



**UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA
"TOR VERGATA"**

FACOLTA' DI GIURISPRUDENZA

DOTTORATO DI RICERCA IN
AUTONOMIA INDIVIDUALE E COLLETTIVA

XXII CICLO DEL CORSO DI DOTTORATO

“LA COLLOCAZIONE SISTEMATICA DEL PATTO DI PROVA”

Dott.ssa Sonia Bono

A.A. 2009/2010

Docente Guida/Tutor: Prof. Antonio Vallebona

Coordinatore: Prof. Paolo Papanti Pelletier

*Alla ostinata fiducia delle mie fondamenta,
mamma e papà
ed a colui che,
con soave prepotenza e disarmante caparbia,
mi colma con quotidiano amore.....*

INDICE SOMMARIO

Introduzione pag. 6

CAPITOLO I

ORIGINE ED EVOLUZIONE STORICA DEL PATTO DI PROVA

1. Rivoluzione industriale e comparsa della prova negli usi industriali e nei regolamenti di fabbrica pag. 12
2. Prima fonte normativa sul periodo di prova nell'ordinamento giuridico italiano: R.D.L. n. 1825 del 13 novembre 1924 pag. 17
3. Carta del Lavoro fascista, contratti collettivi corporativi e regolamentazione codicistica del patto di prova ai sensi dell'art. 2096 c.c. pag. 23

CAPITOLO II

LA DISCIPLINA DEL PATTO DI PROVA NEL RAPPORTO DI LAVORO

4. Definizione e causa del patto di prova: interesse del datore e del prestatore di lavoro pag. 29
5. Natura giuridica della prova: contratto speciale o rapporto unitario. Prova come condizione sospensiva o risolutiva pag. 37
6. Requisito formale della clausola di prova ed eventuale deroga prevista dalle norme collettive
 - 6.1 Patto scritto *ad substantiam* o *ad probationem* pag. 48
 - 6.2 Clausola di salvaguardia ex art. 2096 cc, comma 1^... pag. 54
 - 6.3 Natura vessatoria della clausola della prova pag. 57
 - 6.4 Tempo della stipula della clausola della prova rispetto alla costituzione del rapporto di lavoro pag. 59
7. L'oggetto della prova: oneri di allegazione e contenuto delle

prestazioni... ..	pag. 65
8. La cd. prova esplorativa o preassuntiva	pag. 71
9. Diritti ed obblighi delle parti. Trattamento economico e normativo del lavoratore in prova	pag. 77
10. Applicazione nei rapporti speciali e nel pubblico impiego	
10.1 Contratto di apprendistato e di formazione-lavoro ...	pag. 81
10.2 Contratto di lavoro part-time ed a tempo determinato. Cenni su altre tipologie di lavoro flessibili	pag. 85
10.3 Prova ed assunzioni obbligatorie	pag. 90
10.4 Pubblico impiego	pag. 94

CAPITOLO III

LA DURATA DELLA PROVA ED IL RECESSO

11. La durata della prova, modalità e tempi di svolgimento	
11.1 Limite temporale minimo e massimo	pag. 101
11.2 Computo del periodo di prova, sospensione proroga..	pag. 107
12. La reiterazione del patto, la ripetizione della prova	pag. 112
13. Libera recedibilità e rapporto con la Legge 604 del 1966 sul licenziamento individuale	
13.1 Regolamentazione del recesso nel lavoro in prova dalla Legge sull'impiego privato alla legislazione sul licenziamento individuale.....	pag. 116
13.2 Prova come "clausola di libera recedibilità": tempo del recesso e limiti all'arbitrio datoriale a seguito dell'intervento della Corte Costituzionale... ..	pag. 122
13.3 Illegittimità del licenziamento nel lavoro in prova e sanzioni conseguenti	pag. 127

CAPITOLO IV
LA PROVA NELLA CONTRATTAZIONE COLLETTIVA

14. Contratti collettivi corporativi e post-corporativi	pag. 133
15. Contratti collettivi di diritto comune: mancato intervento nella regolamentazione dei profili del lavoro in prova	pag. 142
16. Crisi della funzione della prova. Libera recedibilità nel sistema imprenditoriale italiano e prova di fatto del lavoratore	pag. 156
16.1 Piccole imprese e microimprese: interesse alla prova in caso di applicabilità della sola tutela obbligatoria ex Legge n. 604/66.....	pag. 159
16.2 Flessibilizzazione delle forme di lavoro e riflessi sulla sperimentazione del lavoratore subordinato... ..	pag. 166
17. Rivalutazione del periodo di prova attraverso il modello del “contratto unico di lavoro”... ..	pag. 180
18. Conclusioni... ..	pag. 189
Bibliografia	pag. 199
Fonti normative	pag. 205

Introduzione

In un periodo storico di profonda crisi economica, quale quello attuale, in cui il mercato del lavoro si caratterizza da un lato per l'estrema flessibilità nella gestione delle risorse umane e dall'altro per la richiesta di sempre maggior stabilità dei posti di lavoro, acquista interesse la riconsiderazione della clausola della prova nel contratto di lavoro subordinato.

Il patto di prova è un elemento accidentale, che datore di lavoro e prestatore possono inserire nel sinallagma contrattuale, facendone discendere la mancata stabilizzazione del rapporto per un predeterminato lasso di tempo, decorrente dalla data di assunzione.

In altri termini, nel corso del periodo destinato alla prova, il datore di lavoro avrà la possibilità di verificare se il dipendente sia dotato delle conoscenze tecniche e delle qualità personali necessarie per svolgere la mansione assegnatagli; il lavoratore potrà invece verificare se la tipologia dell'attività per la quale è stato assunto, le condizioni economiche e normative applicate siano per lui convenienti.

Nel caso di mancato gradimento di una delle parti vi sarà la libertà di licenziamento e/o dimissione senza preavviso né indennità, come sancito dall'art. 2096 c.c. che regola l'istituto in esame, in caso contrario il rapporto di lavoro diventerà automaticamente definitivo. La prova è dunque lo strumento attraverso cui, nella prospettiva dell'instaurazione di un rapporto di lavoro subordinato soprattutto a tempo indeterminato, le parti hanno la facoltà di vincolarsi definitivamente solo dopo aver avuto la possibilità di studiarsi reciprocamente.

Il datore di lavoro potrà verificare, attraverso l'assegnazione al dipendente delle mansioni per le quali è stato assunto e lo svolgimento delle stesse, nonché attraverso l'inserimento nel luogo di lavoro, se questi sia dotato delle attitudini personali e professionali adeguate a ricoprire la posizione lavorativa riservatagli.

Il lavoratore, dal canto suo, iniziando a lavorare potrà valutare l'onerosità dei compiti lui affidati, la solidità dell'organizzazione datoriale, la congruità del trattamento economico e normativo lui garantito rispetto alla qualifica riconosciutagli, potrà cioè valutare complessivamente il suo interesse a fare definitivamente ingresso in quella precisa realtà aziendale.

L'unico limite ricollegabile alla clausola della prova ha natura temporale e consiste nell'impossibilità di prevederne una durata *sine die*, dovendo rispettare il termine massimo di sei mesi o quello inferiore e/o diverso previsto dalla contrattazione collettiva.

Altrimenti si concretizzerebbe uno sfruttamento ingiustificato della forza lavoro ed il dipendente si troverebbe in una perdurante situazione di precarietà occupazionale, che il nostro Legislatore ha voluto senza dubbio evitare.

Obiettivo del presente lavoro è stato in primo luogo quello di analizzare storicamente la diffusione e lo sviluppo dell'istituto della prova, muovendo dall'epoca della rivoluzione industriale fino a giungere all'ultima fonte normativa che se ne è occupata, ovvero il nostro Codice Civile del 1942.

Già nel corso del XIX secolo infatti - epoca di profonda trasformazione della società da rurale in industrializzata – vi fu la comparsa della prova del lavoratore come mera espressione dell'imperio del datore di lavoro: egli aveva la possibilità di licenziare gli operai ritenuti inadeguati allo svolgimento delle mansioni loro affidate, senza limitazioni ed avvantaggiandosi dell'abbondanza della manodopera non qualificata allora disponibile.

Successivamente questa consuetudine si trasformò in uso normativo, tramite la trasposizione nei regolamenti di fabbrica, ma la prima regolamentazione formale si ebbe soltanto con la Legge sull'Impiego Privato, ovvero con il R.D.L. n. 1825 del 13 novembre 1924, finalizzata ad introdurre la tutela degli interessi dei lavoratori, parte debole del contratto di lavoro subordinato.

L'attenzione del Legislatore dei primi del 1900 si concentrò in particolar

modo sulla previsione della forma scritta della clausola della prova, qualora le parti avessero inteso avvalersene, e sulla durata massima del periodo dell'esperimento, per evitare vi fossero abusi nella sua utilizzazione e che il prestatore potesse trovarsi alla mercé dell'arbitrio datoriale.

Pari impostazione fu seguita in epoca fascista quando la Carta del Lavoro prevede espressamente l'obbligo per i contratti collettivi corporativi, a pena di nullità, di regolare l'istituto in parola trasformandolo da elemento accessorio in condizione contrattuale obbligatoria, attesa la validità *erga omnes* della contrattazione collettiva dell'epoca.

Mentre un passo indietro fu però fatto dai Codificatori del 1942 i quali, ricalcando sostanzialmente le disposizioni contenute nella Legge sull'Impiego Privato, con l'art. 2096 rubricato "*Assunzione in prova*", restituirono alla prova la natura di elemento contrattuale accessorio, esaltando il concetto di interesse bilaterale all'esperimento.

Il lavoro in prova, in altri termini, soddisferebbe anche l'interesse del prestatore a valutare la convenienza o meno dell'instaurazione di un rapporto di lavoro subordinato definitivo, alle condizioni lui offerte. La sua utilità si fonderebbe nella facoltà, per entrambe le parti, di compiere una valutazione completamente discrezionale sul gradimento della possibilità occupazionale offerta ed accettata.

La caratteristica che dovrebbe però acquisire maggior rilevanza nel nostro periodo storico, attesa la rigidità della normativa posta a tutela del mantenimento del posto di lavoro e della stabilità dei livelli occupazionali, è il diritto, riconosciuto ad entrambe le parti del rapporto subordinato, di recedere liberamente.

Profilo che sicuramente va a favore della parte datoriale.

Nel corso della durata della prova, infatti, è esclusa l'applicazione della Legge sui licenziamenti individuali, ovvero la n. 604 del 1966, ne deriva che l'imprenditore può evitare di vincolarsi in modo definitivo ad un rapporto non voluto.

Egli potrà liberamente recedere, senza dover rispettare il principio di

necessaria giustificazione del licenziamento, senza preavviso né indennità, esercitando semplicemente una sua scelta discrezionale legata alla valutazione dell'esito dell'esperimento.

Si ha quindi una contrapposizione tra due interessi nettamente diversi e confliggenti: l'interesse del lavoratore ad ottenere un'occupazione a tempo indeterminato e quello del datore a posticipare il più possibile la creazione di un vincolo definitivo.

E' altresì di tutta evidenza che, nei fatti, la clausola della prova verrà accettata suo malgrado dal dipendente, nella speranza di ottenere la stabilizzazione del proprio lavoro e non sarà di certo una condizione contrattuale da lui richiesta, al fine di verificare il gradimento delle condizioni di lavoro offertegli.

Nonostante vi fossero dunque interessanti profili di riflessione che avrebbero meritato un approfondimento ad opera della contrattazione collettiva, si è assistito dopo l'entrata in vigore del Codice Civile del 1942, ad un forte disinteresse delle organizzazioni sindacali.

Nella seconda parte del presente lavoro si prende atto di come i contratti collettivi di diritto comune abbiano ricalcato le disposizioni già contenute nei contratti collettivi corporativi, senza soffermarsi sulla regolamentazione di tutti quei profili che l'art. 2096 c.c. aveva lasciato in sospeso, quali ad esempio la definizione stessa del concetto di prova del lavoratore, la determinazione delle mansioni che ne avrebbero dovuto costituire l'oggetto, la statuizione delle conseguenze applicabili qualora il recesso datoriale fosse stato illegittimo.

La fonte collettiva ha mancato di porre in essere una disciplina completa dell'istituto in esame che garantisse gli interessi datoriali, ad un'effettiva conoscenza delle capacità del dipendente prima di assumerlo definitivamente e quelli dei lavoratori, a non subire le conseguenze del possibile uso distorto del lavoro in prova.

Come si vedrà di seguito sono state dottrina e giurisprudenza a colmare, nel corso dei decenni, le lacune normative lasciate dai codificatori così come le

mancanze delle organizzazioni sindacali.

Ultimo aspetto sul quale mi sono soffermata è la considerazione delle ragioni che determinano, a tutt'oggi, un superamento di fatto del lavoro in prova che sembrerebbe essere stato sostituito da tipologie contrattuali flessibili, in grado di consentire materialmente la conoscenza reciproca di datore e prestatore di lavoro¹.

Faccio riferimento a tutte le innovative forme di gestione della forza lavoro introdotte con il Decreto Legislativo Biagi², sia di natura subordinata, quali il lavoro intermittente e ripartito, sia parasubordinata quale la somministrazione di lavoro e ancora altre fattispecie quali il lavoro occasionale.

Ma anche all'estensione dell'uso del contratto di lavoro a tempo determinato che, con l'avvento del D.Lgs. n. 368/01 e successive modifiche, può essere utilizzato in presenza di esigenze tecniche, organizzative, produttive e sostitutive dell'impresa e non più per ipotesi tassativamente indicate come avveniva in passato.

Altro elemento che giustificerebbe il disinteresse al lavoro in prova sarebbe legato alla natura strutturale del nostro sistema imprenditoriale, fondato su microimprese o comunque su realtà imprenditoriali di piccole dimensioni, escluse dall'applicabilità dell'art. 18 S.L. in caso di licenziamento illegittimo.

Basti pensare che in Italia, nel 2007, la forza lavoro occupata nelle imprese era pari a circa 17 milioni di lavoratori, di cui quasi la metà in imprese con un numero di dipendenti da 1 a 9.³

Non vi sarebbe dunque interesse all'uso della prova come clausola di libera recedibilità essendo gli imprenditori, per gran parte, sottoposti alla sola sanzione prevista dalla tutela obbligatoria ex Legge n. 604/66, in caso di

1 TIRABOSCHI M., (a cura di), *“La Riforma Biagi del mercato del lavoro. Prime interpretazioni e proposte di lettura del d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276. Il diritto transitorio e i tempi della riforma”*, Milano, Giuffrè, 2004.

2 D. Lgs. 10 settembre 2003, n. 276, *“Attuazione delle deleghe in materia di occupazione e mercato del lavoro di cui alla Legge 14 febbraio 2003, n. 30”*, pubblicato su Gazzetta Ufficiale n. 235 del 9 settembre 2003, n. 235, Suppl. Ordinario n.159.

3 I.S.T.A.T., *“Rapporto annuale. La situazione del Paese nel 2008”*, presentato dal Presidente dell'Istituto nazionale di statistica Prof. Luigi Biggeri, RTI Poligrafica Ruggiero S.r.l. - A.C.M. S.p.A, 26 maggio 2009, pag. 69.

licenziamento illegittimo intimato ai propri dipendenti.

Nei fatti il datore di lavoro di una piccola impresa può decidere in ogni momento e per qualunque ragione di “liberarsi” del lavoratore assunto a tempo indeterminato che gli sia sgradito, salvo l'obbligo di risarcirlo tramite il pagamento di un'indennità di consistenza ridotta.

Proprio dell'analisi di questi importanti profili sembra interessarsi la dottrina contemporanea, la quale si pone la questione se l'istituto della prova, così come originariamente concepito, possa ancora trovare spazio nel nostro sistema lavoro.

Si tratterà di stabilire se le nuove forme di gestione flessibile della forza lavoro, che consentono una valutazione di fatto del prestatore, siano in grado di svolgere appieno la funzione della prova tipica ex art. 2096 c.c. svilendone l'utilità o se il reciproco esperimento possa compiersi materialmente solo attraverso il lavoro in prova.

Allo stesso modo sarà opportuno riflettere sull'incardinamento della prova come strumento di posticipazione della definitività del rapporto di lavoro subordinato, in un sistema economico, come quello italiano, in cui operano piccole realtà imprenditoriali in grado comunque di gestire i propri dipendenti in modo flessibile e libero, senza dover necessariamente ricorrere a forme di lavoro “atipico”, ma avvalendosi della forma tipo del rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato.

CAPITOLO I

ORIGINE ED EVOLUZIONE STORICA DEL PATTO DI PROVA

1. Rivoluzione industriale e comparsa della prova negli usi industriali e nei regolamenti di fabbrica

Il periodo di prova, così come definito dall'art. 2096 del nostro codice civile, è il risultato di un'evoluzione storica avviata nel XIX secolo quando prese piede la cosiddetta rivoluzione industriale.

In tale epoca si ebbe una modifica profonda del sistema economico e sociale esistente che, fino a quel momento fondato prettamente su attività agricole e di allevamento e caratterizzato quindi da una società rurale, si trasformò con l'avvento della produzione industriale - supportata dall'utilizzazione di macchine e da una nuova organizzazione dei tempi e delle modalità lavorative – determinando la nascita di una nuova classe sociale, ovvero quella “operaia”⁴.

In questa fase storica di profonda modificazione sociale, si sviluppò la consuetudine di consentire al datore di lavoro ovvero l'imprenditore, a quell'epoca dotato di un potere sovrano sui propri dipendenti, l'introduzione nel contratto di lavoro sottoscritto con gli operai di volta in volta assunti, di un periodo di prova volto a saggiarne le capacità e le energie lavorative.

Il patto di prova e la determinazione datoriale della sua durata nacquero quindi come atto unilaterale dell'imprenditore e si inserirono in una situazione nella quale il rapporto di lavoro privato era caratterizzato dall'assoluta libertà contrattuale a lui riconosciuta a fronte della completa soggezione ed impotenza dell'operaio⁵.

Il lavoro subordinato era infatti all'epoca regolamentato sulla base del nostro codice civile del 1865, ovvero rientrava nello schema della *locatio operarum* (locazione di opere) che individuava l'oggetto della prestazione subordinata

4 DEL GIUDICE F., MARIANI F., IZZO F., (a cura di), “*Diritto del lavoro*”, Edizioni Giuridiche Simone XXVI Edizione, 2009, pag. 9.

5 BONARETTI L., “*Il patto di prova nel rapporto di lavoro privato*”, Giuffrè Editore 1987, pag. 5.

nelle stesse energie lavorative, fisiche o intellettuali, del prestatore⁶.

La prova consisteva in una fase temporale del rapporto di lavoro, tendenzialmente *sine die* - nel corso della quale l'attività di lavoro era richiesta a titolo di saggio - e legata alla comune matrice contrattuale, ovvero il contratto di locazione⁷.

Si era quindi lontani dalla legislazione protettiva che ha caratterizzato il diritto del lavoro italiano partendo dall'entrata in vigore del codice civile del 1942, dalla Costituzione Repubblicana del 1948 e da tutte le successive legislazioni speciali, volte alla tutela del lavoratore non più inteso come mezzo di produzione ma come individuo.

Gli usi industriali relativi alla prova, si innestarono in una situazione in cui l'interesse principale da tutelare era solo ed esclusivamente quello dell'imprenditore, che poteva verificare le capacità professionali e le doti morali del dipendente il quale, nell'epoca della prima industrializzazione, era analfabeta o comunque dotato di un basso livello di scolarizzazione, ed al quale sarebbero state affidate mansioni generiche e ripetitive non richiedenti particolari abilità o conoscenze professionali⁸.

Non sarebbe quindi stata necessaria nei fatti alcuna verifica della competenza e capacità di una manodopera non specializzata della quale l'industriale si avvaleva.

Il periodo di prova era dunque un mezzo per verificare preventivamente l'idoneità del lavoratore alle esigenze aziendali e che, in assenza di qualunque previsione espressa, volta a regolamentare la prova nel codice civile del 1865, finì per essere utilizzato in modo fuorviante determinando un profondo sfruttamento del lavoro umano⁹.

La consuetudine di avvalersi di un periodo di prova fu poi trasposta nei cosiddetti regolamenti di fabbrica che originariamente non assunsero a vero

6 L'art. 1570 del codice civile del 1865 definiva la locazione delle opere come contratto per cui una delle parti si obbligava a fare per l'altra una cosa mediante la pattuita mercede.

7 ZANGARI G., *"Il recesso dal rapporto di lavoro in prova. Studi sul contratto di lavoro con clausola di prova"*, Giuffrè Editore 1970, pag. 112.

8 BONARETTI L., *"Il patto di prova nel rapporto di lavoro privato"*, Giuffrè Editore 1987.

9 VARESI-ROCCCELLA, *"Il patto di prova nel rapporto di lavoro"*, sub artt. 2096 e 2097 c.c., in Commentario al codice civile diretto da P. Schlesinger, Milano, 1990.

e proprio diritto consuetudinario, ma regolamentarono nella prassi lo svolgimento del rapporto di lavoro intercorrente tra datore ed operaio da lui dipendente¹⁰.

I regolamenti di fabbrica erano un complesso di norme regolanti l'organizzazione tecnica e disciplinare dell'impresa, predisposte unilateralmente dall'imprenditore, le quali diventavano però obbligatorie per il prestatore di lavoro tramite la conclusione del contratto di lavoro¹¹.

Non vi era dunque un patto di prova confluyente in un uniforme uso normativo di piazza, in quanto la sua regolamentazione variava da impresa ad impresa¹².

Vi era però un uso consolidato consistente nel subordinare l'esperimento dell'operaio ad una durata di otto giorni, prorogabile al massimo a quindici su accordo delle parti, ovvero nel fissare un termine di durata massima della prova, che comunque non impediva al datore di lavoro di risolvere il contratto in un momento precedente e di sfruttare comunque la forza lavoro disponibile.

Proprio ai regolamenti di fabbrica si rivolgono le pronunce giurisprudenziali relative al patto di prova ed ai suoi elementi essenziali provenienti dai Collegi dei Probiviri¹³, sorti con lo scopo di risolvere bonariamente le vertenze insorgenti tra imprenditori e lavoratori, e dalle Commissioni Arbitrali Provinciali sull'impiego privato¹⁴.

Si riportano solo alcune delle pronunce Probivirali dalle quali è possibile individuare quali caratteristiche, sin dall'origine, furono attribuite alla clausola della prova ovvero il diritto dei lavoratori ad ottenere il pagamento della retribuzione per l'attività prestata anche qualora la prova avesse avuto

10 In realtà dalla giurisprudenza probivirale si dovrebbe dedurre che la prova nel settore operaio fu intesa originariamente come clausola o condizione essenziale integrante la locazione d'opera, temperata però con il rinvio agli usi. In pratica si riteneva che per determinate categorie la prova fosse sottintesa al singolo contratto a patto che vi fosse un uso specifico in tal senso per la categoria di appartenenza.

11 SANTORO-PASSARELLI F., *"Nozioni di diritto del lavoro"*, Casa Editrice Jovene Napoli, trentatreesima edizione, 1983, pag. 128;

12 BONARETTI L., *"Il patto di prova nel rapporto di lavoro privato"*, cit., pag. 82.

13 In Italia i Probiviri per la conciliazione delle controversie sorte tra imprenditori, operai ed apprendisti nell'esercizio delle industrie furono istituiti con la Legge n. 295 del 15 giugno 1893.

14 Istituite con Decreto Luogotenenziale del 1 maggio 1916 n. 490.

esito negativo *“L'operaio assunto per un periodo di prova ha diritto di essere pagato per le sue prestazioni, indipendentemente dalla buona o cattiva riuscita del lavoro.....L'operaio assunto a prova, il cui lavoro non risulti conforme al richiesto, può essere immediatamente licenziato¹⁵”*.

La previsione per il lavoro operaio, ripetitivo e non qualificato, di un periodo di prova estremamente breve, pari di regola a giorni otto, con assunzione definitiva in caso di buon esito della stessa, *“Trascorso il periodo di prova che nelle industrie meccaniche di Milano è di otto giorni, l'operaio si intende definitivamente assunto, e non può essere di regola licenziato senza il consuetudinario periodo di preavviso¹⁶”*.

