

# Patto di prova

**Michela Pistoni** - Avvocato e funzionario della Direzione provinciale del lavoro di Modena (\*)

L'importanza del patto di prova deriva dal fatto che il suo inserimento all'interno di un contratto di lavoro subordinato permette che al suo termine sia il datore di lavoro che il lavoratore possano sciogliersi dal vincolo contrattuale senza necessità di preavviso o motivazione.

L'attuale mercato del lavoro, caratterizzato da una forte crisi occupazionale, ha portato poi di fatto ad una imposizione unilaterale della clausola *de qua* da parte del datore di lavoro, che può in tal modo verificare l'attitudine e le capacità del prestatore d'opera prima di un'assunzione definitiva, e farlo poi cessare al termine del patto legittimamente e senza addurre alcuna motivazione.

Il patto di prova è infatti caratterizzato dall'attribuire al datore di lavoro un potere di recesso la cui discrezionalità si esplica senza obbligo di fornire al lavoratore, alcuna motivazione, neppure in caso di contestazione, sulla valutazione della capacità e del comportamento professionale del lavoratore stesso (1).

Altra sua peculiarità è sottrarre il rapporto di lavoro subordinato cui è apposto, per il periodo di sei mesi, alla disciplina dei licenziamenti individuali.

Analizziamone i tratti fondamentali.

## Nozione e natura giuridica

Il patto di prova è una clausola inseribile in ogni tipologia contrattuale di lavoro subordinato attraverso la quale l'assunzione definitiva viene subordinata all'esito positivo di un periodo - denominato per l'appunto di prova - ricompren-

so all'interno di un rapporto contrattuale di lavoro subordinato regolarmente costituito tra le parti (2).

Durante tale arco temporale, variabile a seconda della tipologia contrattuale prescelta, del contratto collettivo nazionale di categoria applicato (in seguito Ccnl) e delle mansioni affidate al lavoratore, il datore di lavoro può verificare le capacità professionali del prestatore di lavoro e la sua idoneità a svolgere le mansioni previste dal contratto sottoscritto. Al contempo, il lavoratore ha la possibilità di valutare la sua convenienza allo svolgimento di quel determinato rapporto di lavoro (3).

Tale istituto è infatti stato previsto a tutela di entrambe le parti contrattuali, pertanto l'interesse al suo svolgimento è almeno in astratto reciproco.

Da quanto sopra esposto, è evidente dunque la sua natura di elemento accidentale del contratto di lavoro, che presenta elementi sia del termine che della condizione.

Seppur di fronte ad una dottrina discorde (4), in seguito alla sentenza della Corte costituzionale n. 189/1980 il patto di prova può essere considerato come un patto di libera recedibilità senza preavviso da un rapporto di lavoro subordinato.

Compiuto il periodo di prova, ove nessuna delle parti receda, il rapporto diventa definitivo ed il servizio prestato si computa nell'anzianità del prestatore di lavoro (comma u.c. art. 2096 c.c.).

## Requisiti di forma

La legittimità del patto di prova discende dall'art. 2096 c.c. ma sono i singoli Ccnl a stabilirne la durata massima, non

prorogabile, generalmente di sei mesi.

Il primo requisito richiesto dalla legge è la forma scritta, con data anteriore o contestuale alla costituzione del rapporto di lavoro. La forma scritta è richiesta tradizionalmente *ad substantiam* (5), pertanto, se manca, la clausola si ritiene non apposta.

Infatti, per giurisprudenza consolidata l'inciso del primo comma della art. 2096 c.c. «salva diversa disposizione»

### Note:

(\*) Le considerazioni esposte sono frutto esclusivo del pensiero dell'autore e non hanno carattere in alcun modo impegnativo per l'Amministrazione di appartenenza.

(1) Cass. civ., sent. n. 23231/2010.

