

Approfondimenti

Contratti di lavoro

Patto di prova dopo il Decreto Trasparenza

Eufranio Massi

Il **D.Lgs. 20 giugno 2022, n. 104** (1) ha introdotto dal 13 agosto 2022 nuovi obblighi informativi del datore di lavoro nei confronti dei lavoratori al momento dell'instaurazione del rapporto di lavoro e non solo, che hanno richiesto un cambiamento repentino nell'amministrazione del personale. (2)

Con riferimento al periodo di prova il c.d. "Decreto Trasparenza" è intervenuto con due: **i) comma 1, lett. h**), dell'**art. 4** che ha sostituito *in toto* il vecchio art. 1 del D.Lgs. n. 152/1997, allorché si afferma che la durata del periodo di prova, se previsto, va inserita nel contratto di assunzione; **ii) art. 7** ove vengono inseriti "cor-

rettivi" alla disciplina vigente, con disposizioni che, da un lato ne sanciscono la effettività e, dall'altro, tendono sempre più a restringerne l'operatività del datore di lavoro che vede rimpicciolirsi l'ambito di applicazione della clausola.

Definizione del patto di prova

L'approfondimento relativo alle novità introdotte non può non tener conto della previsione dell'**art. 2096 c.c.** e delle elaborazioni dottrinarie e giurisprudenziali che, peraltro, vengono anche riprese dalle nuove norme.

Art. 2096 (Assunzione in prova)

Salvo diversa disposizione [delle norme corporative], 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 l'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.

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

Il patto di prova **non è obbligatorio**, infatti, il datore di lavoro è tenuto a comunicare al lavoratore «la durata del periodo di prova, **se previsto**» (v. art. 4, comma 1, *lett. h*), D.Lgs. n. 104/2022). L'**obbligo di informazione** sul patto di prova è **assolto** mediante la **consegna** al lavoratore, all'atto dell'instaurazione del rapporto di lavoro e, comunque, prima dell'effettivo inizio della prestazione lavorativa, della **lettera di assunzione redatta per iscritto** e firmata da entrambe le

parti, contenente anche la clausola sul patto di prova.

La "prova" consiste in un **periodo**, determinato, nella stragrande maggioranza dei casi dalla **contrattazione collettiva**, durante il quale imprenditore e prestatore di lavoro sono rispettivamente tenuti a consentire e a fare l'esperimento che forma oggetto del patto di prova e, soltanto al termine di esso, il rapporto diviene definitivo se il datore di lavoro non recede.

(1) D.Lgs. n. 104/2022 «Di attuazione della Direttiva (UE) 2019/1152 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019, relativa a condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili nell'Unione europea», pubblicato nella G.U. n. 176, serie generale, del 29 luglio 2022, n. 176, in vigore dal 13 agosto 2022.

(2) Ci si permette di rinviare a Eufanio Massi, *Nuovi obblighi per i datori di lavoro nelle assunzioni di personale*, in *Dir. prat. lav.*, 2022, 32-33, pagg. 2004 ss. V. anche, Francesco Ro-

tondi, *Nuove norme per la redazione dei contratti di lavoro: cui prodest?*, in *Dir. prat. lav.*, 2022, 37, pagg. 2205 ss.; Marco Soffientini, *Decreto trasparenza e nuovi obblighi in materia di privacy*, in *Dir. prat. lav.*, 2022, 37, pagg. 2219 ss.; Gabriele Fava, *Decreto Trasparenza e nuovi obblighi informativi*, in *Dir. prat. lav.*, 2022, 38, pagg. 2277 ss.; Pierluigi Rausei, *Sistema sanzionatorio per gli obblighi di informazione*, *Dir. prat. lav.*, 2022, 41, pagg. 2479 ss.

La **facoltà di recesso** è duplice e riguarda anche il lavoratore ma l'esperienza ci insegna che a farne uso è quasi sempre il datore di lavoro. Sembra 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.

La mancanza della **forma scritta** comporta la nullità del patto e in sede di ricorso giudiziale, non può essere sostituita dalla prova per testimoni.

Durante la prova, che, come già evidenziato, è una condizione che può anche non essere inserita nel contratto di lavoro subordinato, il **trattamento economico e normativo** applicabile al dipendente è quello normale, come normali sono gli altri istituti come il lavoro straordinario, le ferie, le malattie, i permessi, la tutela della maternità, ecc.