E ancora di fondamentale importanza fu la pronuncia dei Proviviri di Milano, risalente al 1 dicembre 1903, nella quale per la prima volta si riconobbe la facoltà, per entrambe le parti del rapporto di lavoro subordinato, di poter liberamente recedere senza preavviso dallo stesso nel corso del periodo di prova *“Nel periodo di prova spetta ad ognuna delle parti la facoltà di risolvere immediatamente il rapporto¹⁷”*.

E' evidente come, pur inserendosi in un contesto nel quale il datore di lavoro esercitava il proprio potere autoritativo sul lavoratore, le pronunce Proviriali tesero ad introdurre, tramite la regolamentazione del periodo di prova, un'embrione di libertà bilateralmente esercitabile e consistente nella reciproca possibilità, per le parti del rapporto di lavoro subordinato, di rescindere dal contratto senza preavviso¹⁸.

Il periodo di prova si sviluppò quindi come consuetudine mercantile, della quale si rinviene una prima traccia nel Decreto Luogotenenziale 2 settembre 1917, n. 1448, contenente disposizioni a favore degli impiegati di aziende private durante la guerra¹⁹.

Con esso si estese l'utilizzazione del periodo di prova nel settore

15 Proviviri, Industrie Legno, 20 dicembre 1899.

16 Proviviri, Industrie Meccaniche, Milano 9 ottobre 1901.

17 Proviviri, Industrie Alimentari, Milano 1 dicembre 1903, in Monit. Trib., 1904, pag. 375.

18 Già nei primi del 1900 dunque iniziò a diffondersi l'idea di un periodo di prova volto a rispondere non soltanto all'interesse del datore di lavoro, ma anche del lavoratore.

19 L'art. 10, comma 4[^], Decreto Luogotenenziale 2 settembre 1917, n. 1448, stabiliva che *“Il periodo di prova, ai fini del presente decreto, non può in nessun caso sorpassare i sei mesi”*.

dell'impiego privato, mentre in precedenza, per prassi aziendale, era riservato esclusivamente alla classe operaia.

Previsione confermata anche dal successivo Decreto Luogotenenziale 9 febbraio 1919, n. 112, che, sancendo all'art. 3, ultimo comma, la durata massima della prova in sei mesi, preparò la strada all'entrata in vigore della Legge sull'impiego privato del 1924.

2. Prima fonte normativa sul periodo di prova nell'ordinamento giuridico italiano: R.D.L. n. 1825 del 13 novembre 1924

La prima regolamentazione formale dell'istituto della prova nel nostro ordinamento positivo si ebbe soltanto con il R.D.L. n. 1825 del 13 novembre 1924, convertito nella Legge n. 562 del 18 marzo 1926, contenente disposizioni relative al contratto di impiego privato, che recepì anche in tale settore la prova del lavoratore così come si era precedentemente formata nella pratica industriale e attraverso gli usi consolidatisi²⁰.

Si avvertì l'esigenza di intervenire legislativamente proprio nel settore impiegatizio in quanto nei primi decenni del 1900 in Italia ci fu un notevole aumento numerico della categoria degli impiegati, i quali svolgevano mansioni di particolare importanza e lavoravano con maggior continuità rispetto agli operai.

Per queste ragioni essi erano sottoposti generalmente a periodi di prova più lunghi, per valutarne attitudini e capacità personali, pur venendo retribuiti in misura inferiore rispetto a quanto previsto per la propria qualifica.

Nel corso del lungo periodo di prova da sostenere, inoltre, i prestatori di lavoro si trovavano in una posizione di precarietà in quanto potevano essere licenziati in ogni momento e senza preavviso, vista la piena libertà di recesso riconosciuta al datore di lavoro.

Vi era dunque una situazione di sfruttamento e di incertezza alla quale gli impiegati, in minor numero rispetto agli operai e per questo dotati di minor forza sindacale, non erano in grado di opporsi rendendo necessario un deciso intervento legislativo²¹.

In tale contesto si inserì il menzionato R.D.L. n. 1825 del 13 novembre 1924, che si occupò del periodo di prova con il fondamentale art. 4, nel quale furono introdotte precise garanzie sulla durata del patto di prova e

²⁰ ZANGARI G., *“Il recesso dal rapporto di lavoro in prova. Studi sul contratto di lavoro con clausola di prova”*, Giuffrè Editore 1970, pag. 15.

²¹ ZANGARI G., *“Il recesso dal rapporto di lavoro in prova. Studi sul contratto di lavoro con clausola di prova”*, cit., pag. 16.

sulla sua forma, e che di seguito viene integralmente riportato:

“Ove sia stato stipulato, all'atto dell'assunzione dell'impiegato, un periodo di prova, questo dovrà risultare da atto scritto. Parimenti dovrà risultare da atto scritto l'assunzione che venga fatta con prefissione di termine.

In mancanza di atto scritto l'assunzione si presume fatta a tempo indeterminato.

Il periodo di prova non può in nessun caso superare:

mesi 6 per gli institori, procuratori, rappresentanti a stipendio fisso, direttori tecnici o amministrativi ed impiegati di grado e funzioni equivalenti;

mesi 3 per tutte le altre categorie di impiegati.

Durante il periodo di prova la risoluzione del contratto di impiego ha luogo in qualunque tempo senza preavviso o indennità.

Il servizio prestato durante il periodo di prova seguito da conferma, va computato a tutti gli effetti nella determinazione dell'anzianità di servizio”.

Analizzando la suesposta norma si evidenzia in primo luogo l'introduzione della necessaria forma scritta del patto di prova, qualora le parti avessero ritenuto di costituire un rapporto di lavoro subordinato con previsione dello stesso, stabilendo in caso di mancato accordo scritto, l'assunzione del lavoratore a tempo indeterminato.

La giurisprudenza di legittimità si esprime all'epoca in modo contrastante in merito alla necessità di dotare l'atto contenente la previsione di svolgimento di un periodo di prova, di forma scritta *ad substantiam* o *ad probationem*.

La Suprema Corte di Cassazione si esprime prima statuendo che *“Per la fissazione di un periodo di prova occorre l'atto scritto che è richiesto non ad substantiam ma ad probationem²²”* e successivamente, a pochi mesi di distanza, sancì che *“L'atto scritto, dal quale ai sensi dell'art. 4 del R.D.L. 13 novembre 1924, n. 1825 deve risultare il periodo di prova, è richiesto ad probationem e non ad substantiam, pertanto, nella mancanza dello scritto, la presunzione favorevole all'impiegato è quella che esclude il periodo di prova e spetta al datore di lavoro di fornire la dimostrazione del contrario²³”*.

²² Cass. Civile, 14 luglio 1937, in *Il lavoro del 1937*, pag. 371.

²³ Cass. Civile, 30 luglio 1937, n. 2904, in *Massimario giurisprudenza del lavoro del 1937*, pag. 575.

L'orientamento ad oggi consolidato della Corte di Cassazione, sviluppatosi anche alla luce della disciplina codicistica della prova contenuta nell'art. 2096 c.c., consente di affermare con certezza che il patto di prova debba essere contenuto in un atto dotato di forma scritta *ad substantiam*, attesa la funzione garantistica che essa assume per il lavoratore subordinato.

Oltre a prevedere la necessaria forma scritta della prova, il testo dell'art. 4 stabilì la durata massima del periodo di prova, fissata in mesi 6 per le attività impiegatizie maggiormente qualificate ed in mesi 3 per le altre più generiche, riducendo il tempo nel corso del quale l'impiegato si sarebbe trovato in una situazione di incertezza in merito all'instaurazione di un rapporto di lavoro definitivo²⁴.

Dalle suddette determinazioni emerge l'adozione da parte del Legislatore del 1924 di una prima misura protettiva in favore dei lavoratori subordinati del settore impiegatizio.

Si consentì infatti al datore di lavoro di non vincolarsi definitivamente prima di aver saggiato la competenza del dipendente assunto, prevedendo un periodo di tempo, calcolato a partire dalla data di assunzione, dedicato alla prova e finalizzato alla verifica delle capacità del soggetto al quale affidare in via durevole un compito da svolgere.

Necessità di verificare le attitudini professionali del lavoratore, prima di procedere con l'assunzione definitiva, avvertita soprattutto per la categoria degli impiegati i quali, per l'importanza e l'intellettualità delle mansioni affidate loro, si trovavano ad operare come sostituti o alter ego dell'imprenditore e ad instaurare con lo stesso un vincolo obbligatorio stabile e continuativo²⁵.

Il Legislatore del 1924, dunque, ritenne opportuno consentire all'imprenditore di non assumere definitivamente l'impiegato senza prima aver verificato che lo stesso avesse le qualità richieste, allo stesso tempo però prevede una durata massima della prova per un periodo di tre o sei

²⁴ Pur ricordando che la previsione di un periodo massimo di prova operava comunque in assenza di una legislazione in materia di licenziamento individuale del prestatore di lavoro e quindi in una situazione di piena libertà di recesso per il datore di lavoro.

²⁵ ZANGARI G., "Il recesso dal rapporto di lavoro in prova. Studi sul contratto di lavoro con clausola di prova", cit., pag. 10.

mesi, a seconda dell'importanza e della specializzazione delle mansioni da svolgere, proprio per evitare che periodi più lunghi potessero essere stabiliti non per l'opportuna verifica delle capacità personali dell'impiegato ma per sfruttare ingiustificatamente la forza lavoro.

Si riporta a titolo esemplificativo una pronuncia del Tribunale di Milano del 1930, nella quale si puntualizzò la necessità di fissare un termine massimo della prova nel contratto di lavoro subordinato al fine di evitare abusi, sancendo che *“un periodo di prova fissato senza determinazione di termine, non ha effetto giuridico, perché la legge vuole che dall'atto scritto risulti, non già un indeterminato periodo di prova, ma il periodo di prova stipulato all'atto dell'assunzione dell'impiegato e che non deve eccedere un certo limite²⁶”*.

Così come, a tutela del prestatore, fu la prescrizione della forma scritta necessaria della clausola della prova, qualora fosse stata prevista al momento della conclusione del contratto: nel mancato rispetto del detto requisito formale, infatti, avrebbe operato il principio di assunzione a titolo definitivo del lavoratore.

Il quarto comma dell'art. 4, R.D.L. n. 1825 del 13 novembre 1924, sancì poi un'illimitata facoltà di recesso nel corso dello svolgimento della prova, senza preavviso o indennità, in capo ad entrambe le parti del rapporto di lavoro subordinato.

Principio ribadito dalla giurisprudenza risalente ai primi decenni del 1900 di cui si riportano alcune pronunce a titolo esemplificativo *“Secondo l'art. 4 del R.D.L. 13 novembre 1924, n. 1825, durante il periodo di prova la risoluzione del contratto ha luogo in qualunque tempo senza preavviso o indennità, ma è facoltà delle parti di derogarvi con norme restrittive²⁷”* e ancora *“Quando in un rapporto di impiego è pattuito un periodo di prova, le parti sono libere di far cessare il rapporto durante detto periodo²⁸”*.

Non può sfuggire come in realtà la previsione di libera recedibilità si

26 Tribunale di Milano, 27 novembre 1930, in G.L. del 1931, pag. 78.

27 Commissione centrale imprese private, 15 marzo 1927, in *Bollettino Lavoro e Previdenza Sociale* del 1927, III, pag. 91.

28 Tribunale di Milano, 22 dicembre 1938, in *Mag. Lav.* del 1939, pag. 346.

ponesse solo formalmente come istituto favorevole ad entrambe le parti del rapporto di lavoro subordinato, in quanto si era in un periodo storico caratterizzato dall'eccedenza dell'offerta sulla domanda di forza lavoro.

Pertanto l'imprenditore aveva interesse a conservare il proprio potere di recesso *ad nutum*, mentre il lavoratore subordinato aveva l'opposta esigenza di riuscire ad ottenere un'occupazione in pianta stabile, pur trovandosi in un sistema lavoro nel quale la stabilità del rapporto subordinato era ancora lontana, essendo la libera recedibilità dal rapporto in prova ampia tanto quanto quella prevista per il rapporto definitivo²⁹.

Come sostenuto da autorevole dottrina dell'epoca, la disciplina legislativa della prova si fondava sull'idea che la stipulazione della stessa fosse una garanzia soprattutto per l'imprenditore nella scelta e selezione dei prestatori d'opere che ricercavano lavoro³⁰.

Per i lavoratori il periodo di prova rappresentava uno svantaggio derivante dal ritardato consolidamento del rapporto di lavoro subordinato e delle garanzie minime ad esso collegate³¹.

Nonostante in concreto la previsione del comma 4[^], art. 4, R.D.L. n. 1825/24, non consentisse quindi di realizzare una concreta parificazione tra datore di lavoro e lavoratore subordinato, essa fu di fondamentale importanza per l'evoluzione dell'istituto della prova.

Prima dell'intervento del Legislatore nel settore impiegatizio, infatti, vi erano solo usi di piazza in virtù dei quali il datore faceva precedere l'instaurazione del rapporto di lavoro da un periodo di prova, poi confluiti in regolamenti di fabbrica.

L'attività lavorativa era sempre ricompresa nello schema della locazione di opere, ai sensi del codice civile del 1865,³² e si stava avviando lentamente il passaggio dall'impresa come espressione della proprietà individuale, regolamentata civilisticamente, all'idea di impresa come attività individuale

29 ZANGARI G., "Il recesso dal rapporto di lavoro in prova. Studi sul contratto di lavoro con clausola di prova", cit., pag. 17.

30 BARASSI L., "Il Diritto del lavoro", volume II, Milano 1949.

31 TOFFOLETTO, "Il periodo di prova nel contratto di lavoro operaio", Roma 1927, pag. 5.

32 Analogicamente applicabile al rapporto di lavoro secondo la tesi dottrinale del Carnelutti.

dell'imprenditore, afferente al diritto commerciale, cui rimaneva però estranea la regolamentazione dell'attività del collaboratore dell'imprenditore. Come osservato dal Cessari³³ il lavoro umano era ancora considerato alla stregua di un oggetto e così come i beni ed i capitali necessari all'imprenditore, veniva acquisito nella sua sfera giuridica tramite un contratto, nel quale la retribuzione esauriva il prezzo del bene energia lavorativa.

Il principale o il padrone prima di stringere definitivamente il rapporto locativo si assicurava, utilizzando il periodo di prova, sulle attitudini lavorative della controparte e solo in caso di esito favorevole della prova, il contratto sarebbe diventato definitivo³⁴.

Con la Legge n. 562 del 1926 si attuò invece un primo passaggio, seppur solo nel settore impiegatizio, dalla concezione del bene lavoro riconducibile allo schema locativo e regolamentato nel solo interesse dell'imprenditore e delle sue finalità, ad una prima regolamentazione del rapporto di lavoro protettiva del prestatore subordinato.

Iniziò ad abbandonarsi l'idea di un contratto di lavoro nel quale ogni pretesa del prestatore era assorbita dal riconoscimento di un corrispettivo costituente il prezzo dell'energia lavorativa fornita all'impresa, in favore di un contratto che considerasse il lavoro quale attività implicante l'uomo-individuo e contenesse pertanto il riconoscimento di una tutela minima³⁵.

Partendo quindi dagli usi industriali, confluiti poi nei regolamenti di fabbrica e passando attraverso il R.D.L. n. 1825 del 13 novembre 1924, convertito nella Legge n. 562 del 18 marzo 1926, si delinearono le linee essenziali della clausola della prova nel rapporto di lavoro subordinato e vennero gettate le basi per la successiva evoluzione normativa dell'istituto che ci occupa ovvero per l'emanazione della Carta del Lavoro Fascista e la definizione codicistica contenuta nell'art. 2096 del nostro codice civile.

33 CESSARI, *"Fedeltà, lavoro, impresa"*, pag. 20.

34 BARASSI L., *"Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano"*, Milano, 1901, pag. 477.

35 ZANGARI G., *"Il recesso dal rapporto di lavoro in prova. Studi sul contratto di lavoro con clausola di prova"*, cit., pag. 22.

3. Carta del Lavoro fascista, contratti collettivi corporativi e regolamentazione codicistica del patto di prova ai sensi dell'art. 2096 c.c.

Passo successivo nell'evoluzione dell'istituto della prova fu l'emanazione di Leggi Corporative quali l'approvazione, ad opera del Gran Consiglio del Fascismo, in data 21 aprile 1927, della cosiddetta Carta del Lavoro, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 100 del 30 aprile 1927³⁶.

Questo documento si occupò di affermare l'importanza del lavoro inteso come dovere sociale tutelato dallo Stato³⁷ e di inquadrare le organizzazioni sindacali, non come enti liberi, ma come sindacati unici di categoria, dotati di personalità giuridica di diritto pubblico e quindi organi dello Stato³⁸.

I contratti collettivi stipulati dal sindacato unico consistevano di conseguenza in uno strumento legislativo dotato di efficacia *erga omnes* ed utilizzato con lo scopo di consentire la realizzazione dell'interesse superiore dello Stato alla crescita economica dell'Italia, eliminando *ab origine* qualunque possibile conflitto tra datori e prestatori di lavoro³⁹.

Analizzando la Dichiarazione XI della Carta del Lavoro fascista si evince, con specifico riferimento al patto di prova, che *“Le associazioni professionali hanno l'obbligo di regolare, mediante contratti collettivi, i rapporti di lavoro fra le categorie, i datori di lavoro ed i lavoratori, che rappresentano..... [omissis]. Ogni contratto collettivo di lavoro, sotto pena di nullità, deve contenere norme precise sui rapporti disciplinari, sul periodo di prova, sulla misura e sul pagamento della retribuzione, sull'orario di lavoro”*⁴⁰.

Si prevedeva dunque l'obbligo per la contrattazione collettiva di occuparsi della regolamentazione del periodo di prova, ovvero di determinarne legislativamente le caratteristiche, trasformando tale clausola in una

36 Con valore giuridico conferito alla stessa con Legge n. 14 del 30 gennaio 1941.

37 Carta del Lavoro Fascista, Capo I – Stato Corporativo, Dichiarazione II.

38 Carta del Lavoro Fascista, Capo I – Stato Corporativo, Dichiarazione III.

39 PERONE G., *“Lineamenti di diritto del lavoro”*, “Evoluzione e partizione della materia tipologie lavorative e fonti”, Giappichelli Editore, Torino, 1999, pag. 59 e ss.

40 Carta del Lavoro Fascista, Capo II – Contratto collettivo e garanzie di lavoro, Dichiarazione XI.

clausola costante del rapporto di lavoro⁴¹, proprio a causa della vincolatività riconosciuta alle fonti collettive.

La prova perse progressivamente il carattere di modalità eccezionale inserita nel rapporto di lavoro, trasformandosi in istituto tipizzato, in grado di concretizzare una variante al contratto di lavoro tipico.

I contratti collettivi corporativi, dotati di forza obbligatoria per tutta la categoria, determinarono la conseguenza che, data la normale incorporazione della disciplina collettiva nel contratto individuale, la prova veniva *de jure* inserita in quest'ultimo rapporto in modo automatico divenendo una regola generale obbligatoria⁴².

A rafforzare il necessario intervento della contrattazione sindacale nella disciplina del patto di prova intervenì poi il R.D. n. 1251 del 6 maggio 1928, rubricato "*Norme per il deposito e la pubblicazione dei contratti collettivi di lavoro*", che all'art. 8 sanciva "*Nessun contratto collettivo di lavoro può essere pubblicato ove non contenga norme precise sui rapporti disciplinari, sul periodo di prova.....[omissis] secondo i principi enunciati nei paragrafi XIV, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX della carta del lavoro*".

Previsione la cui portata si comprende analizzando il disposto dell'art. 51, R.D. 1 luglio 1926, n. 1139, contenente norme per l'attuazione della Legge sulla disciplina giuridica dei contratti collettivi di lavoro, secondo cui "*I contratti collettivi non hanno effetto, se non siano depositati e pubblicati a norma dell'art. 10 della Legge 3 aprile 1926 e che sarà ruscata la pubblicazione dei contratti nulli per ragioni di sostanza o di forma*".

I contratti collettivi corporativi, per avere effetto dovevano quindi essere depositati e pubblicati a norma di legge, ma non potevano esserlo in assenza di una regolamentazione del periodo di prova che diveniva dunque clausola obbligatoria delle fonti collettive⁴³.

Emerge dunque, dall'analisi del contenuto della Carta del Lavoro e degli obblighi gravanti sulle associazioni di categoria, l'imposizione di un periodo

41 RIVA SANSEVERINO L., "*Corso di diritto del lavoro*", Padova, 1938, pag. 219.

42 ZANGARI G., "*Il recesso dal rapporto di lavoro in prova. Studi sul contratto di lavoro con clausola di prova*", cit., pag. 53.

43 BONARETTI L., "*Il patto di prova nel rapporto di lavoro privato*", cit., pag. 84.

di prova, che la dottrina dell'epoca non ha ritenuto fosse rivolta al datore di lavoro.

Questi avrebbe unilateralmente potuto cioè farne a meno, qualora avesse avuto fiducia nella corrispondenza dell'idoneità professionale alla qualifica per cui il lavoratore veniva assunto, altrimenti avrebbe potuto ricorrervi sottoponendo in tal caso il lavoratore all'obbligo della prova⁴⁴.

Non vi fu dunque il consolidamento della presunzione tacita di assunzione in prova, ma la prova rimase comunque elemento non essenziale del contratto di lavoro, potendo le parti decidere se inserirla o meno nel contratto individuale di lavoro.

Qualora quindi il datore di lavoro non vi avesse fatto ricorso, non si sarebbe proceduto alla stipula del patto di prova e vi sarebbe stata una regolamentazione di favore per il prestatore⁴⁵ – che non avrebbe visto rinviata la propria assunzione definitiva al termine del periodo della prova, ciò in deroga alla legislazione ed alla contrattazione collettiva vigente⁴⁶.

Tornando alla Carta del Lavoro è rinvenibile la sottoposizione del lavoratore subordinato assunto *ex novo* ad un periodo di prova caratterizzato dalla libera recedibilità delle parti e dal diritto per il prestatore di ottenere, in tal caso, solo la retribuzione per il lavoro effettivamente prestato.

E' la Dichiarazione XX a stabilire nello specifico che *“Il prestatore di opera di nuova assunzione è soggetto ad un periodo di prova, durante il quale è reciproco il diritto alla risoluzione del contratto, col solo pagamento della retribuzione per il tempo in cui il lavoro stesso è stato effettivamente prestato⁴⁷”*.

I contratti collettivi corporativi si sono soffermati sulla determinazione della durata della prova - tenendo conto dei diversi settori produttivi e delle mansioni svolte dai prestatori di lavoro – prevedendo, in caso di esito

44 BARASSI L., “Il diritto del lavoro”, cit., pag. 6.

45 Vedi Corte D'Appello Firenze, 15 maggio 1967, in O.G.L., 1968, pag. 137, che in tal caso evidenziava il superamento della presunzione d'assunzione in prova fissata dal contratto collettivo.

46 La modalità della prova nel contratto di lavoro era di natura unilaterale in quanto la prova veniva richiesta al lavoratore.

47 Carta del Lavoro Fascista, Capo II – Contratto collettivo e garanzie di lavoro, Dichiarazione XX.

favorevole, il computo del periodo prestato in regime di prova nell'anzianità di servizio del lavoratore, riconoscendogli altresì il diritto ad essere retribuito in misura non inferiore a quella minima prevista dal C.C.N.L. applicabile.

Si confermarono quindi le caratteristiche del periodo di prova già contenute nell'art. 4 R.D.L. n. 1825 del 13 novembre 1924, ovvero la libertà per le parti di recedere dal rapporto di lavoro nel corso del suo esperimento, con diritto per il prestatore alla retribuzione per l'attività effettivamente prestata e con l'ulteriore previsione dell'obbligo per la contrattazione collettiva di disciplinarne il contenuto.

Si consolidò altresì un sistema basato sulla promulgazione della legislazione sindacale corporativa, sui contratti collettivi corporativi e sulle Dichiarazioni XI e XX della Carta del Lavoro fascista, che portò poi all'elaborazione del nuovo codice civile corporativo⁴⁸.

Gradualmente la clausola della prova vide attenuarsi l'originaria natura di clausola vessatoria ed onerosa imposta unilateralmente e facoltativamente dal datore di lavoro, il quale predisponneva il modulo contrattuale che doveva essere accettato dal prestatore di lavoro.