(2) Il lavoratore deve pertanto essere stato preventivamente comunicato al competente Centro per l'impiego. Nella pratica infatti i lavoratori ritengono ammissibile lo svolgimento di un periodo di lavoro senza alcuna regolarizzazione poiché in prova. Ciò è contrario alla legge, poiché il periodo di prova si inserisce necessariamente all'interno di un contratto di lavoro subordinato che deve essere comunicato nei termini di legge.

(3) Con sentenza n. 5016 dell'11 marzo 2004, la Cassazione ha affermato che il patto di prova apposto al contratto di lavoro mira a tutelare l'interesse dei contraenti a sperimentare la reciproca convenienza del contratto, sicché deve ritenersi illegittimamente apposto un patto in tal senso che non sia funzionale alla suddetta sperimentazione per essere questa già avvenuta con esito positivo nelle specifiche mansioni e per avere in precedenza il lavoratore prestato per un congruo tempo la propria opera presso il datore di lavoro.

(4) La dottrina maggioritaria ritiene che l'apposizione del patto di prova sottopone il rapporto di lavoro subordinato ad una condizione, senza però incidere sulla unicità del rapporto, in cui sono distinguibili due fasi: una prima fase caratterizzata dallo svolgimento di un periodo di lavoro di prova durante il quale le parti si impegnano reciprocamente a consentire il corretto svolgimento ed entro i cui limiti è consentito recedere liberamente, ed una seconda fase in cui, scaduto il patto di prova, il rapporto di lavoro diventa definitivo, in mancanza di recesso.

(5) Di contrario avviso Cass. n. 3015/1979, secondo la quale la forma scritta del patto di prova è richiesta a soli fini probatori.

si riferisce esclusivamente ai contratti collettivi stipulati dai sindacati nell'abrogato sistema corporativo. Oggi dunque l'obbligatorietà della forma scritta non può essere derogata da alcun Ccnl *post* corporativo, compresi quelli con efficacia *erga omnes*. A ciò consegue che se un Ccnl prevede la clausola di prova come condizione generale di assunzione di determinate categorie di lavoratori, per la validità del relativo patto (in questo caso *ad probationem*) occorre pur sempre il suo inserimento all'interno del contratto di lavoro.

La pattuizione per iscritto del periodo di prova deve essere antecedente o contestuale l'inizio del rapporto di lavoro. Se apposto successivamente alla costituzione del rapporto di lavoro è nullo (6), con automatica ed immediata assunzione definitiva del lavoratore. Con sentenza n. 22308/2004, la Cassazione ha inoltre precisato che il patto di prova non può essere inserito nemmeno dopo la conclusione del contratto, quandanche ciò avvenga con un atto antecedente l'inizio della prestazione lavorativa.

## Durata

La funzione del patto di prova comporta la sua durata limitata nel tempo, generalmente di sei mesi.

Se il contratto individuale di lavoro prevede una durata superiore a quella prevista dal Ccnl di categoria, sarà il giudice a dover accertare che nel caso concreto tale maggior durata sia pregiudizievole degli interessi del lavoratore nel singolo caso concreto. È legittimo un patto di prova con durata più lunga di quella prevista dal contratto collettivo di categoria, ma ciò può essere giustificato esclusivamente in considerazione di mansioni particolarmente complesse, che attribuiscono ad entrambe le parti l'interesse allo svolgimento di un periodo di prova più lungo.

Altro requisito di legittimità è che il periodo di prova sia lavorato.

Vale a dire, affinché il periodo di prova possa essere valutato sia dal datore di lavoro che dal prestatore d'opera, è indispensabile che la prestazione lavorativa sia stata effettivamente svolta.

Per il corretto computo della sua durata, nel caso in cui sia pattuito in giorni deve farsi riferimento unicamente ai giorni di lavoro compiuti, mentre se pattuito a mesi andrà calcolato con riferimento ai mesi stessi secondo il calendario comune, facendo coincidere il giorno del mese di scadenza con quello del mese iniziale, senza tener conto della durata dei singoli mesi e senza calcolare i giorni di lavoro in cui la prestazione non è stata effettuata perché non dovuta.

