costituito, bensì il mero proseguimento del rapporto in prova fino alla scadenza del relativo periodo, previo scomputo del tempo successivo a quello del recesso per cui sia mancata la prestazione (Cass. 21 gennaio 1985, n. 233). In caso di risoluzione del rapporto di lavoro prima di aver superato la prova, al lavoratore compete, oltre alla normale retribuzione corrente, anche il trattamento di fine rapporto, i ratei di ferie maturati, l'indennità di anzianità e

non fruiti e i ratei delle mensilità aggiuntive maturati, ciò in base alla dichiarazione di parziale illegittimità costituzionale dell'art. 2096, comma 3, cod. civ., e dell'art. 10, legge n. 604/1966 che li escludevano.

2.9.5. Conferma definitiva in servizio

Non è richiesta alcuna formalità per la conferma definitiva in servizio del lavoratore assunto con patto di prova. Infatti nell'ultimo comma dell'art. 2096 cod. civ. si legge che «*compiuto il periodo di prova, l'assunzione diviene definitiva e il servizio prestato si computa nell'anzianità del prestatore di lavoro*». Il computo dell'anzianità si deve intendere a tutti gli effetti di legge e contrattuali. Per quanto riguarda il rapporto di lavoro domestico, l'art. 5, comma 4, della legge 2 aprile 1958, n. 339 afferma che «*il lavoratore, che ha superato il periodo di prova senza aver ricevuto disdetta, s'intende automaticamente confermato*».

2.9.6. Assunzioni obbligatorie

Si ritiene ammissibile la stipulazione del patto di prova anche per gli assunti in base alle norme del collocamento obbligatorio dei disabili a condizione che la prova tenda unicamente ad accertare la residua capacità lavorativa dell'invalido, senza alcun riferimento alla sua menomazione.

2.9.7. Rapporto di lavoro a tempo parziale e a tempo determinato

Nessun dubbio circa la possibilità di stabilire un periodo di prova secondo le norme generali anche per il rapporto a tempo parziale. I contratti collettivi possono provvedere a modulare la durata del periodo di prova qualora l'assunzione avvenga con contratto a tempo parziale verticale o ciclico, mentre nel caso di tempo parziale orizzontale, la durata del periodo di prova è quello previsto per il tempo pieno, in armonia con il principio di non discriminazione. Non vi sono remore all'applicazione della normale normativa relativa al patto di prova anche per i contratti a termine.

2.9.8. Apprendistato

Il periodo di prova è ammesso, ma chiaramente oggetto del patto di prova non può essere quello di accertare la capacità di lavoro dell'apprendista, bensì di verificare la sua capacità di apprendimento (art. 2, comma 1, *lett. a*), del D.Lgs. n. 167/2011).

2.9.9. Non ammissibilità della clausola compromissoria

L'art. 31, comma 10, della legge n. 183/2010 ha sancito che durante il periodo di prova apposto ex art. 2094 cod. civ. non può essere sottoscritta la

clausola compromissoria per devolvere all'arbitrato irrituale le controversie nascenti dal rapporto di lavoro (con esclusione di quelle riguardanti il recesso).

In schema

Argomento	Note
Scopo	Per il <i>datore di lavoro</i> : accertare l'idoneità del lavoratore all'incarico che si intende affidargli. Per il <i>lavoratore</i> : accertare natura, modalità di esecuzione, ambiente e rispondenza alle condizioni offerte.
Formalità	È richiesto l'atto scritto (in mancanza il rapporto è definitivo).
Durata	Salvo alcune norme di legge che stabiliscono una durata massima per gli impiegati, valgono le norme dei contratti collettivi. Non è ammesso il rinnovo della prova (salvo che, malgrado la proroga, non vengano superati i periodi massimi di durata). In sede di contrattazione individuale è possibile ridurre la durata prevista dalla contrattazione collettiva (non prolungarla). Potrebbe essere prevista una durata minima garantita.
Obblighi delle parti	Sono gli stessi che esistono nel corso normale del rapporto, salvo quello del preavviso per la risoluzione del rapporto. In più le parti <i>«sono rispettivamente tenute a consentire e a fare l'esperimento che forma oggetto del patto di prova»</i> .
Esito negativo della prova	Il rapporto può essere interrotto da ambo le parti senza obbligo di preavviso (salvo che sia previsto un periodo minimo). In caso di licenziamento da parte del datore di lavoro lo stesso non è tenuto a dare una giustificazione; il lavoratore potrebbe però eccepire (dandone la prova) che il licenziamento è determinato da cause illecite (licenziamento discriminatorio e simili).
Conferma definitiva in servizio	Avviene automaticamente per il semplice fatto che il rapporto continua dopo trascorso il periodo di prova; non occorre una conferma esplicita. Superato il periodo di prova tutte le anzianità decorrono dall'inizio del periodo di prova.
Rapporti di lavoro particolari	Il patto di prova è compatibile con i rapporti di lavoro particolari.