La Carta del Lavoro, sancendo che del contenuto dei contratti collettivi dovesse far parte, a pena di nullità, anche la disciplina della prova, da un lato rifletteva l'estesa diffusione raggiunta dalla clausola nella prassi contrattuale, dall'altro anticipava la generalizzazione dell'uso della stessa introdotta con il codice civile del 1942.

Si preparò dunque la strada per la norma ad oggi essenziale nella regolamentazione del periodo di prova, nonché elemento centrale dell'analisi dell'istituto che verrà compiuta nei paragrafi successivi, ovvero l'art. 2096 del codice civile del 1942, rubricato "*Assunzione in prova*".

Disposizione accompagnata anche dalla previsione, nel caso di licenziamento del lavoratore, degli obblighi di preavviso e dell'indennità di anzianità ai sensi degli artt. 2118 e 2120 c.c., che resero interessante per il datore, anche nel lavoro operaio, una uscita libera dai suddetti obblighi, dal

48 BONARETTI L., "*Il patto di prova nel rapporto di lavoro privato*", op. cit., pag. 21.

rapporto nei confronti dei dipendenti la cui prova si fosse rivelata negativa⁴⁹. La formulazione dell'art. 2096 c.c. non fu felicissima, come più volte ribadito dalla dottrina⁵⁰, a causa soprattutto del silenzio tenuto su alcune questioni di sostanziale rilievo che si analizzeranno nel prosieguo del presente lavoro, ma essa rappresenta comunque una tappa fondamentale nell'evoluzione della disciplina dell'istituto.

Essa ha sintetizzato molti principi ed orientamenti affermatasi nei decenni precedenti volti a proteggere adeguatamente il lavoratore da possibili abusi del contraente più forte, ma ha anche riconosciuto e tutelato l'interesse di entrambe le parti all'effettuazione della prova onde verificare la reciproca convenienza a rendere definitivo il rapporto di lavoro.

Il primo comma dell'art. 2096 ha mantenuto il principio, già rinvenibile nella legislazione del 1924 relativa al settore impiegatizio, in virtù del quale l'assunzione del prestatore per un periodo di prova deve risultare da un atto scritto.

Statuendo inoltre una deroga a tale principio solo qualora le norme corporative avessero previsto normalmente, per determinate categorie di prestatori di lavoro, un preliminare periodo di prova che avrebbe reso superflua la forma scritta⁵¹.

Allo stesso modo la norma in esame ribadisce il principio di libera recedibilità, nel corso del periodo destinato alla prova, sia per il prestatore di lavoro che per il datore di lavoro, senza obbligo di preavviso o indennità.

In linea di massima si può affermare che l'art. 2096 c.c., ha confermato il regime giuridico della prova previsto dalla Legge sull'impiego privato, da cui trae origine, fatta eccezione per l'indicazione di una durata massima, dettando regole formali e sostanziali, che meritano di essere analizzate singolarmente e con maggior attenzione, dando conto anche delle discussioni che la formulazione letterale della norma in esame ha

49 ZANGARI G., "Il recesso dal rapporto di lavoro in prova. Studi sul contratto di lavoro con clausola di prova", cit., pag. 28.

50 ZANGARI G., "Il contratto di lavoro con clausola di prova", Giuffrè Editore 1965, pag. 34.

51 Molti contratti collettivi corporativi prevedevano di regola il periodo di prova normale per ogni assunzione di operai.

provocato.

Il disposto dell'art. 2096 c.c. si è anche mantenuto in linea di continuità rispetto alla legislazione corporativa.

La Carta del Lavoro, per il suo carattere di documento costituzionale, ha introdotto una impostazione programmatica volta a favorire il lavoro in prova, ritenendolo normale nella Dichiarazione XX, senza però prevedere un obbligo in tal senso.

Nella Dichiarazione XI, comma 3[^], infatti, è sancito il solo obbligo per i contratti collettivi, a pena di nullità, di disciplinare la clausola della prova attraverso una regolamentazione concreta che ne ha confermato il carattere dispositivo, lasciando la facoltà alle parti di inserirla o meno nel contratto individuale di lavoro.

La mancata previsione della regola della forma scritte nelle richiamate Dichiarazioni della Carta fascista, quindi, non voleva introdurre una presunzione di assunzione in prova quanto piuttosto dar conto del carattere programmatico e quindi etico-politico del patto di prova.

Allo stesso modo il disposto dell'art. 2096 c.c., pur tendendo a favorire l'assunzione definitiva del prestatore di lavoro attraverso la reintroduzione della forma scritta *ad substantiam* della clausola della prova, non ha ripristinato la presunzione di assunzione definitiva riconducibile all'art. 4 della Legge sull'impiego privato del 1924.

CAPITOLO II

LA DISCIPLINA DEL PATTO DI PROVA NEL RAPPORTO DI LAVORO

4. Definizione e causa del patto di prova: interesse del datore e del prestatore di lavoro

L'art. 2096 del codice civile del 1942, rubricato “Assunzione in prova” sancisce:

“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 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”.

Da una prima lettura della norma è evidente come in essa non possa rinvenirsi una definizione espressa del patto di prova che però può desumersi dal suo contenuto.

Il rapporto in prova si configura, infatti, come un rapporto di lavoro avente uno scopo, l'esperimento, che ne esaurisce la funzione e ne determina le caratteristiche essenziali quali:

1. un termine di durata massima della prova prestabilito dalla legge o dalla contrattazione collettiva, non potendo un esperimento prolungarsi indefinitamente o per un'eccessiva durata;
2. la facoltà per le parti di recedere unilateralmente dal rapporto

dopo la sua attuazione, ma anche prima del suo termine massimo, senza obbligo di reciproci risarcimenti, salvo diverse previsioni normative che le vincolino per tutto il periodo;

3. la trasformazione automatica del rapporto da provvisorio a definitivo nel momento in cui, scaduto il termine di prova, nessuna delle parti si sia avvalsa della facoltà di recesso o disdetta⁵².

La prova deriva quindi dalla facoltà per le parti di un rapporto di lavoro subordinato, di apporre al contratto individuale una clausola accessoria con cui subordinare la convenienza dell'assunzione definitiva all'esito positivo di un periodo di valutazione reciproca⁵³.

Sono il datore e il lavoratore a concordare un periodo di esperimento che è oggetto della assunzione in prova⁵⁴, siamo dunque in presenza di un elemento accidentale del contratto, ovvero di una clausola accessoria, avente ad oggetto un periodo di tempo predeterminato nel corso del quale – attraverso l'esecuzione della prestazione – il datore di lavoro ha modo di verificare le attitudini psico-fisiche e professionali del lavoratore e quest'ultimo l'interesse e la convenienza del nuovo lavoro⁵⁵.

Ciò significa che il rapporto di lavoro nasce libero tra le parti da obblighi di prova o sperimentazione, se esse hanno però tale interesse possono introdurlo nel programma negoziale attraverso l'apposizione di una clausola che, ai sensi dell'art. 2096 c.c., comma 1[^], deve risultare da atto scritto recante il consenso di datore e prestatore.

La particolarità del contratto di lavoro con previsione della prova, rispetto a quello ordinario, risiede esclusivamente nel fatto che, in virtù della rilevanza di uno specifico interesse delle parti estraneo alla struttura causale del negozio tipico, la prestazione di lavoro è finalizzata anche a consentire la valutazione sull'opportunità della continuazione di un rapporto di lavoro già

52 GRECO P., *“Il contratto di lavoro”*, Torino, 1939, pag. 142.

53 VALLEBONA A., *“Istituzioni di diritto del lavoro”*, Volume II, *“Il rapporto di lavoro”*, Cedam 2008, sesta edizione, Cap. II, pag. 92.

54 DETTORI P., *“Forma del patto di assunzione in prova”*, in *M.G.L.*, 1982, pag. 786.

55 Enciclopedia Generale Mondadori, Voce *'assunzione in prova'*, Arnoldo Mondadori Editore, II edizione aggiornata 1986, Volume X, pag. 150.

istituito⁵⁶.

Le parti, tramite un patto aggiuntivo, rinunziano cioè all'acquisizione dei diritti futuri eventualmente ad esse attribuiti prevedendo una risoluzione del rapporto che potrebbe verificarsi in conseguenza di un futuro eventuale esercizio della loro potestà di recesso, entro un termine prestabilito⁵⁷.

La causa del contratto di lavoro pertanto costituisce anche la causa del contratto di lavoro con la clausola di prova⁵⁸, che non sottrae il contratto di lavoro subordinato alla sua tipica causa di scambio, ma arricchisce la posizione delle parti attraverso l'imposizione di un obbligo aggiuntivo a carico del datore e del prestatore, cioè quello rispettivamente di consentire e fare la sperimentazione⁵⁹.

Pertanto mentre la causa del normale rapporto di lavoro subordinato è lo scambio tra prestazione di lavoro e retribuzione, nel lavoro in prova detto scambio è ulteriormente finalizzato a verificare il gradimento e l'idoneità per entrambe le parti⁶⁰.

Questa impostazione normativa è il risultato di un'evoluzione storica che si poneva come obiettivo quello di salvaguardare gli interessi della parte più debole del rapporto contrattuale, ovvero il prestatore di lavoro.

Abbiamo visto infatti come a partire dal XIX secolo e fino all'emanazione del R.D.L. n. 1825/24, il datore di lavoro esercitava il completo imperio sul dipendente: in mancanza di qualunque legislazione protettiva in favore dei prestatori, egli poteva unilateralmente decidere di sottoporli ad un periodo di valutazione delle loro capacità, nonostante la classe operaia fosse prevalentemente composta da manodopera non specializzata, le cui attitudini non avevano quindi concreta rilevanza.

Proprio per evitare questa profonda soggezione personale del lavoratore all'imprenditore e per evitare sfruttamenti disumani della forza lavoro, con il R.D.L. n. 1825/24 si prevede una regolamentazione della prova, ovvero la

56 CALABRO¹, voce Periodo di prova (dir. Priv.), Enciclopedia Diritto, Milano, 1983, XXXIII, pag. 73.

57 NUTI G., in *Giur. It.*, 1942, IV, pag. 33.

58 MISCIONE, "La Corte Costituzionale sul patto di prova", in *Giur. It.*, 1981, I, 1, pag. 492.

59 Corte Costituzionale, 4 dicembre 2000, n. 541, in *Foro It.*, 2000, I, pag. 3655.

60 Cass. Civ., 5 maggio 2004, n. 8579, in *L.G.*, 2004, n. 11, pag. 1199; Cass. Civ., 11 marzo 2004, n. 5016, in *G.C.M.*, 2004, pag. 3; Cass. Civ., 13 settembre 2003, n. 13498, in *M.G.I.*, 2003.

forma scritta della pattuizione – recepita anche nel disposto dell'art. 2096 c.c., comma 1[^] - la sua durata massima, la libertà di recesso *ad nutum* e la decorrenza retroattiva dell'anzianità di servizio⁶¹.

Anche con la legge sul lavoro impiegatizio, però, l'illimitata facoltà di recesso riconosciuta alle parti del rapporto in prova consacrava, nella prassi, la prova come istituto diretto a soddisfare il solo interesse dell'imprenditore, indebolendo le effettive possibilità di occupazione stabile dell'impiegato⁶².

Le protezioni in essa contenute, inoltre, non furono estese anche alla categoria degli operai ritenendo che nei loro confronti la prova non servisse a valutarne le qualità professionali, bensì a valutare solo ed esclusivamente le loro energie lavorative in vista del loro maggior sfruttamento per il funzionamento delle nuove macchine e dei nuovi procedimenti produttivi.

L'ampia libertà di recesso nell'ambito della prova soddisfaceva l'interesse dell'imprenditore al miglior impiego possibile della manodopera, non impegnando i soggetti in modo definitivo, ma limitandosi a dar luogo ad un vincolo contrattuale allentato e meno forte per un periodo di tempo determinato.

Solo con il codice civile del 1942 vi è stata la generalizzazione della disciplina legislativa della prova all'intero campo dei rapporti di lavoro privati, sia al rapporto di impiego sia a quello operaio, attesa la crescente specializzazione della manodopera e la definitiva equiparazione del trattamento economico-normativo del rapporto operaio al rapporto d'impiego voluta dai primi codificatori⁶³.

L'art. 2096 c.c., comma 2[^], sancisce inoltre, previa condivisa volontà delle parti, l'obbligo per l'imprenditore ed il prestatore di “consentire e fare l'esperimento”⁶⁴.

61 VARESI-ROCCCELLA, “*Il patto di prova nel rapporto di lavoro*”, op. cit., pag. 10.

62 ZANGARI G., “*Il recesso dal rapporto di lavoro in prova. Studi sul contratto di lavoro con clausola di prova*”, cit., pag. 17.

63 RIVA SANSEVERINO, “*Il lavoro nell'impresa*”, in Trattato di diritto civile diretto da Vassalli, Torino, 1960, pag.200, secondo cui il contratto di lavoro in prova si è sviluppato nel lavoro operaio, man mano che si è passati da prestazioni di manovalanza generica ad un'attività altamente qualificata e da un'attività manuale ad una intellettuale.

64 Nella Relazione Ministeriale precedentemente citata è esplicitato l'interesse dei Compilatori

Questa disposizione costituisce il fulcro della cosiddetta bilateralità del patto di prova, attraverso cui il Legislatore ha voluto trasformare tale clausola da strumento unilateralmente usato dal datore di lavoro per valutare l'idoneità del dipendente, a strumento utile al prestatore per poter valutare la convenienza a rendere definitivo il rapporto di lavoro⁶⁵.

Il patto di prova quale forma di garanzia originariamente operante in favore del datore di lavoro, diviene successivamente all'entrata in vigore del codice civile del 1942 ed all'affermarsi del principio di parità contrattuale anche in ambito giuslavoristico, garanzia anche per il lavoratore⁶⁶.

Nel corso dell'esperimento il lavoratore avrà l'obbligo di eseguire le mansioni lui assegnate ed il datore di lavoro avrà l'obbligo di assegnare al dipendente specifiche mansioni di cui occuparsi e di consentirne l'espletamento⁶⁷.

Il dipendente potrà in questo modo verificare se la prestazione da svolgere sia di suo gradimento, nelle modalità e contenuti, e se ritenga opportuno proseguire il rapporto, tenuto conto anche dell'onerosità della prestazione lui richiesta e della corrispondente retribuzione⁶⁸.

Oggetto della prova sarà pertanto lo svolgimento della medesima attività lavorativa dedotta nel contratto di lavoro potenzialmente definitivo, vi sarà lo stesso sinallagma contrattuale nel quale le parti si sarebbero trovate qualora avessero stipulato il contratto senza periodo di prova, con la sola aggiunta della facoltà di valutare le rispettive posizioni per definire la reciproca convenienza alla stabilizzazione del rapporto⁶⁹.

affinché l'obbligo dell'esperimento reciproco operasse in questa peculiare fase del rapporto di lavoro *"perché più logico in relazione all'efficacia del vincolo contrattuale e più equo in rapporto alle finalità della prova"*.

65 Cass. Civ., n. 8579/04, in *L.G.*, 2004, 11, pag. 1119; Cass. Civ., n. 13498/03, in *M.G.L.*, 2003; Cass. Civ., n. 1741/95, in *M.G.L.*, 1995, pag. 187.

66 DI PRIMA G., *"Sul patto di prova nel contratto di lavoro privato"*, in *Lav. Prev Oggi*, 1976, pag. 1334.

67 Cass. Civ., n. 14358/99, in *G.C. Mass.*, 1999, pag. 2621 *"Il patto di prova deve anche contenere la specifica disciplina delle mansioni da espletarsi, la cui mancanza costituisce motivo di nullità del patto (con automatica conversione dell'assunzione in definitiva sin dall'inizio)"*.

68 BALELLA G., *"Lezioni di legislazione del lavoro"*, Roma, 1927, pag. 260.

69 Cass. Civ., n. 14358/99, cit., sancisca che il lavoratore dovrà nel corso della prova poter dimostrare le proprie capacità ed attitudini svolgendo specifiche mansioni identificate sin dall'inizio, consentendo al datore di esprimere in questo modo la propria valutazione sull'esito di una prova correttamente svolta.

E' chiaro che, pur essendo lo scambio inerente al lavoro in prova già quello che qualificherà il rapporto definitivo, essendo rinviata per la durata del periodo dell'esperimento, la trasformazione del rapporto di lavoro in definitivo, la causa contrattuale rileverà solo limitatamente alla funzione di reciproca valutazione preliminare⁷⁰.

In altri termini lo scambio tra retribuzione e lavoro è identico nel rapporto subordinato tipico e nel lavoro in prova, ma è la struttura del rapporto nel quale esso si inserisce che non è ancora quella del rapporto definitivo.

Vi è formalmente una verifica, nel reciproco interesse⁷¹, dell'utilità della prosecuzione del rapporto di lavoro subordinato.

In particolare per il datore la detta verifica riguarda la capacità professionale del lavoratore e la sua complessiva idoneità alle mansioni affidategli nel contesto aziendale; per il lavoratore consiste nella valutazione della sua convenienza all'occupazione definitiva del posto di lavoro offertogli⁷².

E' palese come la reciprocità dell'interesse allo svolgimento di un periodo di prova, ipotizzata astrattamente dal Legislatore del 1942, non sia affatto rispondente alla realtà economica attuale e non risponda affatto alle esigenze dei lavoratori.

In un mercato del lavoro globalizzato, profondamente ferito dalla crisi economica mondiale iniziata nel 2008 e che ha portato alla perdita di milioni di posti di lavoro, vi è una forte eccedenza della forza lavoro rispetto alla domanda.

Gli alti livelli di disoccupazione - riscontrati a partire dagli anni '80, congiuntamente alla diffusione delle nuove tecnologie e di una via via maggior esigenza di flessibilità nella gestione della forza lavoro - rendono non proficuo per il lavoratore il patto di prova, inteso come verifica di gradimento della posizione di lavoro e del contesto aziendale⁷³.

Egli sarà infatti disposto ad accettare qualunque occupazione, piuttosto che

70 ZANGARI G., "Il recesso dal rapporto di lavoro in prova. Studi sul contratto di lavoro con clausola di prova", Giuffrè Editore 1970, pag. 102.

71 Cass. Civ., Sez. Lavoro, n. 8579/04, in *Foro It. Rep.*, 2004, voce "Lavoro" (Rapporto), n. 1313.

72 DEL GIUDICE F., MARIANI F., IZZO F., (a cura di), "Diritto del lavoro", cit.

73 LA ROSA A. C., "La disciplina del patto di prova", in *Lav. Prev. Oggi*, 1983, pag. 78.

rimanere privo dei mezzi necessari per il sostentamento proprio e della propria famiglia.

La debolezza del prestatore nella fase iniziale del rapporto di lavoro, caratterizzata dalla precarietà dell'occupazione⁷⁴, evidenzia come non vi sia un equilibrio ed una parità effettiva tra le parti contrattuali ed evidenzia altresì, nei fatti, il solo interesse datoriale ad avvalersi della libertà di recesso riconducibile al periodo di prova.

E' diversa la stessa natura degli interessi dei contraenti: il datore di lavoro è chiamato a valutare l'idoneità del lavoratore e a decidere della sua eventuale estromissione dal posto di lavoro⁷⁵; il prestatore ha, di regola, il solo interesse alla conservazione del posto di lavoro⁷⁶.

Da ciò deriva che, eccezion fatta per le categorie professionali più qualificate, la clausola in parola viene di fatto supinamente accettata dal lavoratore il quale non può rifiutarsi di svolgerla, stante il disposto dell'art. 2096 c.c., comma 2^a, che stabilisce come egli sia tenuto a fare l'esperimento che forma oggetto del patto di prova⁷⁷.

Quella che tradizionalmente è indicata come *ratio* della reciproca convenienza, si traduce di fatto nella prevalente convenienza per il datore a non instaurare da subito un rapporto definitivo.

Di conseguenza è il datore di lavoro l'unico ad avere un reale interesse a valutare la capacità lavorativa del prestatore e le sue attitudini fisiche e professionali, per stabilire se questi sia o meno idoneo ad espletare le mansioni alle quali è stato adibito⁷⁸, pur non potendo escludersi a priori una marginale utilità della prova per il dipendente.

Prova utile non solo per vagliare dal punto di vista tecnico, morale, disciplinare il lavoratore, ma come controllo per l'equa misura del corrispettivo, che dovrà essere proporzionato alla capacità⁷⁹.

74 Ciò che ha reso necessario e fondamentale l'intervento della contrattazione collettiva soprattutto per la regolamentazione di una durata massima della prova.

75 FAVALLI G., in *Diritto e pratica del lavoro*, 1984, pag. 375.

76 GHERA E., *"Diritto del lavoro"*, Cacucci Editore Bari, 1994.

77 DEL GIUDICE F., MARIANI F., IZZO F., (a cura di), *"Diritto del lavoro"*, cit., pag. 120.

78 MEOLI I., "Periodo di prova", www.altalex.com/index.php?idnot=38850, 02 novembre 2007.

79 DE LITALA L., *"Il contratto di lavoro"*, Torino, 1931, pag. 178.

Su tale assunto sembra convergere anche la nostra Corte Costituzionale⁸⁰ che ha affermato come la funzione di primaria evidenza della prova, non sarebbe di verifica da parte del datore di lavoro e del lavoratore della convenienza ad instaurare il rapporto di lavoro, ma consisterebbe nell'accertamento della sussistenza nel prestatore della qualificazione tecnica ritenuta necessaria al proseguimento di un rapporto di lavoro già intrapreso.

Vi è dunque una debolezza del lavoratore rispetto al proprio "principale", che ha reso essenziale l'introduzione di limiti temporali alla durata del patto di prova nel lavoro subordinato, soprattutto attraverso l'intervento della contrattazione collettiva.

⁸⁰ Corte Costituzionale, 4 dicembre 2000, n. 541, in *Foro It.*, 2000, I, pag. 3655.

5. Natura giuridica della prova: contratto speciale o rapporto unitario. Prova come condizione sospensiva o risolutiva.

Il rapporto di lavoro in prova non costituisce né una *species* tipica del più ampio *genus* del rapporto di lavoro subordinato, né una fattispecie causale autonoma rispetto ad esso, ma semplicemente consiste in un elemento accessorio apponibile mediante un'apposita clausola.

Le parti, quindi, non pongono in essere un autonomo e distinto rapporto di lavoro ma introducono ulteriori posizioni reciproche all'interno dell'unitario rapporto contrattuale, in corrispondenza delle quali i diritti e gli obblighi nascenti da un comune rapporto di lavoro si accrescono, con l'aggiunta di altri diritti ed obblighi complementari.

Al momento della stipulazione del contratto di lavoro in prova questo possiede tutti i necessari elementi formativi del vincolo di collaborazione tra le parti e l'esito normalmente favorevole della prova, con trasformazione del rapporto di lavoro in vincolo definitivo, conferma tale completa esistenza del vincolo.

L'elemento accessorio ed eventuale non può, infatti, avere potere di rendere valido il più importante vincolo contrattuale⁸¹.

La configurazione del contratto di lavoro subordinato con previsione del periodo di prova così come definita, è però il risultato di una lunga disquisizione dottrinale relativa alla natura attribuibile alla clausola della prova.

Si deve in primo luogo dar conto di una minoritaria corrente dottrinale che identificò nella clausola della prova una sorta di clausola di gradimento prevista dall'art. 1520 c.c. per il contratto di vendita⁸² e la ricondusse alla vendita condizionata o in prova ex art. 1521 c.c.⁸³.

81 BONARETTI L., "Il patto di prova nel rapporto di lavoro privato", op. cit., pag. 90.

82 L'art. 1520 rubricato "Vendita con riserva di gradimento" statuisce che "Quando si vendono cose con riserva di gradimento da parte del compratore, la vendita non si perfeziona fino a che il gradimento non sia comunicato al venditore".

83 L'art. 1521 c.c. rubricato "Vendita a prova" statuisce che "La vendita a prova si presume fatta sotto la condizione sospensiva che la cosa abbia le qualità pattuite o sia idonea all'uso a cui è destinata. La prova si deve eseguire nel termine e secondo le modalità stabiliti dal contratto o dagli usi".