Salvo una diversa pattuizione contrattuale, il periodo di prova è poi sospeso dal godimento delle ferie annuali, così come da altri eventi non prevedibili al momento della stipulazione del contratto di lavoro, vale a dire malattia, infortunio, gravidanza e puerperio, permessi, sciopero e la sospensione dell'attività del datore di lavoro.

Il termine del periodo di prova verrà infatti sospeso (e non interrotto) tutte le volte in cui per circostanze imprevedibili (come la malattia, gli infortuni, le ferie o scioperi) il lavoratore non possa prestare la sua prestazione lavorativa, per riprendere a decorrere dal primo giorno di lavoro effettivamente prestato.

Il lavoratore ha quindi diritto, nelle ipotesi sopra descritte, al recupero delle giornate perdute e a vedersi pertanto posticipata la scadenza del periodo di prova previsto contrattualmente.

Eventi invece che comportano ordinariamente una sospensione del rapporto, come le festività ed il riposo settimanale, non incidono sul calcolo delle giornate di prova, non costituendo né interruzione né sospensione del termine contrat-

tualmente siglato tra le parti (7).

Verranno poi computate per intero le giornate di lavoro in cui la prestazione viene parzialmente svolta.

## Diritti e doveri delle parti

Entrambe le parti devono consentire all'altra il corretto espletamento del periodo di prova.

Il datore di lavoro ha pertanto l'obbligo di consentire al lavoratore lo svolgimento del rapporto di lavoro durante la prova ed analogo dovere incombe sul lavoratore.

Da ciò consegue che la facoltà di recesso può essere esercitata esclusivamente se viene rispettato l'obbligo di fare e consentire lo svolgimento del periodo di prova.

Durante il periodo di prova, il datore di lavoro ed il lavoratore possono recedere dal contratto in ogni momento, senza obbligo di preavviso, senza giusta causa o giustificato motivo, a meno che non abbiano pattuito una durata minima del periodo di prova.

Il datore di lavoro dunque ha una libera facoltà di recesso, rimessa ad una sua valutazione discrezionale ma non arbitraria. Lo scioglimento del vincolo contrattuale per volontà del datore di lavoro al termine del periodo di prova infatti non è insindacabile.

A tal proposito, la giurisprudenza ritiene che il lavoratore possa contestare la legittimità del licenziamento se non gli è stato consentito, per inadeguatezza della durata della prova o per altri motivi, di dar prova del suo comportamento e delle sue qualità professionali alle quali era preordinato il patto di prova.

Si pensi ad esempio di accertata non idoneità all'impiego in seguito a visita medica preventiva: parte della giurispru-

### Note:

(6) Cass. sez. lav. n. 25/1995.

(7) Cass. civ., sent. n. 9304/1996.

denza riteneva che il lavoratore non potesse esser licenziato alla fine del periodo di prova se in seguito all'esito della visita medica preventiva non gli era stato permesso di prestare attività lavorativa (8).

D'altro canto, è lo stesso il codice civile a disporre che entrambe le parti contrattuali sono tenute «a consentire e a fare l'esperimento che forma oggetto del patto di prova».

Il lavoratore può poi dimostrare che il recesso è stato determinato da un motivo illecito e discriminante, cioè da un motivo non collegato all'esito dell'esperimento, e per tale ragione nullo.

È certamente sempre possibile la stipulazione di un contratto di lavoro subordinato senza la previsione di un patto di prova, ma nella pratica la sua esclusione è dovuta ad una contrattazione tra datore di lavoro e lavoratore nella quale intervengono in modo decisivo le parti sociali: a titolo esemplificativo, pensiamo ad una esternalizzazione di un ramo d'azienda, i cui lavoratori interessati prestino attività lavorativa per la ditta cedente da svariati anni e con contratto a tempo indeterminato. In tale evenienza, la sottoscrizione di un patto di prova all'interno di un nuovo contratto di lavoro potrebbe rendersi superflua, seppur legittima con un datore di lavoro diverso, in considerazione del fatto che le mansioni che il lavoratore andrebbe a svolgere per la ditta acquirente sono le medesime da lui svolte da anni presso la ditta cedente, ed accettare la sottoscrizione di un contratto di lavoro con apposizione del patto di prova lo esporrebbe ad un incauto rischio di facile risoluzione del contratto da parte del datore di lavoro (9).