Clausola contrattuale

La clausola relativa al patto di prova deve **indicare**, in maniera specifica e puntuale (e non generica o, in via indiretta) le **mansioni** che il lavoratore deve espletare, anche **richiamando** l'articolato del **Ccnl** ove le stesse sono ben delineate. Tale onere è, assolutamente, da assolvere se si vuole individuare il parametro in base al quale il datore decide, al termine del periodo, se confermare o meno, in via definitiva, il dipendente.

Vale la pena di ricordare che se il datore adibisce il prestatore a mansioni diverse da quelle indicate nel patto di prova, la conseguenza è una soltanto: la nullità del patto stesso e la costituzione del rapporto a tempo indeterminato sin dall'inizio se la prova era stata, ovviamente, apposta ad un contratto a tempo indeterminato.

Il patto di prova è inseribile anche in un contratto stipulato con un **portatore di handicap** assunto a copertura dell'**obbligo** previsto dalla **legge n. 68/1999**: ciò lo si evince, indirettamente, da quanto affermato dall'art. 11, laddove si prevede la possibilità che, a seguito di convenzione sottoscritta dall'azienda con il Servizio per l'Impiego, possa essere previsto un **periodo di prova più lungo**, in considerazione delle condizioni generali del disabile. Ovviamente, come ricordato più volte dalla Cassazione, occorre assegnare la persona a mansioni confacenti alla propria invalidità psico-fisica e la valutazione datoriale deve tenere conto della situazione di disabilità del soggetto, non potendo il periodo di prova essere lo strumento per aggirare gli oneri imposti dalla legge.

Prima di entrare nel merito delle novità inserite nell'art. 7 si ricorda che il patto è **inseribile in ogni tipologia contrattuale** relativa ai contratti di lavoro subordinato (tempo indeterminato, determinato, tempo parziale, apprendistato, somministrazione, ecc.).

Nuovi limiti

Durata nei contratti a tempo indeterminato

L'art. 7, primo comma, del **D.Lgs. n. 104/2022** dispone che, fatta salva una durata inferiore prevista dai contratti collettivi, la prova **non può avere una durata superiore ai sei mesi**.

Per la verità tale disposizione non appare una novità, in quanto la durata massima già risultava indirettamente dall'art. 10 della legge n. 604/1966 laddove, a seguito di una decisione della Corte costituzionale, si stabilì che la tutela contro il licenziamento illegittimo è applicabile pur se le parti avevano stabilito una durata più lunga dei sei mesi. Tale decisione, ora superata, dall'affermazione chiara dell'art. 7, consentiva di fissare indirettamente la durata massima perché, trascorsi sei mesi, l'effetto tipico del recesso al termine della prova, veniva meno.

Durata nei contratti a termine

Il **comma 2 dell'art. 7** afferma un principio giusto: nei **rapporti a tempo determinato** (contratto di lavoro a termine, somministrazione a termine, contratto di lavoro intermittente a termine), il **periodo di prova** va stabilito in **misura proporzionale** rispetto alla **durata** del contratto ed alle **mansioni** da svolgere e in caso di **rinnovo del contratto** per lo svolgimento delle **stesse mansioni, non può essere inserito** nel contratto un nuovo periodo di prova.

Il comma 2 pone alcuni problemi operativi non secondari in ordine alla identificazione della **durata proporzionale del patto di prova**, in quanto la norma è in vigore dal 13 agosto 2022 e i Ccnl prevedono, salvo rarissime eccezioni, la durata soltanto rapportata al tempo indeterminato: quest'ultima, in genere, è espressa in giorni per le qualifiche più elementari o in mesi.

In attesa delle determinazioni dell'autonomia collettiva, occorrerà trovare un **metodo** non infallibile, ma di **buon senso**, se si vuole inserire nel contratto il patto di prova: sul punto, le due note di prassi amministrativa finora emanate dal-

Approfondimenti

l'Ispettorato Nazionale del Lavoro, la circolare 10 agosto 2022, n. 4 del e la circolare n. 20 settembre 2022, n. 19 del Ministero del Lavoro, non offrono alcuna indicazione.