In entrambi i casi il perfezionamento del contratto era subordinato allo scioglimento della riserva di gradimento da parte dell'acquirente e, l'assimilazione della prova alla vendita con facoltà di assaggio, derivava dall'identità dell'unico soggetto che doveva insindacabilmente decidere della bontà della prova e del genere offerto in vendita, ovvero il destinatario dello stesso⁸⁴.

Si argomentava a sostegno di tali tesi, risalenti nel tempo e legate all'attrazione del lavoro nello schema locativo, che il periodo di prova, destinato a constatare il grado di abilità del lavoratore, era provvisorio e precedeva la fase nella quale il rapporto locativo sarebbe divenuto definitivo.

Nel corso di questo periodo, quindi, il lavoro non veniva prestato sotto un vincolo di vera e definitiva locazione di opere, in quanto tale vincolo era sotto condizione, si sarebbe dovuta pertanto applicare la disciplina relativa alla vendita in prova sotto condizione d'assaggio⁸⁵.

Questa ricostruzione fu rigettata in quanto il contratto di compravendita è estremamente diverso dal contratto di lavoro subordinato, si tratta di fattispecie eterogenee che non possono essere assimilate: nel lavoro in prova, infatti, manca il mero arbitrio nell'esercizio della riserva che invece è caratteristica essenziale della clausola che può essere apposta al contratto di compravendita⁸⁶.

Nella vendita in prova, inoltre, il gradimento si esprime sulla base di valutazioni di natura oggettiva e non soggettiva come accade per il lavoro in prova.

Abbandonata pertanto questa linea di pensiero si evidenziarono due principali correnti dottrinali: la prima considerava il contratto di lavoro in prova come un contratto distinto e speciale rispetto al contratto definitivo; la seconda invece sosteneva l'unicità del rapporto, considerando il patto di

84 BONARETTI L., *“Il patto di prova nel rapporto di lavoro privato”*, cit., pag. 82.

85 ABELLO L., *“Della locazione di opere”*, Torino, 1910, volume II, pag. 377; BRUNELLI G., *“Il libro del lavoro”*, Ed. Soc. Ed. Lombarda, Milano, 1956, pag. 97.

86 BONARETTI L., *“Il patto di prova nel rapporto di lavoro privato”*, op. cit., pag. 176.

prova come una clausola accidentale inserita nel contratto di lavoro⁸⁷.

Il primo di questi due orientamenti si fondava sull'assoluta libertà riconosciuta alle parti di continuare il rapporto alla data del periodo di prova o di recedere prima della sua scadenza, senza alcun obbligo di contrarre e senza subire ulteriori conseguenze patrimoniali.

Si riteneva il rapporto in prova un rapporto a se' stante, non provvisorio né sottoposto a condizione in quanto le parti non assumevano alcun impegno di proseguire il rapporto al termine della prova; inoltre il contratto era risolubile anche nel corso della prova, senza obbligo di preavviso e indennità stabiliti dalla legge per il rapporto di lavoro⁸⁸.

La costituzione del rapporto definitivo sarebbe stata solo eventuale e dipendente non da un fatto oggettivo, ma da una valutazione positiva delle parti espressa nel corso o alla fine della prova, ovvero di un giudizio personale e discrezionale.

Discrezionalità del giudizio sulla prova insindacabile e che avrebbe consentito ai contraenti di recedere liberamente, senza l'obbligo di motivare⁸⁹.

I principali esponenti di tale corrente dottrinale consideravano la prova come un contratto speciale di lavoro, avente ad oggetto l'esperimento, del tutto autonomo rispetto al contratto definitivo, nonostante entrambi intercorressero tra gli stessi soggetti, per la stessa prestazione⁹⁰.

In altri termini il collegamento esistente tra patto di prova e contratto di lavoro non impediva di poterli considerare due negozi distinti, se questa fosse stata l'intenzione reale dei contraenti.

Di conseguenza il patto di prova, oltre che essere considerato alla stregua di un elemento accidentale del contratto, si sarebbe potuto configurare anche come vero e proprio contratto di lavoro speciale, avente come fine particolare il solo esperimento della capacità del lavoratore⁹¹.

87 PAPALEONI, "Durata della prova e autonomia sindacale", in *Giust. Civ.* 1982, I, pag. 95.

88 MAZZONI G., "Manuale di diritto del lavoro", Milano, 1977, volume II, pag. 795.

89 CASSI' V., "L'arbitrium nel rapporto di lavoro in prova", in *Dir. Lav.*, 1949, II, pag. 86.

90 ASSANTI C., "Il contratto di lavoro a prova", Milano, 1957, pag. 17.

91 MAZZONI G., "Manuale di diritto del lavoro", II, Milano, 1988, pag. 425; GRECO P., "Il contratto di lavoro", Trattato diretto da Vassalli, Torino, 1938, pag. 142.

Questo orientamento rimase però minoritario, così come quello che supportava la teoria del doppio contratto in prova e di lavoro, ognuno con una diversa causa e funzione, assimilando la clausola della prova al contratto preliminare⁹².

Questa ricostruzione fu rigettata per mancanza dei requisiti previsti dall'art. 2932 c.c.⁹³: il contratto preliminare, infatti, obbliga le parti alla conclusione del successivo contratto definitivo, mentre nel contratto di lavoro in prova le parti non assumono alcun obbligo circa la conclusione ed il perfezionamento del contratto di lavoro definitivo⁹⁴.

Comune al contratto preliminare è solo la formazione di una fase iniziale in cui il rapporto definitivo non si è ancora formato e che ha natura preparatoria.

In altri termini, se è previsto un periodo di prova la stipulazione del contratto viene a creare una sorta di rapporto di reciproca aspettativa e un vincolo obbligatorio preparatorio, il cui oggetto principale consiste nell'interesse del lavoratore ad attuare la prestazione in modo che la controparte sia in grado di valutarla⁹⁵.

Non è comunque accettabile la tesi della duplicità del contratto di lavoro in quanto essa contrasterebbe con il disposto dell'art. 2096 c.c., che presuppone una continuità del rapporto collidente con la possibilità di duplicazione di fonti costitutive.

La menzionata norma codicistica non giustifica in pratica uno sdoppiamento del rapporto e richiede comunque che l'esperimento sia fatto, considerando il periodo di prova elemento caratterizzato dalla provvisorietà ma che tende al raggiungimento della definitività del rapporto di lavoro subordinato.

La ricostruzione dottrinale secondo cui la prova avrebbe costituito una fattispecie diversa dal rapporto di lavoro tipico, poteva essere accettata all'origine dell'istituto della prova, quando la facoltà di sottoporvi il lavoratore

92 TOFFOLETTO A., "Il periodo di prova nella giurisprudenza", in *Dir. Lav.*, 1927, II, pag. 656.

93 BARASSI L., "Il diritto del lavoro", Milano, 1949, Volume II, pag. 188.

94 ALIBRANDI A., "Appunti in margine all'art. 2096 c.c.", in *Arch. Civ.*, 1992, pag. 3.

95 RIVA SANSEVERINO L., "Commentario del codice civile art. 2096", Bologna – Roma, 1977, pag. 258.

era una manifestazione atipica della libertà contrattuale regolata solo dagli usi e dalla prassi.

A seguito dell'emanazione dell'art. 2096 c.c., però, la disciplina tipica del patto di prova fu inserita nel contratto di lavoro come un particolare momento della fase iniziale dello stesso, semplicemente rimandando l'applicazione della disciplina tipica del rapporto di lavoro subordinato ad un momento successivo.

L'entrata in vigore della Legge n. 230 del 18 aprile 1962, regolante i contratti di lavoro a tempo determinato, rese inaccettabile l'idea di stipulare un contratto di lavoro di mera prova fine a se stesso, in quanto si sarebbe stipulato un contratto a termine in violazione delle ipotesi giustificative tassativamente stabilite dalla menzionata Legge⁹⁶.

Per queste ragioni la concezione dottrinarica che prevalse e che fu successivamente supportata anche dalla giurisprudenza, fu quella di riconoscere, in caso di apposizione al contratto della clausola della prova, l'esistenza di un unico rapporto contrattuale subordinato ad una condizione sospensiva potestativa.

L'affermazione fondante questa corrente di pensiero è la seguente: il periodo di prova non dà luogo ad un rapporto distinto e diverso da quello successivo all'esito dell'esperimento. Il rapporto è unico, tanto è vero che il servizio prestato durante il periodo di prova si computa nell'anzianità del prestatore di lavoro⁹⁷.

Dal contratto di lavoro non sorge quindi un distinto rapporto provvisorio destinato ad estinguersi per essere sostituito da altro rapporto definitivo se la prova dovesse avere esito positivo: sorge invece un rapporto di lavoro in cui, durante un primo periodo, le parti assumono particolari posizioni giuridiche destinate a venir meno nel successivo svolgimento del rapporto⁹⁸. Autorevole fu l'opinione del Santoro-Passarelli il quale ritenne che il patto di prova combinasse in se i due elementi della condizione e del termine⁹⁹.

96 BONARETTI L., *"Il patto di prova nel rapporto di lavoro privato"*, op. cit., pag. 89.

97 TORRENTE A., *"Commento al libro V del codice civile: art. 2096"*, Torino, 1962, pag. 126.

98 SUPPIEJ G., *"Il rapporto di lavoro"*, Padova, 1982, pag. 270.

99 SANTORO-PASSARELLI F., *"Nozioni di diritto del lavoro"*, op. cit., pag. 154.

Il rapporto di lavoro provvisorio in prova era, secondo la sua visione, un rapporto a termine finale incerto, di cui veniva stabilita la durata massima ed eventualmente anche la minima; il rapporto definitivo era invece subordinato alla condizione sospensiva potestativa del gradimento o del mancato recesso dell'una o dell'altra parte e al termine iniziale incerto coincidente con la fine del periodo di prova¹⁰⁰.

In pratica si prese in considerazione la connessione tra i due rapporti che scaturiscono dall'unico contratto di lavoro: un primo rapporto – a termine finale e incerto – provvisorio di prova; il secondo – condizionato sospensivamente al gradimento o al mancato recesso – definitivo, che si perfezionerà al termine della prova pur retroagendo, per finzione di legge, ai fini della produzione di alcuni effetti (anzianità, previdenza, ecc.)¹⁰¹.

Solo per dialettica si aveva dunque una distinzione del lavoro in prova in due fasi, una in cui la condizione pende e la sua durata è disposta per legge, o ridotta dalle parti o dai contratti collettivi e l'altra in cui si è realizzata¹⁰².

Una volta accolta la concezione unitaria del rapporto di lavoro subordinato sottoposto a condizione, è interessante analizzare le discussioni che si ebbero tra gli studiosi, i quali si divisero tra coloro i quali consideravano la prova come condizione sospensiva, il cui avveramento avrebbe determinato il sorgere di un rapporto definitivo e quelli che la ritenevano piuttosto come condizione risolutiva.

Il rapporto di lavoro cioè sarebbe sorto immediatamente in via definitiva, potendo però cessare qualora una delle parti avesse manifestato di non gradire la situazione costituita.

Chiaramente diverse sarebbero state le conseguenze a seconda che si fosse aderito all'una o all'altra corrente di pensiero.

L'accettazione della prova come condizione sospensiva avrebbe determinato la mancata instaurazione di un effettivo vincolo giuridico tra le

100 MONTUSCHI L., *“Trattato di diritto privato”*, Torino, 1986, volume 15, tomo I, pag. 273.

101 CASSI' V., *“Il rapporto di lavoro in prova”*, Milano, 1950, pag. 153.

102 ABBATE G.M., *“La funzione della clausola di prova nel contratto di lavoro”*, in *Tutela lav.*, 1967, pag. 313.

parti, in quanto esso sarebbe rimasto legato ad una valutazione soggettiva da parte del datore di lavoro, che avrebbe sospeso la formazione definitiva del rapporto di lavoro.

L'adesione invece alla tesi della condizione risolutiva avrebbe comportato, sin da subito, il dispiegarsi degli effetti tipici derivanti dal sinallagma del contratto di lavoro, con cessazione degli stessi nel caso in cui si fosse avverata la condizione del mancato gradimento di una delle parti.

Cominciamo con il prendere in considerazione le varie ricostruzioni dottrinali che portarono numerosi autori a definire la clausola della prova come condizione sospensiva.

Sotto l'influenza del nostro codice civile del 1865 fu il Barassi ad analizzare per primo il contratto di locazione d'opera stipulato con previo patto di prova, evidenziando la volontà del capo dell'azienda, prima di stringere un rapporto locativo, di assicurarsi sulle potenzialità di lavoro del dipendente e sulle sue attitudini¹⁰³.

Obiettivo realizzato tramite la condizione sospensiva della prova apposta al contratto di lavoro per cui, in caso di esito positivo dell'esperimento, il rapporto tra le parti sarebbe divenuto definitivo¹⁰⁴.

La prova si concretizzava quindi in una condizione sospensiva potestativa, ovvero nella condizione del gradimento delle parti circa l'eseguito esperimento, che avrebbe determinato in caso di esito negativo la facoltà di recesso dal rapporto di lavoro; in caso di buon esito la definitività dello stesso¹⁰⁵.

Più autori rilevarono che l'assunzione definitiva a termine iniziale incerto, sarebbe stata subordinata ad una condizione sospensiva potestativa da ambo le parti, e cioè alla condizione sospensiva potestativa positiva del gradimento da parte dell'imprenditore e negativa del mancato recesso da parte del lavoratore in prova.

A sostegno di tale assunto la previsione contenuta nell'art. 2096 c.c.,

103 BARASSI L., *"Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano"*, Milano, 1917, II edizione, volume II, pag. 234.

104 SCOTTO I., *"Manuale di diritto del lavoro"*, Roma, 1974, pag. 266.

105 DE LITALA L., *"Il contratto di lavoro"*, Torino, 1949, pag. 107.

comma 4[^], che sancisce il computo, nell'anzianità di servizio del lavoratore, del servizio prestato durante la prova, coerentemente con la retroattività della condizione sospensiva verificata¹⁰⁶.

Il periodo di prova, regolamentato come lasso di tempo volto a valutare le capacità del prestatore al fine di consentire la stabilizzazione del rapporto di lavoro subordinato tra le parti, sembrava perfettamente inquadrabile nello schema della condizione sospensiva.

Sospensione definita da molti autori *si placuerit*, ossia alla condizione che il lavoratore dimostrasse, durante la prova, di essere idoneo a quel genere di lavoro per il quale era stato assunto¹⁰⁷.

La caratteristica della condizione sospensiva corrispondente alla prova, era costituita dall'interesse, per entrambe le parti e soprattutto per il lavoratore, a far sì che, durante il periodo di pendenza della condizione, la prestazione fosse effettivamente attuata, anche se non in veste di prestazione inerente ad un rapporto definitivo¹⁰⁸.

In questo modo sarebbe stato possibile per entrambe le parti - già legate da un contratto di lavoro la cui definitività era appunto sottoposta all'avverarsi della condizione sospensiva potestativa della prova - di determinare l'esito favorevole dell'esperimento e/o il gradimento dell'occupazione per il prestatore, sancendo la trasformazione del rapporto in definitivo *ab origine* o la cessazione dello stesso a seguito dell'esercizio del diritto di recesso.

Diverso il presupposto posto alla base dei ragionamenti spiegati dai sostenitori della tesi secondo cui la prova opererebbe in realtà come condizione risolutiva.

I maggiori esponenti di tale linea di pensiero ritenevano che, nell'ipotesi prevista dall'art. 2096 c.c., vi fosse un solo contratto di lavoro nel quale si inseriva il patto di prova, elemento in grado unicamente di subordinare il rapporto alla soluzione risolutiva del mancato gradimento di una o dell'altra

106 RESCIGNO P., Voce "Condizione-diritto-vigente", in Enciclopedia del Diritto, Milano, 1961, volume VIII, pag. 785.

107 RIVA SANSEVERINO L., "Corso di diritto del lavoro", Padova, 1937, pag. 217; NAPOLETANO D., "Il licenziamento dei lavoratori", Torino, 1966, pag. 31; OTTOLENGHI E., in *Riv. Dir. Comm.* 1906, II, pag. 249.

108 RIVA SANSEVERINO L., "Commentario del codice civile art. 2096", cit. pag. 258.

parte, da formalizzare tramite dichiarazione di recesso¹⁰⁹.

Condizione risolutiva meramente potestativa perché, a differenza della vendita con patto di prova, nel contratto di lavoro l'esito della prova non dipendeva da criteri di valutazione oggettiva, ma dal giudizio insindacabile di ciascuna parte.

Vi sarebbe stata l'instaurazione tra le parti di un rapporto di lavoro dotato sin da subito di normali effetti, con la particolarità del carattere sperimentale dello stesso nella fase che precedeva il verificarsi della condizione, ovvero la subordinazione del rapporto alla risoluzione per mancato gradimento dell'una o dell'altra parte¹¹⁰.

La prosecuzione a tempo indeterminato del rapporto contrattuale già in atto, sarebbe stata sottoposta in sostanza ad un giudizio formulato dalle parti in relazione al positivo esperimento del rapporto stesso, ovvero ad una condizione risolutiva il cui contenuto sarebbe consistito nell'avvenuto gradimento o nel mancato gradimento / recesso¹¹¹.

Da un lato vi fu dunque la configurazione giuridica del contratto di lavoro con clausola di prova sottoposto a condizione sospensiva, dal cui avveramento sarebbe derivata la definitività del contratto¹¹²; dall'altra la visione dello stesso come definitivo sin dal momento della sottoscrizione, con sottoposizione ad una condizione risolutiva in grado di farne cessare gli effetti, a seguito del recesso per mancato gradimento¹¹³.

E' prevalsa però, come anticipato in precedenza, la tesi di una clausola di prova intesa come condizione sospensiva apposta eventualmente all'unitario rapporto contrattuale di lavoro subordinato, dal cui avveramento far dipendere il consolidamento del rapporto tra datore di lavoro e prestatore.

109 MENGONI L., *"Il contratto di lavoro nel diritto italiano"*, in *Il contratto di lavoro nei paesi della C.E.E.*, Milano, 1965, pag. 467; GHIDINI M., *"Diritto del lavoro"*, Padova, 1976, pag. 269.

110 VARESI P.A., *Prova (patto di)*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche sez. commerciale*, Utet, Volume XI, pag. 424.

111 LOI M. L., *"Brevi considerazioni del rapporto di lavoro in prova"*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1976, II, pag. 696.

112 TOFFOLETTO A., *"Il periodo di prova natura giuridica"*, in *Dir. Lav.*, 1927, II, pag. 636.

113 PALERMO A., *"Manuale di diritto del lavoro e della sicurezza sociale"*, Milano, 1957, volume II, pag. 268.

La questione della natura del patto di prova fu, invece, quasi completamente ignorata dalla giurisprudenza, in quanto priva di rilievo pratico.

La Corte di Cassazione, con alcune pronunce risalenti agli anni '70, si limitò ad affermare che l'apposizione del patto di prova subordinava il rapporto di lavoro alla condizione sospensiva (potestativa semplice) che nessuna delle parti receda entro il termine massimo predeterminato in via contrattuale o entro il termine fissato dalla legge¹¹⁴.

Interessanti sono state invece le pronunce con le quali la Suprema Corte ha definito la prova come “*elemento accidentale del contratto di lavoro, che non fa venir meno il carattere unitario del rapporto*”¹¹⁵ ed ha sottolineato che il contratto di lavoro con clausola di prova costituisce una fattispecie unitaria e completa *ab initio*, in quanto non genera “*una fattispecie complessa, costituita da due rapporti, quello in prova e l'altro definitivo, bensì.....omissis....un rapporto di lavoro ordinario, produttivo di effetti definitivi, nel cui ambito le parti subordinano all'esito della prova la prosecuzione – e non la costituzione – del rapporto di lavoro*”¹¹⁶.

Dirimente è stata la pronuncia della Corte Costituzionale n. 189 del 1980, che avalla la tesi secondo cui l'eventuale apposizione del patto di prova sottopone il rapporto di lavoro a condizione senza incidere sull'unicità del rapporto stesso.

Pertanto non sorgono due rapporti distinti, uno provvisorio che si estingue al raggiungimento del termine ed uno definitivo che si sostituisce al primo qualora le parti abbiano manifestato il loro gradimento, ma vi è un solo rapporto articolato in due fasi.

Una prima fase nella quale le parti s'impegnano reciprocamente a consentire e fare l'esperimento, nel corso della cui durata è consentito recedere liberamente; una seconda fase in cui, esaurita la funzione del patto di prova, in mancanza di recesso il rapporto prosegue e diviene

114 Cass. Civ., n. 6096/88, in *Dir. Prat. Lav.*, 1989, pag. 596; Cass. Civ., n. 2217/77, in *Lav. Prev. Oggi*, 1978, pag. 984; Cass. Civ. n. 232/77, in *O.G.L.*, 1977, pag. 627.

115 Cass. Civ., n. 6096/88, in *G. I.*, I, 2, pag. 89.

116 Cass. Civ., n. 22308/04, in *A.D.L.*, 2005, pag. 659 e ss.

definitivo¹¹⁷.

Tanto la normativa vigente quanto la prassi contrattuale definiscono la prova come clausola accidentale - e non fattispecie autonoma - inserita nel rapporto di lavoro tipico, per mezzo della quale le parti si accordano reciprocamente la facoltà di uscire dal rapporto senza dover sottostare all'obbligo del preavviso¹¹⁸.

Siamo in presenza di un normale rapporto di lavoro cui si applica una disciplina speciale per la durata del periodo di prova, consentendo all'azienda di valutare al meglio le potenzialità del lavoratore ed al lavoratore di valutare i possibili sviluppi nella propria carriera.

117 Corte Costituzionale, 28 luglio 1976, n. 204, in *R.G.L.*, 1976, II, pag. 691.

118 ZANGARI G., *“Il recesso dal rapporto di lavoro in prova. Studi sul contratto di lavoro con clausola di prova”*, op. cit., pag. 113.

6. Requisito formale della clausola di prova ed eventuale deroga prevista dalle norme collettive

6.1 Patto scritto *ad substantiam* o *ad probationem*.

Il primo comma dell'art. 2096 c.c. prevede espressamente che “*Salvo diversa disposizione delle norme corporative, l'assunzione del prestatore di lavoro per un periodo di prova deve risultare da atto scritto*”.

Le parti del contratto individuale di lavoro subordinato, qualora intendano pattuire un periodo di prova al fine di sperimentare reciprocamente la convenienza di quel rapporto prima che lo stesso diventi definitivo, devono quindi esplicitare la loro volontà in un atto scritto, con un'unica eccezione consistente nella diversa previsione delle norme corporative, che si analizzerà successivamente¹¹⁹.

Questo inciso è in linea di continuità con il primo intervento legislativo nel settore impiegatizio, ovvero con il comma 1[^], art. 4, R.D.L. n. 1825 del 13 novembre 1924, nel quale già si sanciva l'esigenza di un patto di prova avente forma scritta, considerando altrimenti l'assunzione del lavoratore a tempo indeterminato¹²⁰.

Il richiamato formalismo derivava dallo sfavore con cui il Legislatore dell'epoca vedeva la modalità della prova, usata spesso come vero e proprio strumento di abuso dall'imprenditore, il quale poneva in essere assunzioni per un periodo di prova del quale non fissava *ab initio* la durata, sostenendo la difficoltà di conoscere in anticipo il tempo necessario al formarsi del convincimento sulle qualità richieste al lavoratore.

Il Legislatore del 1924, pertanto, ebbe l'obiettivo di porre un freno ad una prassi lesiva della parte debole del contratto di lavoro subordinato, attraverso la previsione della forma scritta e dei limiti di durata massima della clausola della prova, fissati tenendo conto della diversa importanza delle qualifiche impiegatizie.

Come rilevato da gran parte della dottrina dell'epoca, la norma contenuta

119 VALLEBONA A., “*Istituzioni di diritto del lavoro*”, op. cit., pag. 92.

120 R.D.L. n. 1825 del 13 novembre 1924, art. 4, comma 2[^].

nell'art. 4 del R.D. n. 182/24, introdusse una presunzione generale di assunzione definitiva dei prestatori di lavoro, salvo contraria manifestazione di volontà delle parti espressa in forma scritta.