Se il periodo di prova è già stato svolto e superato con esito positivo, attraverso lo svolgimento di un precedente rapporto di lavoro tra le parti avente ad oggetto le medesime mansioni, l'inserimento del patto in un nuovo rapporto

contrattuale viene considerato illegittimo (10).

## Tipologie contrattuali

Quanto alla tipologia di contratto a cui può essere apposto, il patto di prova può essere applicato ad ogni tipologia di contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato.

La giurisprudenza maggioritaria lo ritiene altresì applicabile anche al contratto a termine, poiché la durata certa di un contratto di lavoro fin dall'inizio della sua stipulazione non inficia in alcun modo la *ratio* sottesa alla sua applicazione.

Allo stesso modo, deve ritenersi pienamente compatibile ai contratti con carattere formativo, purché ovviamente non abbia ad oggetto le capacità tecnico professionali dell'apprendista o del giovane, che devono formarsi proprio attraverso lo svolgimento del rapporto contrattuale con carattere formativo, bensì l'astratta idoneità ad apprendere gli insegnamenti previsti ai fini del conseguimento di una certa qualifica professionale. Piuttosto dubbia è invece, a parere di chi scrive, l'applicazione del patto di prova ai contratti a chiamata (c.d. *job on call*) e ai contratti di lavoro accessorio.

Il contratto di lavoro intermittente o a chiamata è un accordo mediante il quale il lavoratore mette a disposizione del datore di lavoro la sua prestazione lavorativa, che il datore può utilizzare quando lo ritiene opportuno, in astratto anche mai.

Tale contratto ricordiamo che può essere stipulato sia a tempo determinato sia a tempo indeterminato, con o meno obbligo di disponibilità del lavoratore.

Proprio in considerazione del suo schema negoziale, caratterizzato da un insieme di lavori discontinui, questa tipologia contrattuale di lavoro subordinato mal si concilia con il patto di prova, se non

probabilmente in caso di contratto di lavoro intermittente a tempo indeterminato con obbligo di disponibilità del lavoratore.

Il lavoro accessorio invece è una modalità lavorativa, studiata dal D.Lgs. n. 276/2003 e s.m.i. per assicurare le tutele minime previdenziali ed assicurative a determinate categorie di lavoratori, nell'ambito però pur sempre di una prestazione di natura meramente occasionale e saltuaria.

Trattandosi pertanto la prestazione di natura occasionale e già di per sé saltuaria, non avrebbe senso, ad avviso di chi scrive, apporvi anche il patto di prova, previsto peraltro solamente per i rapporti di lavoro subordinato.

Apposto in un contratto di lavoro interinale può essere invece illegittimo se le mansioni svolte nei due periodi siano sostanzialmente le stesse, e

### Note:

(8) Corte cost. sent. n. 189/1980, secondo cui «Affermato l'obbligo delle parti "a consentire e a fare l'esperimento che forma oggetto del patto di prova" (art. 2096, secondo comma, c.c.), ne discende un primo limite alla discrezionalità dell'imprenditore, nel senso che la legittimità del licenziamento da lui intimato durante il periodo di prova può efficacemente essere contestato dal lavoratore quando risulti che non è stata consentita, per la inadeguatezza della durata dell'esperimento o per altri motivi, quella verifica del suo comportamento e delle sue qualità professionali alle quali il patto di prova è preordinato. Più in generale, si può affermare che la "discrezionalità" dell'imprenditore si esplica nella valutazione delle capacità e del comportamento professionale del lavoratore, così che il lavoratore stesso il quale ritenga e sappia dimostrare il positivo superamento dell'esperimento nonché l'imputabilità del licenziamento ad un motivo illecito ben può eccepirne e dedurre la nullità in sede giurisdizionale».