Ipotesi di calcolo

Ad avviso di chi scrive, si potrebbe pensare che nei **contratti a tempo determinato di durata pari o superiore a dodici mesi** la durata della prova potrebbe essere quella prevista dal Ccnl applicato per i rapporti a tempo indeterminato,

mentre per quelli di **durata inferiore** si potrebbe procedere a dividere per dodici che sono i mesi dell'anno la durata prevista, moltiplicando il risultato ottenuto per i mesi di ogni singolo contratto. Ci si rende conto come tale criterio (come altri ugualmente ipotizzabili) possa presentare punti deboli e, quindi, essere oggetto di contestazioni ma, al momento, mancando le determinazioni contrattuali, si ritiene che questa possa essere la strada più percorribile.

Art. 7 (Durata massima del periodo di prova)

1. Nei casi in cui è previsto il periodo di prova, questo non può essere superiore a sei mesi, salva la durata inferiore prevista dalle disposizioni dei contratti collettivi.
2. Nel rapporto di lavoro a tempo determinato, il periodo di prova è stabilito in misura proporzionale alla durata del contratto e alle mansioni da svolgere in relazione alla natura dell'impiego. In caso di rinnovo di un contratto di lavoro per lo svolgimento delle stesse mansioni, il rapporto di lavoro non può essere soggetto ad un nuovo periodo di prova.
3. In caso di sopravvenienza di eventi, quali malattia, infortunio, congedo di maternità o paternità obbligatori, il periodo di prova è prolungato in misura corrispondente alla durata dell'assenza.
4. Per le Pubbliche Amministrazioni continua ad applicarsi l'articolo 17 del D.P.R. 9 maggio 1994, n. 487.

Sospensione e prolungamento del periodo di prova

Rinnovo contrattuale

La seconda questione che merita una riflessione riguarda il fatto che **non è possibile** sottoporre ad un **nuovo periodo di prova** un lavoratore che viene **riassunto**, con le **stesse mansioni**, per un rapporto a termine.

Una eventuale **apposizione** risulterebbe **illegittima** ed il rapporto sarebbe costituito, senza prova, sin dall'inizio.

La norma che si commenta è inserita in un comma ove si parla, soltanto di rapporti a termine.

Da ciò discende, ad avviso di chi scrive, che l'apposizione della clausola non è possibile anche nel caso in cui il lavoratore sia stato, prima, utilizzato attraverso un contratto di somministrazione per essere, poi, assunto con un contratto a tempo determinato dallo stesso utilizzatore: tutto questo discende dalla unicità e, per certi versi, dalla sovrapposizione tra contratto a tempo determinato e somministrazione a termine che si rileva dalla lettura del D.Lgs. n. 81/2015.

Vale la pena di ricordare come, in passato, la stessa Cassazione abbia visto, con sfavore, la **reiterazione del periodo di prova**, ammettendolo, soltanto nella misura in cui lo stesso fosse stato ritenuto funzionale dalle parti per sperimentare la convenienza reciproca.

Principio di effettività

Il **comma 3 dell'art. 7** esprime un principio molto importante: la **prova** deve essere **effettiva**, ossia il lavoratore deve prestare la propria attività ed i giorni di assenza, quantomeno quelli specificati dalla norma, debbono essere recuperati.

Infatti, si afferma che la **durata è prolungata** in presenza «di sopravvenienza di **eventi quali** malattia, infortunio, congedo per maternità o paternità obbligatori».

Il principio di effettività supera, quindi, un indirizzo, sia pure minoritario, secondo il quale il calcolo deve essere effettuato secondo il calendario.

Il riferimento ad assenze legate a precise tipologie è esaustivo o no?

Il Legislatore delegato, inserendo la **locuzione «quali»**, lascia aperta la **possibilità** anche alla assenza di prestazione lavorativa dovuta da **altre cause** come, ad esempio, una sospensione dell'attività con il conseguente ricorso alla integrazione salariale (ordinaria o straordinaria), cosa possibile anche per un lavoratore con un patto di prova superiore ai trenta giorni che rappresentano il minimo di anzianità nell'unità produttiva interessata richiesto dall'art. 1, comma 2, del D.Lgs. n. 148/2015 per poter accedere all'ammortizzatore.