Questa concezione fu superata dal Legislatore corporativo che, attraverso le Dichiarazioni XI e XX della Carta del Lavoro e l'art. 8 del R.D. n. 1251/28, si orientò verso il riconoscimento della normalità dell'istituto della prova, generalizzandone l'uso a tutti i rapporti di lavoro.

Non fu ribadita quindi l'idea di una presunzione di assunzione definitiva del lavoratore, ma si prevede l'obbligo per i contratti collettivi, dotati di efficacia *erga omnes*, di regolamentare la prova a pena di nullità, ferma restando la possibilità per le parti di stabilire se inserire o meno tale clausola nel contratto di lavoro individuale.

Questa evoluzione normativa, accompagnata dal progresso economico-sociale avutosi a partire dal XIX secolo, costituì la base su cui i Codificatori del 1942 fondarono la disciplina della clausola di prova, anche sul piano della formalità per essa richiesta.

Interessante è dare conto della Relazione del Guardasigilli al Progetto Preliminare al Libro del Lavoro, dalla quale emerge che la scelta della forma scritta per la prova fu all'epoca compiuta per garantire certezza giuridica del rapporto di lavoro subordinato posto in essere ed evitare controversie tra prestatore e datore di lavoro.

Nel nominato documento si asserisce *“Circa il periodo di prova ho mantenuto anche per il lavoro manuale l'onere della forma scritta del patto relativo perché lo scritto è l'unico mezzo giuridico idoneo ad evitare discussioni postume. La Corte Suprema ha del resto interpretato la legge sull'impiego privato nel senso che lo scritto è richiesto solo ad probationem, il che riduce il rigore della norma”*¹²¹.

Il Grandi, inoltre, sottolineò che la forma scritta non poteva costituire un problema nemmeno per la categoria degli operai, in quanto il più alto grado di scolarizzazione della manodopera *“da' la sicurezza che possa formarsi anche una scrittura sottoscritta da entrambe le parti”*; inoltre *“è possibile che*

121 Si veda pagina 219 dei Lavori Preparatori.

*il documento probatorio del patto consista nel regolamento aziendale previsto dall'art. 490 se il documento esibito come tale possa soddisfare ad ogni esigenza di autenticità*¹²².

Traspare dalle parole utilizzate dal Guardasigilli l'intenzione dei Codificatori di introdurre una disciplina dell'istituto in esame che superasse il sospetto con cui la legge impiegatizia lo considerava.

Il ripristino codicistico della forma scritta della menzionata clausola, non richiamata nella Carta del Lavoro fascista, venne previsto solo per apprestare uno strumento tecnicamente idoneo ad evitare controversie tra datori e prestatori di lavoro, temperando tale statuizione con il richiamo al principio giurisprudenziale che voleva la forma scritta della prova solo a fini probatori e non per la sua validità ed efficacia.

Nell'intenzione del Legislatore il periodo di prova doveva pertanto essere formalizzato in un atto scritto *ad probationem*, ma tale statuizione non fu inserita esplicitamente nella formulazione definitiva dell'art. 2096 c.c.

Ci si limitò a mantenere la regola dell'atto scritto, di cui all'art. 4, R.D. n. 1825/24, per tutelare il lavoratore dal possibile uso arbitrario della prova, riducendone la portata in caso di diversa previsione delle norme corporative. La clausola in esame, inoltre, fu configurata come elemento accessorio del contratto di lavoro subordinato e non trasformata in regola generale di assunzione.

Scelta, questa, dettata da quanto indicato nell'art. 493 della Relazione del Guardasigilli, in cui si osserva che prevedere la generale assunzione in prova, avrebbe avuto come conseguenza quella di estenderne l'uso anche a quelle categorie di impiegati per le quali ciò non era previsto nei contratti collettivi, sfavorendoli e indebolendo le loro possibilità di assunzione definitiva.

Avendo il Legislatore in programma la tutela del lavoratore subordinato sarebbe stato controproducente obbligare le parti alla prova, di cui si prevede la formalizzazione in atto scritto al solo fine di garantire maggior

¹²² L'art. 490 del Progetto disponeva che i regolamenti aziendali avessero efficacia anche se non accettati espressamente dal lavoratore, purché fossero affissi in modo visibile nel luogo di lavoro e non si trattasse di clausole necessitanti di una distinta approvazione per iscritto.

certezza nel caso in cui le parti avessero voluto introdurla nel contratto di lavoro stipulato¹²³.

Il silenzio dell'art. 2096 c.c. in merito alla natura del requisito formale della modalità in esame determinò però il sorgere di contrapposte posizioni dottrinali: alcuni autori ritenevano che la richiesta forma scritta della clausola dovesse intendersi come prevista *ad probationem*; altri propendevano per la tesi della forma scritta *ad substantiam*.

Sicuramente minoritaria fu la corrente dottrinale che, sulla base di una risalente sentenza della Corte di Cassazione¹²⁴, qualificava la forma prescritta dall'art. 2096 c.c. come prevista *ad probationem* sulla base di un duplice presupposto: - in primo luogo tale soluzione emergeva chiaramente dai Lavori Preparatori al codice civile; secondo poi l'art. 1350 c.c. non menzionava tale atto – ovvero la clausola della prova – tra quelli per i quali era richiesta la forma scritta *ad substantiam*.

Questo indirizzo pose l'attenzione sul fatto che, secondo la dizione della norma, l'atto scritto non qualificherebbe la struttura costitutiva dell'accordo ma ne sarebbe la risultante, in quanto l'uso dell'espressione “*deve risultare*”, in continuità con il R.D.L. n. 1825/24, non poteva che riferirsi all'effetto della pattuizione e non ai suoi requisiti.

Prevalse senza dubbio la tesi della forma scritta della prova *ad substantiam*¹²⁵, a seguito di un ragionamento che, innanzitutto, evidenziò che la previsione dell'art. 2096 c.c., comma 1[^], dell'obbligo di far risultare l'assunzione in prova del lavoratore da atto scritto, inseriva una deroga al principio della libertà di forma del contratto di lavoro individuale¹²⁶.

Di norma, infatti, non si prevedono nel settore giuslavoristico particolari

123 La tesi della forma scritta richiesta per la validità dell'atto risponde alla volontà del Legislatore di tutelare il lavoratore nei confronti di una clausola che, per sua natura, contrasta con il favore che l'ordinamento riserva alla stabilità del rapporto di lavoro.

124 Cass. Civ., 25 maggio 1982, n. 3192, su *Foro It.*, 1982, I, pag. 1551.

125 Cass. Civ., 26 luglio 2002, n. 11122, in *L.G.*, 2003, pag. 356; Cass. Civ., 14 aprile 2001, n. 5591, in *L.G.*, 2002, pag. 1201; Cass. Civ., 3 giugno 2002, n. 8038, in *N.G.L.*, 2002, pag. 578; Cass. Civ., 26 maggio 1995, n. 5811, in *G.I.*, 1996, I, 1, pag. 27.

126 Nel rapporto di lavoro subordinato, assume valore preminente rispetto alla manifestazione formale della volontà delle parti, il loro comportamento fattuale dal quale derivi inequivocabilmente la volontà di costituire un rapporto di lavoro ed eseguire le obbligazioni ad esso connesse. Rilevano dunque le forme tacite di manifestazione del consenso, tutelando in questo modo il lavoratore inteso come parte debole del rapporto di lavoro.

modalità di manifestazione del consenso delle parti, alle quali è riconosciuta la massima libertà di scelta del modo in cui esprimere la loro volontà¹²⁷.

La forma del contratto di lavoro è quindi in generale libera, mentre la forma di clausole eventuali – come il patto di prova – può essere vincolata da un intervento del Legislatore che le ritenga pregiudizievoli per il dipendente¹²⁸.

La previsione dunque di un vincolo formalistico da cui far risultare il ricorso al lavoro in prova, fu interpretata dalla dottrina come un intervento protettivo realizzato in favore della parte più debole del rapporto, ovvero il prestatore, impedendo che essa potesse essere assoggettata al regime giuridico del lavoro in prova senza avervi prestato un consenso formale.

Regime caratterizzato dalla possibilità, per entrambe le parti, di recedere in ogni momento nel corso della prova con un'evidente condizione di assoluta incertezza per il lavoratore, giustificante l'intervento restrittivo della legge che ha, per tale motivo, previsto l'atto scritto¹²⁹.

Da questa premessa derivò l'impostazione dottrinale maggioritaria che riteneva la clausola della prova necessitante di una forma scritta *ad substantiam*, con la conseguenza che, in mancanza di essa, la clausola sarebbe stata nulla ed il rapporto di lavoro instaurato, sin dall'inizio, in modo definitivo.

Fu introdotta in pratica una finzione giuridica in virtù della quale, qualora non vi fosse stata una manifestazione in forma scritta della volontà contraria, datore e prestatore avrebbero dimostrato di voler stipulare un contratto di lavoro definitivo.

Il meccanismo della presunzione di volontà delle parti, in assenza della previsione scritta del periodo di prova, si traduce quindi nella sostituzione della volontà della Legge a quella dei contraenti, come accade nelle operazioni legali di sostituzione o correzione dell'autonomia privata¹³⁰.

Quanto alla giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione, non

127 DEL GIUDICE F., MARIANI F., IZZO F., (a cura di), *Diritto del lavoro*, op. cit., pag. 115.

128 SANTORO-PASSARELLI F., *Nozioni di diritto del lavoro*, op. cit., pagg. 144 e 145.

129 PERETTI GRIVA D. R., *Del periodo di prova nel contratto di lavoro*, in *Monit. Trib.*, 1903, pag. 3.

130 ZANGARI G., ZANGARI G., *Il recesso dal rapporto di lavoro in prova. Studi sul contratto di lavoro con clausola di prova*, cit., pag. 84.

mancarono pronunce che sostennero la richiesta di una forma scritta solo *ad probationem*¹³¹, nonostante la maggioranza delle pronunce successive all'entrata in vigore del codice civile del 1942 propendesse per la tesi della forma scritta a pena di nullità¹³².

Contrasto affrontato in seno alle Sezioni Unite della Cassazione, che ribadirono definitivamente il principio secondo cui l'art. 2096 c.c. ha introdotto un'ipotesi di forma scritta *ad substantiam* riconducibile alla previsione di cui all'art. 1350 c.c.

Principio ad oggi ancora non smentito, con cui la Suprema Corte ha specificato che *“L'art. 2096, primo comma, c.c., secondo il quale l'assunzione in prova del lavoratore deve risultare da atto scritto, introduce un'ipotesi di forma scritta “ad substantiam”, riconducibile nella previsione dell'art. 1350, n. 13, c.c., in relazione all'esigenza di tutelare l'interesse del lavoratore medesimo al carattere definitivo del rapporto, con la conseguenza che la mancanza di tale forma comporta la nullità della clausola di prova e la definitività della costituzione del rapporto di lavoro*^{133”}.

L'esistenza della clausola con forma scritta *ad substantiam* non ammette testimonianze, confessioni o giuramenti¹³⁴, inoltre i giudici di merito e legittimità hanno escluso che possano ritenersi “forme scritte equipollenti”, ad esempio, la dichiarazione sottoscritta dal lavoratore con cui egli manifestava la propria disponibilità ad essere assunto in prova¹³⁵; la quietanza contenente l'indicazione di interruzione del rapporto di lavoro durante il periodo di prova previsto dal contratto collettivo¹³⁶; la lettera d'assunzione comunicata dal datore di lavoro all'ufficio di collocamento¹³⁷.

E' quindi necessario affinché la clausola della prova sia valida ed efficace, per concorde opinione di dottrina e giurisprudenza, che essa sia statuita per

131 *Ex plurimis* Cass. Civ., n. 3192/82, su *Foro It.*, 1982, I, pag. 1551, Cass. Civ., n. 3015 del 24.05.1979, Cass. Civ., Sez. II, n. 1646/58, in *Foro It.* 1958, I, pag. 1275.

132 Cass. Civ., 26 maggio 1995, n. 5811, Cass. Civ., 19 novembre 1993, n. 11427; Cass. Civ., 24 agosto 1991, n. 9101; Cass. Civ., 20 agosto 1987, n. 6982.

133 Cassazione, Sez. Unite, n. 1756/83 in *O.G.L.*, 1983, pag. 837.

134 BONARETTI L., *“Il patto di prova nel rapporto di lavoro privato”*, op. cit., pag. 59.

135 Pretore Prato, 07.03.1988, *T.L.G.*, 1988, pag. 656.

136 Cass. Civ., n. 12673 del 15.12.1997.

137 Tribunale Milano 25.01.1986, in *L.80*, 1986, pag. 465.

iscritto nel contratto di lavoro, a pena di nullità, per condivisa volontà delle parti che intendano costituire un rapporto di lavoro subordinato ed inserirvi un periodo di prova¹³⁸.

6.2 Clausola di salvaguardia ex art. 2096 c.c., comma 1[^].

Resta a questo punto da considerare la limitazione che il primo comma dell'art. 2096 c.c. pone al principio della necessaria forma scritta della clausola di prova, tramite il seguente inciso “*Salvo diversa disposizione delle norme corporative*”.

Una prima analisi della formulazione letterale di esso sembrava prospettare la possibilità di introdurre la prova, senza bisogno di forma scritta, qualora vi fossero state eventuali diverse disposizioni provenienti dalla contrattazione collettiva.

Il contenuto dell'inciso in considerazione, per essere compreso, deve però essere riportato al periodo storico nel quale entrò in vigore il codice civile del 1942, antecedente alla nostra Carta Costituzionale del 1948 che ha introdotto il principio della libertà sindacale¹³⁹, ed alla natura corporativa delle norme in esso contenute.

Ho infatti già avuto modo di precisare che, in epoca fascista, vi era una contrattazione collettiva valida *erga omnes* in quanto proveniente da sindacati aventi la natura di persone giuridiche di diritto pubblico, dotati pertanto di potere legislativo.

Fin dall'entrata in vigore del codice del 1942 fu quindi indiscussa l'attribuzione ai contratti collettivi corporativi della natura di norme corporative, mentre vi furono opinioni discordanti in merito alla vincolatività di tutti i contratti collettivi post-corporativi, resi validi *erga omnes* per effetto della legge n. 741 del 14 luglio 1959.

138 Cass. Civ., n. 1045/97 secondo cui “*Il requisito della forma scritta del patto di prova è soddisfatto solo dall'inserimento della relativa clausola nel contratto individuale, non rilevando che l'assunzione in prova sia prevista dal contratto collettivo, in quanto quest'ultimo non comporta l'inclusione del patto di prova nel contratto individuale*”.

139 Nello specifico l'art. 39 Cost., sancisce che “*L'organizzazione sindacale è libera. Ai sindacati non può essere imposto altro obbligo se non la loro registrazione presso uffici locali o centrali, secondo le norme di legge*”.

La dottrina più autorevole riteneva che questi ultimi dovessero essere ritenuti di pari rango rispetto ai contratti collettivi corporativi¹⁴⁰, pertanto, qualora nelle clausole di un contratto collettivo corporativo o post-corporativo rientrante nelle previsioni della legge Vigorelli¹⁴¹ - che lo rendeva vincolante e dotato di forza di legge - fosse stata prevista l'ipotesi di un'assunzione in prova come regola normale, non vi sarebbe stata la necessità di una ulteriore pattuizione scritta tra le parti¹⁴².

Impostazione rinvenibile anche nella prima sentenza di merito che si è occupata della portata della previsione del primo comma dell'art. 2096 c.c. e nella quale il Tribunale di Milano ha ragionato nei seguenti termini “*Poiché il C.C.N.L. 10 luglio 1970 del legno e del sughero stabilisce all'art. 3 parte operai, che l'assunzione al lavoro dell'operaio è sempre fatta per un periodo di prova di sei giorni lavorativi, l'assunzione di un operaio non necessita di atto scritto per comprovare l'esistenza contrattuale del patto di prova*”¹⁴³.

La prova, in altri termini, costituiva un *quid* inequivocabilmente già convenuto tra le parti e non necessitante di un ulteriore pattuizione scritta tra datore di lavoro e prestatore¹⁴⁴.

La giurisprudenza, modificando un suo precedente orientamento, ha però ritenuto di dover adottare la soluzione maggiormente restrittiva, sancendo che il potere di deroga non sia attribuito ai contratti collettivi post-corporativi, nemmeno ove recepiti nei decreti emanati in base alla Legge Vigorelli, e ciò sulla base della considerazione che il contratto collettivo di diritto comune non ricompreso nelle fonti del diritto¹⁴⁵.

140 BONARETTI L., “*Il patto di prova nel rapporto di lavoro privato*”, op. cit., pag. 54.

141 La Legge n. 741/59 conferiva al Governo la delega ad emanare decreti legislativi aventi come contenuto la determinazione di condizioni minime di lavoro per i lavoratori appartenenti alla medesima categoria, uniformandosi ai contratti collettivi esistenti all'epoca, ovvero ai contratti collettivi corporativi. In tal modo le singole clausole del contratto collettivo venivano trasposte in un atto avente forza di legge che rendeva le disposizioni negoziali dotate di forza di legge.

142 La deroga alla forma scritta *ad substantiam* della prova è stata riconosciuta dalla giurisprudenza di legittimità ai soli contratti collettivi corporativi. Si vedano *ex plurimis* Cass. Civ., n. 3228/80, in *Foro It.*, 1980, I, pag. 2809, Cass. Civ., n. 337/85, in *G.C.*, 1985, I, pag. 3119, Cass. Civ., n. 11417/93, in *M.G.L.*, 1994, pag. 42. Contra Cass. Civ., n. 3015/79, in *Foro It.*, 1980, I, pag. 2809.

143 Tribunale Milano, 6 aprile 1970, in *O.G.L.* 1972, pag. 616.

144 Anche se non è mancata giurisprudenza che ha ritenuto non derogabile il requisito della forma scritta *ad substantiam* della prova da contratti collettivi postcorporativi, pur se resi efficaci *erga omnes* ex Legge n. 741/59. *Ex plurimis* Cass. Civ., 4906/85, n. 3228/80.

145 Cass. Civ., Sez. Lav., 15 maggio 1980, n. 3228, in *Foro It.*, 1980, I, pag. 2809; Cass. Civ., Sez.

Indirizzo criticato da quella parte della dottrina che ritiene la deroga possa essere introdotta anche dai contratti collettivi di diritto comune, sia per il fatto che, se i frequenti rinvii del codice civile ai contratti collettivi non valessero per l'attuale contrattazione, la normativa del lavoro rimarrebbe bloccata, sia perché si contraddirebbe la tendenza della giurisprudenza di merito volta ad estendere ai contratti collettivi postcorporativi tutte le disposizioni del codice civile in tema di contratti collettivi non contrastanti con i principi costituzionali¹⁴⁶.

Ad oggi la forza dei contratti collettivi nazionali di lavoro è chiaramente diversa in quanto essi sono promanati da associazioni sindacali libere e prive di personalità giuridica¹⁴⁷, requisito che avrebbe loro consentito di emanare contratti dotati di forza di legge¹⁴⁸.

Gli attuali C.C.N.L. vigenti, sono contratti di diritto comune dotati di natura negoziale privatistica, in grado di vincolare solo ed esclusivamente gli associati alle organizzazioni sindacali di datori e lavoratori che lo hanno stipulato e non dunque dotati di efficacia cogente¹⁴⁹.

Ad essi non può di conseguenza riconoscersi la natura di norma corporativa, ovvero di fonte di diritto, rendendo ad oggi necessario il patto scritto tra le parti individuali, anche qualora il contratto collettivo di diritto comune preveda che l'assunzione s'intende automaticamente con un determinato periodo di prova¹⁵⁰.

Questo è anche il prevalente orientamento della giurisprudenza secondo cui *“La deroga, prevista dall'art. 2096 c.c., 1^ comma, alla necessità dell'atto scritto ad substantiam per l'assunzione in prova riguarda soltanto i contratti*

Lav., 6 luglio 1982, n. 4018, in G.C., 1983, I, pag. 1723; Cass. Civ., Sez. Lav., 9 ottobre 1985, n. 4906, in *Foro It.*, 1987, I, pag. 1870.

146 CESTER C., (a cura di), *“Diritto del lavoro. Commentario diretto da Franco Carinci”*, op. cit., pag. 364.

147 Prevede l'art. 39 Cost., comma 3^, *“I sindacati registrati hanno personalità giuridica. Possono...omissis...stipulare contratti collettivi di lavoro con efficacia obbligatoria per tutti gli appartenenti alle categorie alle quali il contratto si riferisce”*.

148 VALLEBONA A., *“Istituzioni di diritto del lavoro”*, Volume I, *“Il diritto sindacale”*, Cedam 2008.

149 DEL GIUDICE F., MARIANI F., IZZO F., (a cura di), *“Diritto del lavoro”*, op. cit., pag. 79.

150 Cass. Civ., n. 1045/97, in *M.G.L.*, 1998, suppl. 20. Per i lavoratori marittimi invece la tutela derivante dalla stipulazione per atto pubblico del loro contratto di lavoro, rende sufficiente il richiamo al contratto collettivo che prevede la prova: Cass. Civ., n. 9164/97, in *Foro It.*, 1998, I, pag. 519.

*corporativi sopravvissuti alla soppressione dell'ordinamento da essi presupposto*¹⁵¹.

L'art. 2096 c.c. deve ritenersi norma imperativa che prescrive esplicitamente la forma scritta della clausola della prova, essa non può pertanto essere derogata da previsioni diverse, pur qualificate, della contrattazione collettiva¹⁵².

6.3 Natura vessatoria della clausola della prova

Ritengo opportuno dar conto, seppur brevemente, della discussione che dottrina e giurisprudenza hanno affrontato in merito al problema se alla clausola della prova potesse ritenersi applicabile o meno il disposto degli artt. 1341¹⁵³ c.c. e 1342 c.c.¹⁵⁴ e, in particolare, se la clausola in parola necessitasse della doppia sottoscrizione per accettazione.

La soluzione del problema in realtà dipende dalla configurazione della natura giuridica del patto di prova: ove esso sia inteso come stipulato nell'interesse di entrambe le parti, il carattere vessatorio sarebbe da escludere; se, invece, si vedesse prevalentemente nella prova il limite posto alla stabilità del rapporto a danno del lavoratore, tale carattere sarebbe innegabile.

Vi furono alcuni tentativi della giurisprudenza di merito di qualificare la prova come vessatoria e di ritenerne la nullità in caso di mancanza della apposita accettazione da parte del lavoratore, partendo dal presupposto dell'interesse solo ed esclusivamente del datore di lavoro a sottoporre il dipendente ad un periodo di osservazione, caratterizzato dalla non

151 *Ex plurimis* Cass. Civ., n. 40/1982, in *Foro It. Rep.*, 1983, Lavoro (rapporto)[3890], n. 571.

152 SCOGNAMIGLIO R., *"Diritto del lavoro"*, Casa Editrice Jovene, Napoli, 1990, pag. 164.

153 L'art. 1341 c.c., rubricato *"Condizioni generali di contratto"*, sancisce al 2° comma che *"In ogni caso non hanno effetto, se non sono specificamente approvate per iscritto, le condizioni che stabiliscono, a favore di colui che le ha predisposte, limitazioni di responsabilità, facoltà di recedere dal contratto o di sospenderne l'esecuzione, ovvero sanciscono a carico dell'altro contraente decadenze, limitazioni alla facoltà di opporre eccezioni, restrizioni alla libertà contrattuale nei rapporti coi terzi....."*.

154 L'art. 1342 c.c., rubricato *"Contratto concluso mediante moduli o formulari"*, regola le clausole predisposte per disciplinare in maniera uniforme determinati rapporti contrattuali e quindi considera il caso di un'imposizione unilaterale di condizioni.

definitività del rapporto contrattuale¹⁵⁵.

E' prevalso però l'indirizzo giurisprudenziale contrario che si è fondato sul presupposto che, mentre l'art. 1342 c.c. riguarda le clausole apposte nel solo interesse di chi l'ha predisposte, nel patto di prova la ricorrenza della reciprocità dell'interesse alla sperimentazione del rapporto ne fa venir meno il presupposto della applicabilità¹⁵⁶.

La Cassazione ha ribadito che la prova, pur comportando una limitazione del diritto al mantenimento del posto, non costituisce una clausola vessatoria da approvarsi espressamente per iscritto, essendo tale clausola finalizzata a consentire ad entrambe le parti di valutare la convenienza di pervenire alla costituzione definitiva del rapporto¹⁵⁷.