(9) Cass. sent. n. 8579/2004; Cass. sent. n. 5016/2004, secondo le quali «Deve ritenersi illegittimamente apposto per il medesimo datore di lavoro»; Trib. Milano 3 aprile 2001 «Anche nell'ambito di un rapporto di collaborazione di natura autonoma o non subordinata».

(10) Con sentenza n. 8579 del 5 maggio 2004, la Cassazione ha affermato che il patto di prova mira a tutelare l'interesse di entrambe le parti, con la conseguenza che deve illegittimamente ritenersi apposto allorché lo stesso non sia funzionale alla sperimentazione per essere questa già intervenuta con esito positivo, attraverso un precedente rapporto di lavoro svoltosi tra le parti, avente ad oggetto le medesime mansioni.

sempre che il motivo del recesso non sia inerente ad elementi del rapporto sperimentabili solo con la dipendenza diretta.

Il patto di prova è altresì ammissibile nei contratti delle assunzioni obbligatorie di disabili (collocamento obbligatorio), limitatamente alla verifica della residua ed effettiva capacità lavorativa all'espletamento di mansioni compatibili con lo stato fisico e l'handicap del lavoratore invalido (11) (si veda paragrafo successivo).

## Assunzioni obbligatorie

La giurisprudenza è concorde nel ritenere interamente applicabile alle assunzioni di soggetti invalidi da avviare obbligatoriamente la disciplina del patto di prova, diversamente dal passato, in cui viceversa ne veniva negata l'ammissibilità (12).

Certamente, la valutazione del periodo di prova dovrà essere limitata alla residua capacità lavorativa dell'invalido e dovrà essere compatibile con lo stato di invalidità del lavoratore (13), e non potrà in alcun modo essere mirato a valutare la natura ed il grado della menomazione dell'invalido, così come sarà inammissibile il suo strumento come strumento di paragone fra il suo rendimento e quello del lavoratore medio (14).

In tal caso, il patto si considera non apposto.

Circa lo scioglimento del rapporto contrattuale per mancato superamento del periodo di prova, la giurisprudenza ha ritenuto che, sebbene la disciplina del patto di prova non richieda alcuna motivazione, il datore di lavoro è tenuto a dare spiegazioni al lavoratore disabile che gliene faccia richiesta (15).

Nonostante il datore di lavoro abbia dimostrato la compatibilità delle mansioni assegnate con la disabilità del lavoratore e della durata del periodo di prova e lo scarso rendimento

del lavoratore, sarà quest'ultimo a dover fornire la prova contraria degli eventuali motivi illeciti o discriminatori che hanno portato poi al suo licenziamento.

Questo orientamento è ribadito anche dalla sentenza della Corte di Cassazione n. 21965/2010, secondo la quale «se il licenziamento del lavoratore in prova (per effetto della norma di eccezione della legge n. 604 del 1966, art. 10 che prescrive che le norme limitative dei licenziamenti si applicano nei confronti dei lavoratori assunti in prova «dal momento in cui l'assunzione diviene definitiva») rientra nell'area della recedibilità acausale, non per questo può ammettersi che l'esercizio del diritto potestativo riconosciuto al datore di lavoro possa risolversi nel mero arbitrio del suo titolare, dal momento che l'ordinamento, comunque, assegna «garanzia costituzionale al diritto di non subire un licenziamento arbitrario» (così Corte cost. n. 541/2000).

Ne deriva che, pur restando l'atto di recesso del datore di lavoro estraneo al regime comune dei licenziamenti, fra l'altro in punto di motivazione, oneri probatori e di sanzioni, il lavoratore potrà sempre dimostrare (senza che sia nemmeno necessario configurare un regime intermedio fra recedibilità *ad nutum* e recedibilità causale [...]) che l'atto di recesso sia stato determinato da motivi illeciti, fra i quali ben può rientrare lo svolgimento della prova in mansioni incompatibili con lo stato di invalidità o la finalizzazione del recesso, adottato nonostante il positivo superamento dell'esperimento, alla mera elusione della disciplina sul collocamento dei disabili, dovendosi qualificare per definizione, secondo come avvertito dalla stessa Corte Costituzionale, come licenziamento in frode alla legge quello finalizzato al solo obiettivo di aggirare il sistema delle assunzioni obbligatorie (sent. n. 241/2000 cit.)» (16).