In ogni caso, anche considerando le quattro assenze richiamate dal comma 3, il potere del dato-

re di interrompere anche in costanza del periodo di prova e non alla fine (perché, ad esempio, il Ccnl lo permette) trova un **ulteriore limite**: si pensi, ad esempio, ai congedi per maternità della donna o a quello obbligatorio del padre previsto dall'art. 27-bis del D.Lgs. n. 151/2001, introdotto dal D.Lgs. n. 105/2022, pari ad un massimo di dieci giorni fruibili, anche in maniera non continuativa, nel periodo compreso tra il settimo mese di gravidanza ed i cinque mesi successivi alla nascita del bambino (il diritto è, ovviamente, esteso in caso di adozione od affidamento dal momento della entrata del minore nell'ambito familiare). È appena il caso di aggiungere che quando si parla di congedo per il padre occorre tenere presente anche l'art. 28, ove il padre fruisce del congedo obbligatorio "totale" in sostituzione della madre (perché morta o gravemente malata, perché si è allontanata ed il padre risulta l'unico affidatario). Di più l'art. 7 non dice, se non che per i **dipendenti pubblici** queste novità non valgono in quanto per gli stessi occorre sempre far riferimento all'art. 17 del **D.P.R. n. 494/1987** in base al quale i vincitori di concorsi pubblici sono assunti in prova con le modalità previste dai singoli ordinamenti.

Recesso

Quanto appena detto in ordine alle nuove disposizioni può incidere (si pensi alla norma sulla effettività del periodo di prova) sulla legittimità della clausola: cosa succede in caso di recesso durante il periodo di prova?

L'art. 2096 c.c. afferma che **durante il periodo di prova** ciascuna parte può recedere **senza** obbligo di alcun **preavviso** od **indennità** e senza applicazione di alcuna tipizzazione in merito al legittimo recesso *ex lege* n. 604/1966: sul punto, in passato, la legittimità fu oggetto di pronunce da parte della Corte costituzionale che, con le sentenze, n. 189/1980 e n. 172/1996 ebbe modo di confermare la norma.

Il recesso può avvenire in qualsiasi momento **a meno che il Ccnl o il contratto individuale non prevede una durata minima necessaria**, cosa che comporta l'impossibilità del recesso prima della scadenza del termine.

Il **datore di lavoro non** è tenuto a **motivare il recesso** e la propria **discrezionalità** che appare molto **ampia** è finalizzata, unicamente, a valutare la capacità e l'attitudine professionale del lavoratore. Spetta al lavoratore, in sede di eventuale giudizio, dimostrare che il recesso è stato determinato da motivo illecito (ad esempio, la prova non stata adeguatamente esperita), o che la prova non si è svolta con modalità e termini adeguati o che essa è stata superata con esito positivo.

Tutele

In presenza di un licenziamento invalido, il datore di lavoro è obbligato a far proseguire la prova, con la possibilità per il lavoratore di chiedere, in via alternativa, un risarcimento del danno, ravvisandosi, nel caso una responsabilità datoriale di natura contrattuale *ex art. 2218 c.c.*

È utile ricordare l'intervento della Suprema Corte (Cass. civ., sez. lav., 12 settembre 2016, n. 17921), la quale ha «ribadito, primariamente, che la **legittima recedibilità** ha come inevitabile **presupposto** la circostanza obiettiva che il **patto di prova** deve essere stato **validamente apposto**, con la conseguenza che **in difetto** dei requisiti di sostanza o di forma prescritti dalla legge, la nullità del patto di prova, quale nullità della clausola apposta al contratto, individua una nullità parziale che non si estende all'intero contratto di lavoro, ma determina «la **conversione** (in senso atecnico) del **rapporto in prova in rapporto ordinario** (...) e trova applicazione, ricorrendo gli altri requisiti, il regime ordinario del licenziamento individuale» (Cass. civ., sez. lav. 18 novembre 2000, n. 14950). Ne consegue, quindi, che il recesso intimato per ritenuto esito negativo della prova, sul presupposto erroneo della **pretesa validità del patto di prova** ovvero in ragione della **errata convinzione** della persistenza del periodo di prova (in realtà già scaduto), non rientra nel novero della recedibilità *ad nutum* ai sensi dell'art. 2096 c.c., ma piuttosto un **licenziamento** da assoggettarsi alla **ordinaria verifica giudiziale** circa la sussistenza di una giusta causa o di un giustificato motivo (nello stesso senso già Cass. civ., sez. lav., 19 agosto 2005, n. 17045 e Cass. civ., sez. lav., 22 marzo 1994, n. 2728)». (3)

(3) Pierluigi Rausei, *Nullità della prova, illegittimità e conseguenze del licenziamento*, in *Dir. prat. lav.*, 2016, 42, pagg.

2479-2485; Pierluigi Rausei, *Diritto del lavoro*, IPSOA Manuali, Wolters Kluwer, 2022, pagg. 748-749.