Si mira a tutelare l'interesse di entrambi i contraenti e non solo l'interesse di chi l'abbia predisposta, come avviene invece per la fattispecie espressamente prevista dall'art. 1341 c.c.¹⁵⁸

Datore e prestatore di lavoro, cioè, decidono liberamente se inserire o meno la clausola della prova nel contratto di lavoro subordinato tra di loro sottoscritto, non vi è dunque l'imposizione di una previsione favorevole al solo predisponente e vessatoria per la controparte, che necessiterebbe di una specifica sottoscrizione da parte del lavoratore ai fini della sua validità ed efficacia¹⁵⁹.

155 Pretore Milano, 28 maggio 1975, in *Foro It.*, 1975, I, pag. 1507; Pretore Brescia, 15 aprile 1978, in *O.G.L.*, 1978, pag. 1073; Pretore Monza, 20 luglio 1985. In dottrina ZANGARI G., "Clausola di prova, clausole vessatorie ex art. 1341 c.c."

156 Cass. Civ., 21 giugno 1991, n. 6988, in *M.G.L.*, 1991, pag. 519; Cass. Civ., 22 gennaio 1991, n. 544, in *G.C.*, 1991, I, pag. 853; Cass. Civ., 10 novembre 1987, n. 8296, in *A.C.*, 1988, pag. 292.

157 Cass. Civ., n. 6988/91, in *O.G.L.*, 1992, pag. 76; Cass. Civ., n. 544/91, in *G.C.*, 1991, I, pag. 853; Cass. Civ., n. 4678/88, in *D.P.L.*, 1988, 3208; Cass. Civ., n. 8296/87, in *M.G.C.*, 1987, pag. 11.

158 Pretore Pisa 28.07.1979, in *Foro It.*, 81, I, pag. 581; Cass. Civ., n. 4678/88; Cass. Civ., n. 6575/85.

159 Cass. Civ., n. 8296/87, in *Foro It. Rep.*, 1987, voce Lavoro (rapporto), 549, 1970; in dottrina MONTUSCHI-LASSANDRO, "La costituzione del rapporto di lavoro e il collocamento", in *Trattato di diritto privato diretto da P. Rescigno*, Torino, 2004, pag 390.

6.4 Tempo della stipula della clausola della prova rispetto alla costituzione del rapporto di lavoro.

Merita di essere preso in considerazione un ulteriore requisito necessario della clausola contenente il patto di prova, non esplicitato dall'art. 2096 c.c., ma oggetto dell'interesse di giurisprudenza e dottrina, ovvero la necessaria contestualità della prova rispetto al momento della stipulazione del contratto di lavoro.

Qualora datore e prestatore di lavoro concordino nella previsione di un periodo di prova nel contratto di lavoro individuale, l'atto scritto *ad substantiam* che lo contiene dovrà essere cioè sottoscritto al momento della stipulazione del contratto stesso, pena la nullità della clausola e l'assunzione del lavoratore da intendersi a tempo indeterminato.

La Suprema Corte di Cassazione ha più volte confermato tale assunto con le proprie pronunce, statuendo che la sottoscrizione della clausola di prova deve essere di data anteriore¹⁶⁰, o al massimo contestuale, alla nascita del rapporto di lavoro¹⁶¹ e deve indicare le mansioni specifiche alle quali la prova si riferisce¹⁶².

Si è però approdati all'affermazione di questo principio attraverso un mutamento dell'orientamento giurisprudenziale originariamente sostenuto dalla Suprema Corte.

Ci fu infatti una prima corrente di pensiero che intendeva la contestualità della stipula del patto di prova come non afferente alla stipula del contratto di lavoro, ma all'inizio della sua esecuzione. Operava cioè il principio della necessaria contestualità della clausola della prova rispetto all'esecuzione del rapporto lavorativo.

La prova, per poter validamente produrre i propri effetti, doveva dunque essere prevista in un momento anteriore o coevo all'esecuzione dell'attività

160 Cass. Civ., n. 22308/04, in *G.L.*, 2004, n. 45, pag. 51, Cass. Civ., n. 5591/01, in *G.L.*, 2001, n. 25, pag. 30, Cass. Civ., n. 5939/83, in *Foro It.*, 1983, I, pag. 2700.

161 L'apposizione della prova successivamente all'inizio del rapporto di lavoro determina la nullità del patto stesso, come sancito da Cassazione Civ., Sez. Lavoro, n. 25 del 03.01.1995.

162 VALLEBONA A., *"Istituzioni di diritto del lavoro"*, op. cit., pag. 93. Ma anche Cass. Civ., n. 13498/03 in RFI, voce Lavoro (rapporto), 2003, n. 1279; Cass. Civ., n. 2357/03.

lavorativa e con forma scritta *ad substantiam* “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 di una delle parti, atteso che ciò si risolverebbe nella inammissibile convalida di un atto nullo, con sostanziale diminuzione della tutela del lavoratore”¹⁶³.

La Suprema Corte di Cassazione concordava inoltre nel ritenere non necessario che le dichiarazioni delle parti fossero contenute in un documento cartolare unico sottoscritto contestualmente da entrambe, essendo sufficiente uno scambio di lettere attestante l'accettazione della proposta¹⁶⁴, nonché legittima la sottoscrizione della clausola contenuta in atti separati, purché precedenti l'inizio dell'esecuzione del rapporto di lavoro¹⁶⁵.

L'inammissibilità di sanatorie e/o accordi orali relativi alla sottoscrizione - originariamente mancante - da parte del prestatore, della clausola in parola costituiva lo strumento attraverso cui impedire una inammissibile conversione dell'atto nullo e soprattutto una inaccettabile compressione della tutela riconosciuta dal nostro ordinamento al lavoratore.

In concreto qualora il periodo di prova fosse stato previsto nel contratto di lavoro, sarebbe stata sufficiente la sottoscrizione dello stesso da parte del prestatore negandosi la natura vessatoria della clausola in parola, qualora fosse invece stato inserito in altro patto autonomo rispetto all'assunzione, la prova avrebbe necessitato di apposita accettazione scritta del dipendente¹⁶⁶. La flessibilità con la quale la giurisprudenza di legittimità riteneva valida ed efficace la modalità della prova inserita nel rapporto contrattuale successivamente rispetto alla sottoscrizione del contratto, ma prima della sua esecuzione, prendeva le mosse dalla fisiologica dinamica della

163 Cass. Civ., 12 ottobre 1983, n. 5939.

164 Cass. Civ., n. 3699, in *L.P.O.*, 1985, pag. 2002.

165 Cass. Civ., n. 681 del 24.01.1964, in *A.C.*, 1994, pag. 528.

166 ARIOTI BRANCIFORTI M., “Patto di prova: invalidità in caso di stipulazione non contestuale al contratto di lavoro”, in *Giurisprudenza Italiana* 2004, pag. 490.

formazione del contratto di lavoro.

In genere, infatti, la sua conclusione avviene mediante sottoscrizione da parte del lavoratore della lettera di assunzione, con una proposta ed accettazione che non vengono espresse contestualmente.

Per cui si riteneva legittima la previsione di un periodo di prova che, pur introdotta fuori dal contesto documentale del contratto di lavoro e successivamente ad esso, precedeva comunque l'inizio dell'attività lavorativa.

Era sufficiente che al momento dell'inizio dell'attività, tanto il datore che il prestatore avessero apposto la propria sottoscrizione al contratto di assunzione e all'eventuale clausola di prova, inserita o autonoma dal contratto medesimo, rendendo incontrovertibile – soprattutto per il contraente debole - l'avvenuta conoscenza delle modalità di esecuzione del rapporto.

Non mancarono però Giudici di merito che espressero un'impostazione maggiormente garantistica in favore dei lavoratori, spingendosi fino a ritenere inammissibile la statuizione della prova, anche nell'ipotesi in cui fosse stata convenuta successivamente alla stipula del contratto di lavoro ma prima della sua decorrenza¹⁶⁷.

Questa strada è stata percorsa dalla Corte di Cassazione che, superando il proprio precedente orientamento, ha massimizzato la protezione del lavoratore, negando la validità del patto di prova qualora esso non sia apposto contestualmente alla predisposizione del contratto di lavoro, ossia al momento della esternazione scritta del consenso, respingendo quindi ogni possibilità di formazione progressiva del contratto, anche preventiva alla sua esecuzione.

La pronuncia cui si fa riferimento, risalente al 2004, prevede che *“il contratto di lavoro con clausola di prova, costituendo una fattispecie negoziale unitaria e ab initio completa, non può che essere stipulato uno actu, nel quale sia definito lo specifico assetto d'interessi perseguito dalle parti; ne*

¹⁶⁷ Pret. Torino, 20 dicembre 1982, in *L. 80*, 1984, pag. 194; Pret. Torino, 14 aprile 1986, in *L. 80*, 1986, pag. 1097. *Contra ex plurimis* Cass. Civ. n. 5591/01, in *Giust. Civ. Mass.*, 2001, pag. 794; Cass. Civ., n. 1670/87, in *Foro It. Rep.*, 1987, voce Lavoro (rapporto), n. 551.

*consegue che la espressa previsione della prova deve essere apposta non solo prima, o almeno contestualmente all'inizio della prestazione, ma sin dal momento della formazione del consenso tra le parti*¹⁶⁸.

L'intervento della Suprema Corte rappresenta un passaggio fondamentale volto a prevenire un uso distorto e strumentale del patto di prova, e ad evitare l'indiretta forzatura morale del prestatore alla sottoscrizione dello stesso, derivante dal timore di veder sfumare, per ritorsione, l'aspettativa di stabilità prospettata nell'offerta di lavoro precedentemente accettata¹⁶⁹.

E' evidente l'impronta protettiva che il Legislatore ha voluto imprimere al disposto del 1^a comma dell'art. 2096 c.c., affermando un principio di necessaria contestualità del patto di prova rispetto alla nascita del contratto di lavoro, con lo scopo di evitare l'elusione della limitativa normativa vigente in materia di licenziamenti individuali.

La forma scritta a pena di nullità e la contestuale sottoscrizione della clausola, impediscono di fatto pattuizioni postume e la possibilità di fornire successivamente la rappresentazione documentale di una clausola ipoteticamente pattuita, in modo tempestivo, ma in forma orale tra le parti.

Se ciò fosse consentito si autorizzerebbe il datore di lavoro, dotato di maggior forza contrattuale, a tenere sotto scacco il proprio dipendente, il quale potrebbe trovarsi sottoposto alla forzatura morale - rappresentata dalla sottoscrizione del patto di prova – per evitare di perdere il lavoro a tempo indeterminato o determinato già offertogli.

Proprio per prevenire tale distorsione la Cassazione si è orientata per il rifiuto della formazione progressiva del contratto di lavoro, nelle cui more si presume che il dipendente potrebbe essere raggirato o coartato, tanto da perdere o veder diminuite le garanzie che gli vengono riconosciute per legge.

L'inserimento della clausola della prova, qualora le parti intendano ricorrervi, all'interno del contratto di lavoro e nel momento della sua esplicitazione, sembrerebbe rafforzata anche dalla previsione del D.Lgs. n. 152/97, art. 1,

168 Cass. Civ., 26.11.2004, n. 22308, in *A.D.L.*, 2005, pag. 659.

169 ARIOTI BRANCIFORTI M., *"Patto di prova: invalidità in caso di stipulazione non contestuale al contratto di lavoro"*, op. cit., pag. 491.

lettera e), in cui si prevede tra gli obblighi di informazione del datore di lavoro, “*la comunicazione della durata del periodo di prova, se previsto*”.

Vi è stato dunque un intervento protettivo in favore del lavoratore operante sia sul piano sostanziale, sia sul piano probatorio prevedendo che, in caso di contestazioni in merito alla tempestività della pattuizione della prova, spetterà al datore di lavoro provare l'esistenza, la legittimità e il tempo della stipula della clausola di prova¹⁷⁰.

Nell'ipotesi in cui la stipulazione della clausola della prova sia avvenuta invece a rapporto di lavoro già iniziato con l'esecuzione della prestazione, essa è stata ritenuta nulla per mancanza del requisito della contestualità, anche qualora la sottoscrizione della pattuizione sia avvenuta il primo giorno di lavoro, alcune ore dopo l'inizio dell'attività lavorativa¹⁷¹.

Conseguenza della detta nullità del patto di prova sottoscritto dopo l'inizio effettivo delle prestazioni lavorative sarà l'automatica conversione *ab initio* del rapporto di lavoro subordinato precario in rapporto stabile e definitivo¹⁷², con inapplicabilità del regime di libera recedibilità che caratterizza il lavoro in prova, a meno che non ricorrano le ipotesi di giusta causa e/o giustificato motivo¹⁷³.

L'irrigidimento della giurisprudenza di legittimità in merito al tempo della stipulazione del patto di prova nel lavoro subordinato, è stato argomentato dalla Suprema Corte facendo riferimento ai principi che l'ordinamento pone a tutela del lavoratore, in particolar modo negli artt. 2103¹⁷⁴ e 2113 c.c.

In relazione alla prima delle disposizioni succitate, la Cassazione ha tentato una sorta di equazione tra il divieto di variabilità *in peius* delle mansioni per le quali il lavoratore è stato assunto e l'immutabilità verso una disciplina peggiorativa del rapporto con clausole apposte successivamente rispetto alla data del contratto di lavoro¹⁷⁵.

170 Cass. Civ., 16 ottobre 1998, n. 10260; Cass. Civ., 3 giugno 2002, n. 8083.

171 Cass. Civ., 26 febbraio 1986, n. 1230.

172 Cass. Civ., Sez. Lavoro, n. 22308 del 26.11.2004.

173 MEOLI I., “*Periodo di prova*”, cit.

174 Art. 2103 c.c. “*Il prestatore di lavoro deve essere adibito alle mansioni per le quali è stato assunto o a quelle corrispondenti alla categoria superiore che abbia successivamente acquisito ovvero a mansioni equivalenti alle ultime effettivamente svolte...*”.

175 ARIOTI BRANCIFORTI M., “*Patto di prova: invalidità in caso di stipulazione non contestuale al*

Vi sono state però forti critiche a tale impostazione, soprattutto fondate sulla esigenza di sempre maggior flessibilità che ad oggi necessita nella regolamentazione e gestione della forza lavoro.

La sentenza della Suprema Corte del 2004 in esame, ha avuto però il proprio fulcro motivazionale nel richiamo alla disciplina vigente in materia di rinunzie e transazioni di cui all'art. 2113 c.c.¹⁷⁶

La Corte ritiene che la sottoscrizione temporalmente successiva, rispetto al contratto di lavoro subordinato, della clausola della prova, costituisca una rinuncia ad un diritto inderogabilmente riconosciuto al lavoratore, ovvero il diritto alla stabilità del posto di lavoro ed alla tutela obbligatoria o reale prevista in caso di licenziamento individuale.

Ciò significa che il periodo di prova pattuito successivamente all'assunzione del lavoratore, sarebbe da ritenersi invalido in quanto determinerebbe una rinuncia del dipendente alla tutela dall'illegittimità del licenziamento lui riconosciuta da una norma inderogabile di legge ovvero l'art. 2113 c.c.

Pertanto mentre l'apposizione della clausola della prova in uno al contratto di lavoro ne rappresenterebbe un elemento condizionante; la sua stipulazione successiva concretizzerebbe una rinuncia illegittima ad un diritto già acquisito dal lavoratore subordinato e già parte del suo patrimonio sin dalla sottoscrizione del contratto.

In quest'ultimo caso la clausola della prova sottoscritta successivamente al contratto di lavoro potrà essere sanzionata con l'annullabilità, chiaramente a seguito di impugnazione da parte dell'interessato entro i termini di decadenza previsti¹⁷⁷.

contratto di lavoro", cit., pag. 492.

176 Art. 2113 c.c. "*Le rinunzie e transazioni che hanno per oggetto diritti del prestatore di lavoro derivanti da disposizioni inderogabili della legge o dei contratti o accordi collettivi concernenti i rapporti di cui all'art. 409 c.p.c. non sono valide*".

177 Cass. Civ., 14 dicembre 1996, n. 11181, in *R.I.D.L.*, 1997, II, pag. 589; Cass. Civ., 17 aprile 2000, n. 4942, in *R.I.D.L.*, 2001, II, pag. 45.

7. L'oggetto della prova: oneri di allegazione e contenuto delle prestazioni

Incidentalmente legato al problema della forma della clausola della prova è quello del suo oggetto: se la funzione cui assolve il patto di prova è quella di consentire alle parti la sperimentazione del rapporto, è evidente che esse devono indicare i fatti su cui si fonderà la valutazione del loro gradimento.

In questa fase il dipendente è titolare di un vero e proprio diritto soggettivo all'esecuzione della prestazione, che deriva dal complesso di diritti e doveri di cui è titolare per aver sottoscritto il contratto di lavoro con prova¹⁷⁸ ed entrambe le parti soggiacciono all'obbligo di comportarsi secondo correttezza e buona fede.

Abbiamo visto che per il datore di lavoro avranno importanza non soltanto le capacità professionali del lavoratore, ma anche le sue qualità personali, per poterne valutare l'attitudine allo svolgimento delle mansioni corrispondenti alla qualifica lui attribuita e la capacità di operare nel contesto aziendale diligentemente e fedelmente¹⁷⁹.

La valutazione datoriale non verrà perciò compiuta solo sulle capacità tecniche, ma anche sulla sua personalità complessiva del dipendente, entro cui rileveranno indici comportamentali anche di carattere extralavorativo¹⁸⁰.

Il rendimento del lavoratore costituisce pertanto il vero oggetto della prova ed in caso di esito negativo della stessa, ovvero di un risultato incongruente rispetto alle aspettative dell'imprenditore, si concretizzerà un motivo di licenziamento sia sotto il profilo della giusta causa e del giustificato motivo soggettivo (relativamente alla condotta del prestatore), sia sotto il profilo del giustificato motivo oggettivo (relativamente alla attitudine professionale ed adattabilità del lavoratore al contesto organizzativo).

178 ASSANTI C., *"Il contratto di lavoro a prova"*, op.cit., pag. 78; RIVA SANSEVERINO L., *"Commentario del codice civile art. 2096"*, op.cit.; DEL PUNTA R., *"Lavoro in prova"* (voce), op.cit.

179 FEDERICI A., *"Lo scarso rendimento e il rendimento inadeguato nelle causali di giustificazione del licenziamento"*, in R.G.L., 2003, pag. 512.

180 Anche se non sono mancate pronunce di merito secondo cui il patto di prova mirerebbe esclusivamente a valutare le capacità professionali del lavoratore, come Tribunale di Milano, 16 maggio 2005, in O.G.L., 2005, pag. 594.

D'altro canto il prestatore avrà interesse a svolgere la prova eseguendo specifiche prestazioni, onde poter ponderare l'opportunità e la convenienza ad instaurare un rapporto di lavoro definitivo. Ne consegue che in caso di mancato gradimento egli potrà liberamente dimettersi nel corso del periodo previsto dalle parti per lo svolgimento della prova.

In questa prospettiva è dunque essenziale individuare l'esatta prestazione cui è tenuto il lavoratore in quanto, affinché un esperimento possa dirsi efficacemente espletato dal lavoratore e legittimamente valutabile dal datore di lavoro, esso deve vertere in concreto su mansioni specificamente indicate nel contratto¹⁸¹.

Come sottolineato dalla Cassazione vi è l'esigenza di garantire la coerenza della clausola della prova con la sua funzione, prevedendo *“la possibilità per il lavoratore di impegnarsi secondo un programma ben definito in ordine al quale poter dimostrare le proprie attitudini, e la facoltà del datore di lavoro di esprimere la propria valutazione sull'esito della prova”*, esigenze che *“presuppongono che questa debba effettuarsi in ordine a compiti esattamente identificati”*¹⁸².

Il requisito della specificità delle mansioni, non normativamente sancito, è stato più volte ritenuto necessario ai fini della efficacia e validità della prova dalla giurisprudenza di legittimità, tanto che la stessa Suprema Corte lo definisce ormai come *“diritto vivente”*¹⁸³.

Preso atto di tale necessità si sono susseguite diverse pronunce che si sono occupate di stabilire cosa dovesse intendersi per specifica indicazione delle mansioni da svolgere nel corso del lavoro in prova.

Una prima corrente di pensiero riteneva legittimo il patto di prova qualora in esso vi fosse stata la semplice indicazione scritta della categoria e dell'inquadramento contrattuale riconosciuto al prestatore di lavoro al

181 *Ex plurimis* Cass. Civ., n. 6982/87, in *N.G.L.*, 1988, I, pag. 232; Cass. Civ., n. 200/86, in *R.G.L.*, 1986, II, pag. 345.

182 Cass. Civ., n. 14538/99, in *Foro It. Mass.*, 1999, Lavoro (rapporto), n. 1301. Anche se non sono mancate opinioni dottrinali discordi come quella del BURRAGATO, *“Patto di prova e relativi oneri formali”*, in *R.I.D.L.*, pag. 342, secondo cui la cristallizzazione preventiva delle mansioni costituirebbe una violazione dello *jus variandi* datoriale.

183 Cass. Civ., Sez. Lav., 20 febbraio 1999, n. 1464, in *R.I.D.L.*, 2000, II, pag. 342.

momento dell'assunzione¹⁸⁴.

Partendo dal presupposto secondo cui l'art. 2096 c.c. richiede espressamente la stipula per iscritto del patto di prova, senza disporre nulla sulle modalità di indicazione dell'oggetto della stessa, la giurisprudenza ha ritenuto che le parti potessero fornirla *per relationem*, mediante rinvio al contratto collettivo, che è in grado di determinare le singole mansioni, nonché la preventiva conoscenza da parte del lavoratore, dei compiti lui attribuiti¹⁸⁵.

L'obiezione che è stata sollevata in merito è che il generico riferimento al sistema classificatorio adottato dalla contrattazione collettiva, non consentirebbe di delimitare con certezza le attività sul cui svolgimento il datore di lavoro potrà esprimere la propria valutazione ed impedirebbe al lavoratore di impegnarsi in un programma ben definito, in ordine al quale dimostrare la propria validità professionale.

Ciò soprattutto qualora i contratti collettivi prevedessero in uno stesso livello contrattuale distinti profili professionali, con mansioni variegata e diverse tra loro, impedendo alle parti contrattuali di controllare ed osservare puntualmente le statuizioni contenute nella clausola della prova¹⁸⁶.

Sulla base delle antecedenti considerazioni critiche, quindi, il rinvio al contratto collettivo sarà da ritenersi legittimo e condivisibile solo a condizione che esso consenta di determinare chiaramente la prestazione esigibile¹⁸⁷. Il rinvio alle qualifiche ed ai livelli professionali dei sistemi di inquadramento contenuti nei contratti collettivi non dovrà tradursi in una generica indicazione di categorie generali, ma dovrà contenere una nozione dettagliata delle specifiche posizioni professionali¹⁸⁸.

La giurisprudenza di legittimità ha voluto salvaguardare l'obbligo di

184 Cass. Civ., Sez. Lav., 24 settembre 2004, n. 19279; Cass. Civ., Sez. Lav., 17 febbraio 2003, n. 2357; Cass. Civ., Sez. Lav., 22 marzo 2000, n. 3451; Cass. Civ., Sez. Lav., 20 febbraio 1999, n. 1464.

185 Tribunale di Roma, 10 aprile 2003, in *D.L.*, 2003, II, pag. 182, confermato anche dalla giurisprudenza di legittimità secondo cui "*integra il requisito della specificità l'indicazione del livello contrattuale del lavoratore*". Cass. Civ., n. 15307/01, in *Foro It.*, 2002, I, pag. 716; Cass. Civ., n. 3451/00, in *Foro It. Rep.*, 2000, Lavoro (rapporto), n. 1222.