Sarà compito del giudice di merito verificare se i fatti adottati dal lavoratore eccedono effettivamente i limiti posti al potere dell'imprenditore di sottoporre a prova il dipendente invalido: il datore di lavoro infatti come già ribadito esercita correttamente i suoi diritti solo se finalizza il periodo di prova al riscontro dell'attitudine e della diligenza dell'invalido in considerazione della sua effettiva capacità lavorativa.

È invece controversa in giurisprudenza e dottrina la possibilità di un nuovo avviamento da parte dei servizi competenti per il collocamento obbligatorio dei disabili dello stesso lavoratore già licenziato per

## Note:

(11) Cass. civ., sez. lav., sent. n. 3689/1998.

(12) Con sentenza n. 13525 del 30 ottobre 2001, la Cassazione, nel confermare la legittimità del patto di prova in tutti quei casi nei quali l'assunzione avviene per effetto della normativa sul collocamento obbligatorio dei disabili, ha affermato due principi: a) il giudice di merito può verificare la validità o meno del recesso del datore di lavoro, impedendo che quest'ultimo basi l'esito negativo della prova, attraverso un riscontro con il rendimento dei c.d. lavoratori "sani"; b) il patto di prova è apponibile anche ai rapporti dei lavoratori che, seppur non invalidi, sono ugualmente protetti dalla legge (profughi, orfani, coniugi superstiti) ed anche rispetto ad essi si applica il «controllo giudiziale» correlato ad una eventuale elusione dell'obbligo di legge.

(13) Cass. civ., sent. n. 5541/2003.

(14) Cass. civ., sent. n. 1764/1979; Cass. civ., S.U. sent. n. 1766 del 27 marzo 1979.

(15) Cass. civ., sent. n. 3689/1998; Cass. civ., sent. n. 13726/2000; Cass. civ., sent. n. 7536/1987. Nel caso del collocamento obbligatorio, si assiste ad una inversione dell'onere della prova, poiché nel collocamento ordinario è il lavoratore a dover dimostrare che lo svolgimento della prova non è avvenuto o che ha avuto esito positivo o che esiste un motivo discriminatorio alla base del licenziamento.

(16) Vedere anche Cass. civ., S.U. sent. n. 11633/2002. Si ricorda altresì in tema di licenziamenti individuali che con sentenza n. 1458 del 27 gennaio 2004, la Cassazione ha affermato che nell'ipotesi di patto di prova legittimamente stipulato, il recesso dell'imprenditore durante il periodo di prova è sottratto alla disciplina limitativa del licenziamento individuale, anche per quanto riguarda l'onere dell'adozione della forma scritta e non richiede pertanto una formale comunicazione delle ragioni del recesso.

mancato superamento del periodo di prova, in quanto la mancanza di una espressa motivazione non consente di accertare con sufficiente certezza le concrete ragioni del recesso e, pertanto, la giurisprudenza ha talora ritenuto legittimo un nuovo avviamento, magari a distanza di tempo e

dopo un serio percorso formativo (17).

## **Recesso**

In caso di recesso, la disciplina del rapporto di prova non differisce da quella del rapporto definitivo, poiché al lavoratore spettano pur sempre il tratta-

mento di fine rapporto e le ferie retribuite o la relativa indennità sostitutiva (18).

### **Note:**

(17) Cass. civ. sent. n. 12134/1998.

(18) Corte cost. sent. n. 189/1980 che ha dichiarato la parziale illegittimità costituzionale degli artt. 2096 e 2109 c.c. e dell'art. 10, legge n. 604/1966.