186 Cass. Civ., Sez. Lav., 17 febbraio 2003, n. 2357.

187 Cass. Civ., n. 2597/00, in *N.G.L.*, 2000, pag. 433.

188 Cass. Civ., 19 agosto 2005, n. 17045, in *Dir. & Pratica del lavoro* 2006, pag. 474.

specificità nell'indicazione scritta delle mansioni sancendo che tali oneri potranno ritenersi assolti mediante rinvio al sistema classificatorio della contrattazione collettiva, a patto che ciò consenta di *“integrare la necessaria specificazione delle mansioni, ove le classificazioni contengano una nozione dettagliata del profilo professionale, idonea a specificare l'effettiva struttura delle mansioni e non si limitino ad un'indicazione positiva o negativa della preparazione professionale necessaria allo svolgimento delle mansioni medesime”*¹⁸⁹ e purché *“rispetto alla scala definitoria di categorie, qualifiche, livelli, profili professionali, il richiamo contenuto nel patto di prova sia fatto alla nozione più dettagliata”*¹⁹⁰.

Minoritaria è rimasta dunque la giurisprudenza di merito che ritiene integrato il requisito della indicazione delle mansioni indipendentemente dalla specificità e completezza delle disposizioni contrattuali collettive, in presenza della mera enunciazione di qualifica e livello di inquadramento in sede di assunzione¹⁹¹.

L'indicazione delle mansioni, ovvero l'oggetto del periodo di prova, potrà passare tramite il rinvio alle previsioni del contratto collettivo qualora esse siano sufficientemente chiare e specifiche. Valutazione della sufficienza che spetterà ai Giudici di merito, i quali potranno verificare in concreto se, in un determinato contesto lavorativo, il rinvio alla contrattazione collettiva possa ritenersi sufficiente a determinare i compiti del prestatore¹⁹².

Ne deriva che ai fini della corretta esecuzione del patto di prova è necessaria, non solo una durata dell'esperimento adeguata, ma anche l'adibizione effettiva del lavoratore allo svolgimento dell'attività lavorativa per la quale è stato assunto – evitando i fenomeni dell'inattività o della sottrazione di mansioni.

Saranno cioè patologiche le situazioni nelle quali il datore ometta di affidare

189 Cass. Civ., n. 15307/01, in *Foro It.*, 2002, I, pag. 716.

190 Cass. Civ., n. 14950/00, in *R.G.L.*, 2001, II, pag. 313.

191 Tribunale di Milano, 21 marzo 2001, in *Orientamenti 2001*, pag. 107.

192 Cass. Civ., Sez. Lav., 10 ottobre 2006, n. 21698, in cui si stabilisce, tra l'altro, che qualora i Giudici di merito motivino adeguatamente la loro valutazione in merito alla sufficiente chiarezza e specificità delle previsioni del C.C.N.L., la loro decisione non sarà suscettibile di riesame in sede di legittimità.

al lavoratore le sue mansioni (inattività) o perpetri in suo danno un demansionamento o una dequalificazione (sottrazione), impedendogli di dimostrare compiutamente la sua attitudine al lavoro contemplato nel rapporto contrattuale¹⁹³.

Se ciò non avviene, ovvero se la prova non è stata correttamente espletata, non sarà configurabile né un esito negativo della stessa né l'eventuale licenziamento *ad nutum* dal rapporto di lavoro in prova, non potendo il datore di lavoro avvalersi del patto di prova cui non abbia dato corretta esecuzione¹⁹⁴.

Nella menzionata ipotesi vi sarà, infatti, una violazione consistente nella illegittima modifica dell'oggetto della prova riconducibile all'art. 2096 c.c. e la violazione dei principi di buona fede e correttezza nell'esecuzione del contratto, sanzionata con l'illegittimità dell'eventuale recesso datoriale produttiva di un duplice ordine di conseguenze esplicitato in una recente pronuncia della Suprema Corte¹⁹⁵.

Nel caso di recesso esercitato dopo la scadenza della prova o per motivi illeciti o nel caso di assegnazione a mansioni radicalmente diverse rispetto a quelle contrattualmente previste, il rapporto di lavoro dovrà considerarsi a tempo indeterminato con tutte le conseguenze del caso, ivi compresa la reintegra nel posto di lavoro¹⁹⁶; nel caso invece di assegnazione a mansioni diverse da quelle di assunzione, il lavoratore avrà diritto, se possibile, alla prosecuzione della prova o al risarcimento del danno¹⁹⁷.

Chiaramente nel rispetto del principio dell'autonomia contrattuale delle parti esse potranno, concordemente e per iscritto, decidere di modificare il patto di prova in ordine all'oggetto dell'esperimento.

Quanto alla forma da adottare per la specificazione delle mansioni, non vi è

193 Cass. Civ., Sez. Lav., 8 febbraio 2000, n. 1387, in O.G.L., 2000, I, pag. 193.

194 Cass. Civ., Sez. Lav., 17 febbraio 2003, n. 2357.

195 Cass. Civ., Sez. Lav., 5 dicembre 2007, n. 25301.

196 Il rapporto di lavoro convertito da provvisorio in stabile determina infatti l'applicabilità della legislazione vigente in materia di licenziamento individuale che deve essere pertanto sorretto da giusta causa o giustificato motivo, pena la reintegra o riassunzione nel posto di lavoro, a seconda che operi una tutela obbligatoria o reale in favore del prestatore di lavoro.

197 BELLINI G., "Periodo di prova: illegittimo il recesso se non si rispettano le mansioni", in LaPrevidenza.it, 27 dicembre 2007.

a tutt'oggi un'impostazione uniforme della giurisprudenza di merito: vi è chi sostiene che l'onere della forma scritta previsto dall'art. 2096 c.c. riguardi solamente l'apposizione della clausola della prova e non tutti gli elementi della stessa¹⁹⁸; e chi ritiene invece che sia previsto anche per l'indicazione delle specifiche mansioni assegnate al lavoratore.

La Suprema Corte ha invece previsto, a tutela del prestatore, un rigoroso formalismo in merito alla necessaria indicazione, in forma scritta, delle mansioni lui richieste nel corso del periodo di prova, pena la nullità dello stesso e l'assunzione del lavoratore da intendersi come definitiva *ab origine*¹⁹⁹.

Nello specifico è stato asserito che *“il patto di prova apposto al contratto di lavoro deve non solo risultare da atto scritto, ma contenere anche la specifica indicazione delle mansioni da espletarsi, la cui mancanza costituisce motivo di nullità del patto”*, in caso contrario vi sarà *“l'automatica conversione dell'assunzione in definitiva fin dall'inizio”*²⁰⁰.

La sanzione prevista nel caso di mancata indicazione scritta dei compiti esattamente richiesti al prestatore nel corso della prova, sarà quella della nullità della clausola della prova²⁰¹.

Viene dunque richiesta una forma scritta *ad substantiam* non soltanto della clausola della prova ma anche delle specifiche mansioni per le quali il lavoratore viene assunto²⁰² – sempre nel rispetto del principio della necessaria contestualità rispetto all'inizio dell'attività lavorativa²⁰³ - allo scopo di evitare che il recesso del datore possa essere arbitrario²⁰⁴.

198 Corte Appello Milano, 16 novembre 2000, in *L.G.*, 2001, pag. 695; Pretore di Milano, 16 marzo 1995, in *L.G.*, 1995, pag. 778, che ha ritenuto necessaria un'indicazione sommaria delle mansioni o della figura professionale o del settore nel cui ambito doveva svolgersi la prova, seppur non necessariamente in forma scritta.

199 *Ex plurimis* Cass. Civ., n. 5811/95, in *G.I.*, 1996, I, 1, pag. 28; Cass. Civ., n. 6982/87, in *N.G.L.*, 1988, pag. 19.

200 Cass. Civ., n. 5811/95, in *G.I.*, 1996, I, 1, pag. 28.

201 Cass. Civ., Sez. Lav., 10 ottobre 2006, n. 21698.

202 Cass. Civ., 26 maggio 1995, n. 5811; Cass. Civ., 15 gennaio 1986, n. 200.

203 Contra si veda Trib. Milano, 31 gennaio 1997, in *R.I.D.L.*, 1998, II, pag. 791, secondo cui *“...per quel che concerne le mansioni nulla è previsto dalla legge; per il principio di libertà della forma, l'indicazione può dunque avvenire anche con patto orale”*.

204 Cass. Civ., n. 9769/96, in *R.G.L.*, 1996, pag. 1488; Cass. Civ., n. 200/86, in *R.G.L.*, 11, pag. 345.

8. La cd. prova esplorativa o preassuntiva

Nei paragrafi precedenti ho affrontato il discorso relativo alle discussioni che hanno impegnato dottrina e giurisprudenza in merito alla natura del patto di prova ed in particolar modo allo scontro che vi fu tra due tesi opposte: quella che considerava il contratto di lavoro in prova come autonomo ed indipendente rispetto ad un eventuale successivo rapporto di lavoro definitivo; e quella che riteneva invece esistente un unico rapporto contrattuale tra le parti, nel quale la clausola della prova si inseriva come elemento accidentale.

Quest'ultima corrente di pensiero è prevalsa ed ha portato a considerare la prova come una condizione sospensiva potestativa, introdotta per volontà comune delle parti nel contratto di lavoro, con l'obiettivo di valutare la reciproca convenienza ed il gradimento rispetto alla trasformazione del rapporto tra di loro intercorrente da provvisorio in definitivo.

Prevedendo, in caso di mancato gradimento, la facoltà per le parti di recedere liberamente *ad nutum* – senza obbligo di preavviso ed indennità - ed in caso di mancato rispetto della forma scritta *ad substantiam*, la nullità della clausola della prova con trasformazione del rapporto in definitivo e decadenza dalla libertà di recesso.

Fatta questa breve premessa è interessante dare conto di due pronunce emesse dalla Suprema Corte di Cassazione, rispettivamente nel 1997 e nel 2007, nelle quali viene introdotta una figura definita dalla dottrina “prova esplorativa” o “preassuntiva”.

Con la pronuncia più risalente nel tempo la Suprema Corte ha affermato il principio secondo cui le parti del contratto di lavoro subordinato, come espressione della loro autonomia negoziale e senza alcuna violazione di principi e norme inderogabili, possono convenire che il lavoratore, prima dell'effettiva assunzione, si limiti a svolgere una semplice attività esplorativa dell'ambiente di lavoro, e questo al fine di acquisire le opportune e

reciproche informazioni concernenti l'instaurando rapporto²⁰⁵.

Veniva in pratica ritenuta estranea alla prova e all'assunzione l'eventuale preventiva esplorazione, da parte del lavoratore, dell'ambiente di lavoro e l'incontro con il datore di lavoro per la reciproca conoscenza²⁰⁶.

Il caso concreto analizzato dalla Suprema Corte riguardava una lavoratrice che si era presentata presso l'azienda non per lavorare ma per vedere cosa c'era da fare e per consentire alla società di controllare la conoscenza della lingua. Ella inoltre nei giorni precedenti all'assunzione non lavorava, ma guardava lavorare la persona che avrebbe dovuto sostituire.

Analizzando questa fattispecie concreta fu riconosciuta la legittimità di un patto di prova concordato in forma orale prima dell'assunzione, facendo chiaramente riferimento non alla prova regolata dall'art. 2096 c.c., ma semplicemente a quell'accordo volto a verificare cosa un potenziale dipendente sia in grado di fare²⁰⁷.

Richiamando questa precedente pronuncia, la Corte di Cassazione ha ribadito che lo svolgimento di fatto, da parte del lavoratore, di un "periodo di prova" non concordato per iscritto ex art. 2096 c.c. con il datore di lavoro, non determina *sic et simpliciter* l'avvenuta instaurazione tra le parti di un rapporto di lavoro di tipo subordinato.

E' possibile infatti che le parti possano convenire, senza alcuna necessaria formalizzazione dell'accordo intercorso, che il lavoratore, prima dell'effettiva assunzione, si limiti svolgere una semplice "prova preassuntiva" consistente in un'attività esplorativa dell'ambiente di lavoro, volta ad acquisire reciproche informazioni²⁰⁸.

Nella specie la Suprema Corte ha annullato una sentenza emessa dalla Corte di Appello di Roma, che aveva riconosciuto l'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato tra un'aspirante segretaria ed uno studio

205 Cass. Civ., Sez. Lav., 5 maggio 1997, n. 3910.

206 Cass. Civ., n. 3910/97, in *M.G.L.*, 1997, supplemento, pag. 44; Cass. Civ., n. 8463/07, in *Foro It.*, 2007, I, pag. 2045.

207 QUAGLIARELLA D., "Il periodo di prova nel lavoro subordinato e la prova pre-assuntiva", www.quagliarella.com/lav13.htm, 16 luglio 2007.

208 SALVI G., "Patto di prova e prova preassuntiva", in *La Previdenza.it*, 10 gennaio 2008.

professionale²⁰⁹.

Il datore di lavoro aveva sottoposto la lavoratrice, per qualche giorno, ad una prova di videoscrittura al fine di verificarne l'idoneità e - ritenendo fallito il test - aveva ritenuto di non assumerla, comunicandole oralmente di non ripresentarsi a lavoro il giorno successivo.

La Corte di Appello adita, basandosi sull'espletamento del detto periodo di prova, affermava l'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato tra le parti e, dichiarata la nullità della clausola per violazione del richiesto requisito della forma scritta *ad substantiam*, dichiarava l'automatica e immediata assunzione definitiva della lavoratrice.

La Corte di Cassazione, cui si è rivolto lo studio professionale, ha invece ritenuto insufficiente la motivazione della decisione emessa in appello, basata sulla sola effettuazione tra le parti in causa di una "prova" non stipulata per iscritto, cassando con rinvio l'impugnata sentenza.

I giudici di secondo grado hanno cioè rilevato correttamente tutti i principi di diritto ma non li hanno correttamente applicati.

Essi hanno omesso di accertare l'esistenza di un effettivo vincolo di subordinazione tra le parti, limitandosi ad affermare che la lavoratrice "*ha prestato attività per pochi giorni continuativi in regime di prova*", dando per provato un rapporto lavorativo contestato e che doveva essere dimostrato in giudizio.

Non hanno inoltre esaminato in concreto l'offerta di lavoro per appurare se la stessa conteneva o meno tutti gli elementi necessari per essere considerata vincolante per l'offerente ed idonea alla conclusione di un contratto di lavoro subordinato, in caso di accettazione del prestatore²¹⁰.

Pertanto i giudici di legittimità hanno ribadito che non basta accertare se vi sia stata una prova non stipulata per iscritto per concludere che esiste un contratto di lavoro a tempo indeterminato, ma è necessario compiere un'indagine approfondita dello svolgimento dei fatti.

Ciò in quanto le parti, nella loro autonomia negoziale, possono stipulare

209 Corte di Appello di Roma, 30 marzo 2006, n. 8721/05.

210 CIRIOLI D., "*Le assunzioni si fanno con un test*", in *ItaliaOggi*7, Lavoro e Previdenza, del 4 giugno 2007, pag. 33;

tanto un contratto di lavoro con patto di prova, quanto lo svolgimento di una semplice attività esplorativa dell'ambiente di lavoro che sia finalizzata unicamente all'acquisizione delle opportune reciproche informazioni concernenti l'instaurando rapporto²¹¹.

Ne consegue che per differenziare lo svolgimento di una prova preassuntiva dall'ipotesi di un'assunzione a tempo indeterminato del lavoratore, a seguito dell'inosservanza della forma scritta *ad substantiam* prevista dall'art. 2096 c.c. per il patto di prova, devono sussistere i tre criteri indicati nell'esaminanda pronuncia della Suprema Corte ovvero:

- a) la natura dell'offerta di lavoro proveniente dal datore;
- b) la natura dell'attività prestata dal lavoratore durante il periodo di tempo considerato;
- c) il tipo di mansioni alle quali è stato adibito il lavoratore durante la prova²¹².

Per potersi avere l'instaurazione di un rapporto di lavoro subordinato è infatti necessario che l'offerta di lavoro contenga tutti gli elementi per essere considerata impegnativa per l'offerente, tanto da condurre alla conclusione del contratto di lavoro con semplice accettazione, anche orale, della controparte. L'attività svolta nel corso della prova del lavoratore deve avere caratteristiche tali da far desumere la sussistenza degli elementi tipici della subordinazione²¹³.

Il lavoratore deve, da ultimo, essere adibito durante la prova alle stesse mansioni per lo svolgimento delle quali verrebbe assunto a tempo indeterminato in caso di esito positivo della stessa.

Solo in presenza di tali condizioni potrebbe escludersi l'ipotesi della cosiddetta prova preassuntiva e dovrebbe, invece, configurarsi tra le parti un rapporto di lavoro subordinato, stante l'inosservanza della forma scritta a pena di nullità prevista dall'art. 2096 c.c. per l'assunzione in prova.

211 Cass. Civ., Sez. Lav., 4 aprile 2007, n. 8463.

212 SALVI G., "Patto di prova e prova preassuntiva", *La Previdenza.it*, cit.

213 Ovvero l'etero-direzione dell'attività lavorativa e la sottoposizione del prestatore di lavoro al potere disciplinare del datore. Si vedano in tal senso VALLEBONA A., "Istituzioni di diritto del lavoro", Volume II, op. cit.; PERONE G., "Lineamenti di diritto del lavoro", op. cit.; DEL GIUDICE F., MARIANI F., IZZO F., (a cura di), "Diritto del lavoro", op. cit. e molti altri.

Nel caso in esame è emersa la mancata volontà delle parti di costituire un rapporto di lavoro e di porre invece in essere una prova preassuntiva meramente esplorativa, come risultante dalle seguenti riscontrate circostanze: la prova durò pochissimi giorni senza assoggettamento della lavoratrice ai poteri direttivo e disciplinare datoriali; il contratto di lavoro non poteva ritenersi concluso con la pubblicazione di un annuncio giornalistico, accettato dalla lavoratrice con l'effettiva prestazione resa, avente ad oggetto soltanto un invito a partecipare ad una selezione.

Si è quindi concluso ritenendo legittima la prova preassuntiva concordata oralmente prima dell'assunzione e legittimo il licenziamento espresso nella stessa forma tramite comunicazione alla lavoratrice di non ripresentarsi al lavoro il giorno successivo, in quanto non poteva considerarsi esistente un contratto di lavoro a tempo indeterminato tra le parti.

Manca invece nella Sentenza n. 8463/07 della Cassazione qualunque riferimento all'attività lavorativa consentita al prestatore ai fini della configurazione di una "prova esplorativa".

Da un lato si è cioè ritenuta legittima l'indagine esplorativa antecedente l'assunzione, dall'altro però non se ne è indicato il contenuto, ovvero non è stato indicato il *quantum* ed il *quomodo* della complessiva prestazione lavorativa dedotta nel futuro rapporto di lavoro rispetto a cui è possibile condurre la prova prima dell'assunzione²¹⁴.

Può ragionevolmente ritenersi che essa possa individuarsi nell'attività di frequentazione di brevissima durata del futuro posto di lavoro, finalizzata alla conoscenza del datore di lavoro ed alla semplice presa visione, senza vincoli di orario, del lavoro svolto da altro personale incaricato della dimostrazione delle mansioni che il lavoratore potrebbe, in ipotesi, svolgere in caso di eventuale futura assunzione²¹⁵.

Solo con il tempo ed il susseguirsi delle pronunce di merito, si avrà la possibilità di verificare se ed in che misura, in concreto, i Giudici riterranno di aderire alla tesi della legittimità di una prova preassuntiva del lavoratore.

214 FEDERICI A., "Prova preassuntiva", op. cit.

215 SALVI G., "Patto di prova e prova preassuntiva", *La Previdenza.it*, cit.

Tenendo conto di come, nella realtà dei fatti, la distinzione tra il patto di prova codicisticamente previsto e l'accordo consistente in un'attività esplorativa dell'ambiente di lavoro indipendente ed autonoma rispetto ad un qualunque vincolo contrattuale, sia estremamente sottile e difficile da dimostrare.

Facile è infatti affermare che la semplice attività esplorativa che precede l'avviamento al lavoro non costituisce ancora periodo di prova e pertanto il recesso è libero, difficile sarà però provarlo in giudizio.

Si rischierebbe inoltre, attraverso l'esecuzione della prova fuori dalle regole poste dall'ordinamento – tra cui la forma scritta a pena di nullità - di giustificare una sua applicazione potenzialmente elusiva, sottraendola al controllo giudiziale cui, invece, è sottoposta l'esecuzione del rapporto di lavoro anche per il periodo di prova.

Vi sarebbe una legittima evasione del complesso di diritti ed obblighi di prestazioni e controprestazioni che, con il patto di prova, invece si pongono all'interno di un complesso di corrispettività relativo ad un rapporto lavorativo già sorto e vincolante tra le parti.

Se si consolidasse la possibilità di prevedere un'alternativa tra la prova eseguita dentro il rapporto di lavoro *ex art. 2096 c.c.* e la prova esperibile nella fase preliminare alla costituzione del rapporto di lavoro, senza alcun obbligo per il datore e senza alcun limite di recesso, difficilmente si ricorrerebbe ancora in futuro all'apposizione della clausola della prova nel contratto²¹⁶.

216 Si avrebbe una fase preliminare alla conclusione del contratto di lavoro in cui le parti deducono una sorta di clausola atipica di gradimento destinata a sostituire la pattuizione tipica che l'art. 2096 c.c. riserva alla clausola di prova.

9. Diritti ed obblighi delle parti. Trattamento economico e normativo del lavoratore in prova.

Per completare l'analisi della disciplina dell'istituto della prova vanno considerati i diritti ed i doveri gravanti sulle parti contrattuali, che sono quelli propri di ogni rapporto di lavoro subordinato²¹⁷ ed è opportuno porre l'accento sul trattamento economico e normativo riconosciuto al lavoratore nel corso dell'esperimento.

Il datore di lavoro, sin dal momento della sottoscrizione del contratto di lavoro con clausola di prova, avrà l'obbligo di consentire lo svolgimento dell'esperimento e di pagare la retribuzione al proprio dipendente.

Il primo di essi verrà adempiuto tramite il compimento di tutti gli atti permissivi e positivi che concretamente si rendano necessari per l'attuazione della prova, quali l'ingresso nel luogo di lavoro, il consenso alla prestazione lavorativa, la consegna delle materie prime e delle attrezzature per svolgerla, ecc.

In ordine alla retribuzione, vi sarà l'obbligo di corrisponderla nella misura contrattualmente stabilita anche per il periodo di svolgimento della prova²¹⁸.

Si è discusso se – in caso di esito negativo della prova – il prestatore di lavoro possa essere retribuito in misura inferiore a quella contrattuale originariamente prevista. La questione viene affrontata e risolta dalle specifiche previsioni contenute nella contrattazione collettiva, deve però escludersi la tesi secondo la quale durante la prova non vi sarebbe l'obbligo di corrispondere la retribuzione convenuta.

Sul datore di lavoro graveranno poi obblighi di natura previdenziale quali l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e contro le malattie professionali, l'assicurazione contro la disoccupazione e l'invalidità e vecchiaia, assegni familiari, ecc²¹⁹.

217 CESTER C., (a cura di), *Diritto del lavoro. Commentario diretto da Franco Carinci*, op. cit., pag. 374; Cass. Civ., 8 febbraio 1985, n. 1017.

218 ASSANTI C., *Il contratto di lavoro a prova*, Milano, Giuffrè Editore, 1957, pag. 81.

219 I soggetti aventi diritto all'assicurazione obbligatoria sono tutti i "lavoratori che prestino lavoro retribuito alle dipendenze altrui", categoria nella quale senza dubbio rientrano i lavoratori in prova.

A fronte dei menzionati doveri datoriali vi è anche, pur dovendosi specificare sin da subito le mansioni su cui la prova dovrà vertere, il diritto per l'imprenditore di esercitare il proprio *jus variandi* ex art. 2103 c.c., diritto escluso soltanto qualora comporti un'impossibilità di attuare l'esperimento.

La variazione delle mansioni è cioè illegittima se tende ad una modificazione unilaterale del contratto e non è contenuta nei limiti previsti dall'art. 2103 c.c., o comunque pregiudica l'attuazione della prova.

In questo caso il lavoratore potrà rifiutare la prestazione ed ottenere giudizialmente la liberazione dalla propria obbligazione ed il risarcimento del danno che abbia subito.

Quanto al profilo attinente i diritti e doveri del lavoratore in prova, egli sin dal momento della sottoscrizione del contratto di lavoro diviene dipendente del datore e si crea tra le parti un vincolo di subordinazione, la cui unica particolarità è quella di non avere il carattere della definitività.

Il lavoratore assunto in prova dovrà dunque adempiere allo svolgimento delle prestazioni di lavoro dedotte nel contratto, per l'orario ivi determinato, senza che queste differiscano dal punto di vista qualitativo e quantitativo rispetto alle mansioni svolte dagli altri dipendenti dell'azienda, dotati di pari qualifica²²⁰.

Ne conseguirà il diritto ad ottenere il pagamento della retribuzione nella misura pari a quella dovuta, a parità di qualifica e mansioni, ai lavoratori assunti senza previsione della prova e ad essere sottoposto allo stesso trattamento normativo²²¹.

Vige quello che viene definito come principio di parificazione economica e normativa del lavoratore in prova, rispetto al lavoratore assunto in via definitiva, come confermato dalla Corte Costituzionale che, nella più volte nominata sentenza n. 189 del 1980, individua la fondatezza dell'assunto che precede nella circostanza che *“ove sia superato, senza esercizio della facoltà di recesso, il termine della prova e comunque decorsi sei mesi dalla assunzione, l'attività prestata durante il periodo di prova non si distingue, a*

220 Corte Cost., 22 dicembre 1980, n. 189, cit.

221 SCOGNAMIGLIO R., *“Diritto del lavoro”*, op. cit., pag. 165.

tutti gli effetti retributivi, da quello di un lavoratore assunto a tempo indeterminato”.

Se vi è identità sostanziale delle mansioni fra il lavoratore già stabile ed il lavoratore assunto in prova, nel presupposto che quest'ultimo sia professionalmente uguale al primo, vi è senza dubbio parificazione²²².

Il prestatore godrà anche del medesimo trattamento normativo che dovrebbe competergli in caso di assunzione definitiva, con riconoscimento del diritto a percepire T.F.R., ferie retribuite, quote di mensilità differite quali tredicesima, quattordicesima, ecc, ed a maturare l'anzianità di servizio²²³.

Maggiori dubbi sono stati sollevati in merito al riconoscimento al lavoratore in prova del trattamento di indennità per malattia e del diritto alla conservazione del posto di lavoro per il periodo di comporta.

Quanto al primo profilo un primo indirizzo giurisprudenziale negava in passato, in mancanza di espressa previsione contrattuale, il diritto del lavoratore in prova all'indennità di malattia o al trattamento integrativo a carico del datore di lavoro²²⁴.

In merito alla conservazione del posto durante il periodo di comporta del lavoratore in prova che si ammalava o infortunava, vi era invece un contrasto giurisprudenziale tra chi negava²²⁵ e chi affermava tale diritto²²⁶.

La Corte di Cassazione è intervenuta su entrambi i profili sopra considerati, adottando le soluzioni più favorevoli per il prestatore di lavoro: affermando da un lato la spettanza anche al lavoratore in prova dell'indennità di malattia²²⁷ e, dall'altro, il diritto alla conservazione del posto durante il periodo di comporta²²⁸.

222 BONARETTI L., *“Il patto di prova nel rapporto di lavoro privato”*, op. cit., pag. 88.

223 IZAR A. V., *“Il patto di prova nel lavoro subordinato”*, febbraio 2003; ASSANTI C., *“Il contratto di lavoro a prova”*, op. cit., pag. 87, in cui si rileva che vi sarà il computo del periodo di prova in tutti i casi in cui rilevi l'anzianità di servizio del prestatore, ad es. ai fini della corresponsione dell'indennità di anzianità, della determinazione dell'ampiezza del preavviso, del calcolo degli aumenti di stipendio, ecc.

224 Pretore Como, 14 gennaio 1986, in O.G.L., 1986, pag. 78; Tribunale Vicenza, 24 marzo 1982, in OGL, 1982, pag. 773; Corte Appello Milano, 14 febbraio 1974, in O.G.L., 1974, pag. 979.

225 Pretore Roma, 16 aprile 1991, in D.L., 1991, 5, II, pag. 285; Pretore Como, 14 gennaio 1986, in O.G.L., 1986, pag. 78; Corte Appello Milano, 14 febbraio 1974, in O.G.L., 1974, pag. 979.

226 Tribunale Avellino, 10 maggio 1988, in L.P.O., 1988, pag. 2163; Tribunale Milano, 12 ottobre 1983, in O.G.L., 1984, pag. 394; Pretura Milano, 9 gennaio 1981, in L.80, 1981, pag. 549.

227 Cass. Civ., 21 giugno 1991, n. 6988, in M.G.L., 1991, pag. 519.

228 Cass. Civ., 21 gennaio 1988, n. 461, in R.I.D.L., 1988, II, pag. 948; Cass. Civ., 1 dicembre

Durante l'esperimento, inoltre, in caso di malattia troverà applicazione la sospensione del rapporto di lavoro prevista dall'art. 2110 c.c., in quanto durante tale periodo, il lavoratore non avrà la possibilità di dimostrare le sue capacità nè il datore di lavoro quella di accertarle²²⁹.

Così come il lavoratore in prova si vede riconosciuti gli stessi diritti retributivi e normativi degli altri dipendenti assunti definitivamente, allo stesso modo egli deve far fronte agli stessi doveri.

Sarà quindi tenuto al rispetto degli obblighi fondamentali di fedeltà, di diligenza e di correttezza, che rileveranno non solo in merito alla prestazione lavorativa, ma anche e soprattutto per la valutazione datoriale della personalità complessiva del lavoratore²³⁰.

1992, n. 12814, in *Foro It.*, 1993, I, pag. 805; Tribunale di Brescia, 13 ottobre 2000, in *L.G.*, 2001, pag. 191. I contratti collettivi possono tra l'altro prevedere particolari regole per il comports, introducendo per i lavoratori in prova periodi più brevi, il cosiddetto minicomports.

229 Cass. Civ., sez. lav., 18 novembre 1995, n. 11934, in *G.C.M.*, 1995, 782.

230 Cass. Civ., sez. lav., 10 giugno 1999, n. 5714, in *G.C.M.*, 1999, 1317.

10. Applicazione in rapporti speciali e nel pubblico impiego.

10.1 Contratto di apprendistato e di formazione lavoro

La giurisprudenza ha più volte affrontato il problema della compatibilità del lavoro in prova con rapporti di lavoro caratterizzati da profili di specialità, verificandone l'adattabilità ai casi di volta in volta esaminati.

Quanto al contratto di apprendistato è quel rapporto di lavoro in forza del quale l'imprenditore è obbligato ad impartire o far impartire all'apprendista, assunto alle sue dipendenze, l'insegnamento necessario perché possa conseguire la capacità tecnica per diventare lavoratore qualificato, utilizzandone l'opera nell'impresa medesima²³¹.

In questo schema causale si riconosce la facoltà per il datore di lavoro e l'apprendista di convenire un periodo di prova, per una valutazione di reciproca convenienza, che non può eccedere i due mesi, al superamento dei quali l'assunzione dell'apprendista diventa definitiva²³².

Viene però fatta salva la legittimità di clausole previste dalla contrattazione collettiva che sanciscano, al fine di tutelare gli interessi degli apprendisti, la possibilità per le parti di rinnovare il periodo di prova per una durata non superiore a due mesi, in caso di prestazioni di natura tecnica che richiedano particolare perizia²³³.

Il D.P.R. 30 dicembre 1956, n. 1668, prevede poi espressamente all'art. 13 che *"I contratti collettivi possono consentire l'esonero dall'effettuazione del periodo di prova, o la riduzione di tale periodo, per quegli apprendisti che, precedentemente all'assunzione, abbiano frequentato con profitto corsi professionali"*²³⁴.

Interessante è considerare come nel contratto di apprendistato²³⁵, avente la

231 VALLEBONA A., "Istituzioni di diritto del lavoro", Volume II, op. cit. pag. 690.

232 Legge 19 gennaio 1955, n. 25, "Disciplina dell'apprendistato", in G.U. 14 febbraio 1955, n. 35, art. 9, "Può essere convenuto fra le parti un periodo di prova. Esso sarà regolato ai sensi dell'articolo 2096 del codice civile e non potrà eccedere la durata di due mesi".

233 MEOLI I., "Periodo di prova", op. cit.

234 D.P.R. 30 dicembre 1956, n. 1668, "Approvazione del regolamento per l'esecuzione della disciplina legislativa dell'apprendistato".

235 Completamente riformato dal Decreto Legislativo Biagi n. 276/03, che ne ha regolamentato tre diverse tipologie ovvero: - apprendistato per l'espletamento del diritto-dovere di istruzione e formazione; - apprendistato professionalizzante; - apprendistato per il conseguimento di un

finalità di consentire al prestatore di lavoro di acquisire competenze attraverso un percorso di formazione professionale, si realizza realmente la bilateralità della prova riconducibile all'art. 2096 c.c.

Generalmente l'unico interesse del lavoratore è quello di ottenere l'assunzione definitiva ed un'adeguata retribuzione e non di valutare le qualità personali del datore o la conoscenza dell'ambiente di lavoro.

Diverso è invece l'interesse dell'apprendista il quale, in vista del raggiungimento della qualifica dedotta nel contratto di lavoro, ha necessità di contare anche sulle specifiche attitudini della persona del datore, che gli deve impartire gli insegnamenti e la necessaria formazione professionale²³⁶.

Nel contratto di formazione lavoro, invece, si è riconosciuta l'ammissibilità del patto di prova²³⁷, specificando però che le prestazioni richieste nel corso della formazione dovranno essere indicate per iscritto a pena di nullità e, soprattutto, che l'esperimento oggetto del patto di prova dovrà riguardare l'idoneità del lavoratore ad acquisire una capacità professionale e non la preesistenza di tale professionalità²³⁸.

Questa importante previsione è conseguenza naturale della funzione del contratto di formazione lavoro – oggi operante nel solo pubblico impiego – che ha ad oggetto lo scambio tra lavoro e retribuzione, con l'aggiunta dell'obbligo formativo a carico del datore di lavoro²³⁹.

E' dunque evidente che la prova non potrà, come accade invece nel normale rapporto di lavoro subordinato, consistere nella valutazione di preesistenti conoscenze professionali, si dovrà invece verificare, nel corso dell'esperimento, se il lavoratore sia dotato delle capacità personali necessarie ad imparare ed acquisire tutte le conoscenze teorico-pratiche

diploma o per percorsi di alta formazione.

236 ZANGARI G., "Il recesso dal rapporto di lavoro in prova. Studi sul contratto di lavoro con clausola di prova", op. cit., pag. 191.

237 Cass. Civ., 6 giugno 1995, n. 6335, in *Foro It.*, 1995, I, pag. 2807; Cass. Civ., 19 novembre 1993, n. 11417, in *M.G.L.*, 1994, pag. 42; Cass. Civ., 21 aprile 1993, n. 4669, in *R.G.L.*, 1994, II, pag. 83; Cass. Civ., 23 novembre 1990, n. 11310, in *Foro It.*, 1991, pag. 1144.

238 Cass. Civ., Sez. Lav., 13 settembre 2003, n. 13498; Cass. Civ., Sez. Lav., 23 novembre 1990, n. 11310, in *Foro It.*, 1991, I, pag. 1144.

239 Corte Cost., 8 aprile 1993, n. 149, in *Foro It.*, 1993, I, pag. 1337; Cass. Civ., 29 gennaio 1998, n. 887, in *M.G.L.*, 1998, suppl., 31; Cass. Civ., 28 luglio 1995, n. 8270, in *M.G.L.*, 1995, pag. 703.

obiettivo del progetto formativo.

Si dovrà cioè considerare la causa mista del contratto di formazione lavoro²⁴⁰, sicché la valutazione sull'esito dell'esperimento andrà riferita alla volontà dimostrata nell'apprendimento ed alla capacità di utilizzare concretamente tale formazione nello svolgimento del lavoro²⁴¹.

Esperimento la cui durata viene dalla contrattazione collettiva vigente fissata in 4 settimane per i contratti fino a 12 mesi ed in 2 mesi di prestazione effettiva per quelli superiori ad un anno²⁴²; si ammette inoltre la libertà di recesso datoriale durante tale lasso di tempo se il giovane lavoratore ha violato gli obblighi di diligenza, correttezza e le direttive del datore²⁴³.

In questa sede ritengo opportuno ed interessante considerare l'ipotesi in cui la stipulazione del contratto di lavoro sia stata preceduta da un'attività formativa attuata presso la stessa impresa che poi assumerà il lavoratore.

Vi è cioè un piano formativo, che caratterizza sia la causa del contratto di apprendistato sia del contratto di formazione lavoro, attuato però al di fuori di qualunque rapporto contrattuale tra le parti.

Chiaramente l'eventuale corso di formazione professionale o di perfezionamento cui il lavoratore partecipi presso l'azienda, non è assimilabile in alcun modo al rapporto di lavoro in prova, in quanto manca qualunque vincolo di subordinazione tra le parti²⁴⁴.

Qualora invece la formazione in azienda venga seguita da un'assunzione del lavoratore, ritenuto evidentemente capace ed in grado di soddisfare le esigenze aziendali, comunque sarà legittima l'apposizione della clausola della prova al contratto di lavoro.

Deve infatti distinguersi, per uniforme dottrina, tra acquisizione di capacità tecniche nel corso di formazione e/o perfezionamento e l'accertamento in

240 VALLEBONA A., "Istituzioni di diritto del lavoro", Volume II, op. cit., pag. 699.

241 Cass. Civ., 6 giugno 1995, n. 6335, in *Foro It.*, 1995, I, pag. 2807; Cass. Civ., 21 aprile 1993, n. 4669, in *D.P.L.*, 1993, pag. 1770; Cass. Civ., 23 novembre 1990, n. 11310, in *Foro It.*, 1991, I, pag. 1144.

242 Accordo interconfederale del 8 maggio 1986.

243 Cass. Civ., 20 ottobre 1997, n. 10311.

244 Cass. Civ., 13 giugno 1990, in *D.P.L.*, 1990, pag. 2555; Cass. Civ., 25 giugno 1987, n. 5608, in *O.G.L.*, 1987, pag. 1004; Cass. Civ., 27 gennaio 1984, n. 653, in *R.F.I.*, 1984, pag. 1635.

concreto dell'idoneità del lavoratore ad inserirsi nell'organizzazione imprenditoriale, essendo la prova più ampia rispetto alla verifica della mera perizia in senso tecnico.

Funzione della prova è, infatti, non solo quella di soppesare le capacità professionali, ma anche quella di consentire al datore di valutare la personalità complessiva del lavoratore subordinato, non coinvolta né analizzata nell'ambito di corsi finalizzati all'acquisizione di conoscenze prettamente tecnico-professionali.

10.2 Contratto di lavoro part-time ed a tempo determinato. Cenni su altre tipologie contrattuali flessibili.

Al lavoratore che esegue una prestazione lavorativa con orario ridotto sono riconosciuti i medesimi diritti previsti per il lavoratore a tempo pieno, ciò in virtù del principio di non discriminazione sancito dalle disposizioni disciplinanti il contratto di lavoro a tempo parziale.

E' nello specifico l'art. 4, comma 2[^], D. Lgs. n. 61/2000 a prevedere che *“L'applicazione del principio di non discriminazione comporta che:*

a) il lavoratore a tempo parziale benefici dei medesimi diritti di un lavoratore a tempo pieno comparabile in particolare per quanto riguarda l'importo della retribuzione oraria; la durata del periodo di prova e delle ferie annuali”²⁴⁵.

Ne deriva che anche in questa tipologia contrattuale potrà essere inserita la clausola della prova, con forma scritta ed in un momento antecedente all'inizio della prestazione lavorativa.

La durata della prova dovrà determinarsi in base alle previsioni del contratto collettivo riferibile al lavoratore, con applicazione del principio di proporzionalità: ovvero essa sarà pari al numero di giorni computabili per il rapporto full-time, nel caso di rapporto di lavoro part-time orizzontale²⁴⁶, mentre nel part-time verticale²⁴⁷ dovranno essere computati solo i giorni effettivamente lavorati²⁴⁸.

Alcun dubbio vi è in merito alla compatibilità della prova con il rapporto di lavoro a termine, nei limiti di durata stabiliti dalla legge e dalla contrattazione collettiva²⁴⁹, che tengano conto della normale breve durata di esso.

Il contratto di lavoro a tempo determinato infatti risponde ad esigenze aziendali di carattere tecnico, organizzativo, produttivo o sostitutivo²⁵⁰; la

²⁴⁵ D. Lgs. 25 febbraio 2000, n. 61, "Attuazione della direttiva 97/81/CE relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo parziale concluso dall'UNICE, dal CEEP e dalla CES" e successive modifiche.

²⁴⁶ Si ha quando il prestatore lavora tutti i giorni della settimana ma con orario ridotto rispetto a quello normale di lavoro previsto per il full-time.

²⁴⁷ Il prestatore lavora a tempo pieno ma solo in alcuni giorni della settimana, del mese o dell'anno.

²⁴⁸ MEOLI I., "Periodo di prova", op. cit.

²⁴⁹ Ex plurimis Cass. Civ., Sez. Lav., 18 febbraio 1995, n. 1741.

²⁵⁰ Ai sensi del D.Lgs. n. 368/01, art. 1, che contiene le ragioni giustificatrici l'apposizione del

prova attiene invece alla valutazione delle qualità del lavoratore, pur essendo ipotizzabile un aspetto oggettivo consistente nel voler rapportare il prestatore alla struttura aziendale.

Vi è quindi la salvezza della causa dell'istituto in esame, ovvero quella di consentire la reciproca valutazione delle parti coinvolte anche nel lavoro a termine.

Un accenno merita la comparazione tra il nostro ordinamento, che consente la statuizione della prova nel contratto di lavoro a tempo determinato e l'ordinamento tedesco, in cui originariamente si concludevano contratti di lavoro a tempo determinato finalizzati proprio a realizzare la prova.

In altri termini nel menzionato sistema normativo le parti concludevano un contratto a termine, la cui durata coincideva con la prova e che, indipendentemente dall'esito favorevole o sfavorevole dell'esperimento, sarebbe cessato per semplice effetto dello scadere del termine.

Qualora la prova avesse avuto esito favorevole, quindi, sarebbe stata necessaria la stipulazione di un secondo contratto per la costituzione di un rapporto di lavoro subordinato stabile e definitivo.

Questa fattispecie contrattuale è stata poi progressivamente sostituita da un diverso prototipo: le parti stipulano ancora un contratto in prova a tempo determinato, stabilendo contestualmente che il rapporto si trasformerà automaticamente in rapporto stabile a tempo indeterminato, qualora nessuna delle due eserciti la facoltà di recedere dal rapporto durante o alla fine del periodo di prova²⁵¹.

Tornando all'apposizione della clausola della prova nel contratto di lavoro subordinato a termine, essa è possibile nel rispetto del requisito della forma scritta *ad substantiam*, così come previsto per il lavoro a tempo indeterminato.

In mancanza del requisito formale la nullità della clausola non determinerà la nullità dell'apposizione del termine al contratto di lavoro, che in tal caso si trasformerà semplicemente in un rapporto di lavoro definitivo a tempo

termine al contratto di lavoro subordinato.

251 ZANGARI G., "Il recesso dal rapporto di lavoro in prova. Studi sul contratto di lavoro con clausola di prova", op. cit., pag. 115.

determinato senza periodo di prova.

La durata del periodo di prova dovrà essere chiaramente commisurata alla durata del rapporto di lavoro a termine, regolato dal D.Lgs. n. 368/01 e successive modifiche²⁵², la giurisprudenza di merito ha infatti sottolineato l'illegittimità di un esperimento di durata pari a quella del contratto a termine. In questo caso le parti non perseguono l'obiettivo di compiere una valutazione reciproca, ma il solo datore di lavoro si svincola dalla temporanea stabilità del rapporto – una volta esaurita la prova - che potrà venir meno solo nell'ipotesi di sussistenza di giusta causa ex art. 2119 c.c.²⁵³. E' ammessa inoltre la reiterazione del patto di prova in due contratti di lavoro a tempo determinato, successivamente stipulati tra le stesse parti, in virtù dell'astratta volontà di esse di derogare alla disciplina tipica del rapporto e consentire ad una di esse la libera recedibilità prima dello scadere del termine.

La Suprema Corte ha puntualizzato che la ripetizione è consentita al fine di verificare la permanenza delle qualità professionali del lavoratore e la sua personalità complessiva, in relazione all'adempimento della prestazione, poiché tali elementi sono certamente suscettibili di modifiche nel corso del tempo e talvolta tra le due assunzioni può trascorrere un notevole intervento temporale²⁵⁴.

In ordine alle altre tipologie flessibili di contratti di lavoro subordinato e parasubordinato regolamentate dal D.Lgs. 276/03, ovvero il cosiddetto Decreto Biagi, si è esclusa l'applicabilità della prova al contratto di lavoro a progetto cui non si rivolge l'art. 2096 c.c.

Essa si è invece ritenuta compatibile con contratti quali quello di lavoro intermittente o di lavoro ripartito, in virtù dei quali il lavoratore – nel rispetto del principio di non discriminazione - sarà ammesso a godere, proporzionalmente alla prestazione effettivamente resa, dei diritti che la

252 D. Lgs. 6 settembre 2001, n. 368, "Lavoro a tempo determinato: attuazione della Direttiva 1999/70/CE", pubblicato su Gazzetta Ufficiale del 9 ottobre 2001, n. 235, successivamente integrato dalla Legge del 24 dicembre 2007, n. 247 (c.d. collegato alla finanziaria 2007) e dalla Legge del 6 agosto 2008, n. 133.

253 Tribunale Pistoia, 11 gennaio 2008, in *D&L*, 2008, pag. 560.

254 Cass. Civ., Sez. Lav., n. 1741/95.

Legge o gli accordi riconoscono ai lavoratori ordinari, tra i quali rientra il periodo di prova²⁵⁵.

Allo stesso modo la clausola della prova potrà essere apposta al contratto di somministrazione in base alla sua durata, come sancito dalla giurisprudenza ²⁵⁶ma anche dallo stesso C.C.N.L. per la categoria delle Agenzie di somministrazione di lavoro, in vigore dal 24 luglio 2008 con validità quadriennale.

L'art. 28 rubricato "Periodo di prova" prevede che per

A) Lavoratori a tempo determinato

1. È consentito apporre un periodo di prova per ogni singola missione;

nel caso di successive missioni intervenute entro 12 mesi dalla cessazione del rapporto di lavoro precedente, presso la stessa impresa utilizzatrice e con le medesime mansioni, non è consentito apporre il periodo di prova.

2. La previsione del periodo di prova deve risultare per iscritto nel contratto di prestazioni di lavoro in somministrazione.

3. Il periodo di prova è determinato in 1 giorno di effettiva prestazione per ogni quindici giorni di calendario a partire dall'inizio della missione.

4. In ogni caso il periodo di prova non può essere inferiore a 1 giorno e superiore a 11 per missioni fino a 6 mesi nonché a 13 per quelle superiori a 6 mesi. Resta inteso che per le missioni di durata inferiore a 15 giorni può essere stabilito un solo giorno di prova.

5. Le frazioni inferiori a 15 giorni si arrotondano all'unità superiore.

6. Durante il periodo di prova ciascuna delle parti può recedere dal contratto in qualsiasi momento, senza preavviso né relativa indennità sostitutiva.

In caso di dimissioni o licenziamento durante il periodo di prova, ovvero alla fine del periodo stesso, al lavoratore spetta la

²⁵⁵ BAGNASCO P., "Il lavoro intermittente", in Guida Utile I nuovi istituti contrattuali: una lettura ragionata della Legge Biagi, 2005, <http://impiego.formez.it>.

²⁵⁶ Tribunale di Roma, 6 dicembre 2006, in *D&L*, 2007, pag. 754.

retribuzione per le ore lavorate.

B) Lavoratori a tempo indeterminato

1. Ai lavoratori somministrati assunti con contratto a tempo indeterminato si applicano nello specifico i seguenti periodi massimi di prova:

Gruppo A: 6 mesi di calendario

Gruppo B: 50 giorni di servizio effettivo

Gruppo C: 30 giorni di servizio effettivo

I giorni trascorsi in disponibilità non si computano come giorni lavorativi”.

Interessante è considerare come la diffusione di queste forme di lavoro flessibili consenta già di per se stessa, indipendentemente dalla previsione o meno di un periodo di prova, ai datori di lavoro di allungare i tempi di valutazione del lavoratore, concretizzando una prova di fatto che può sostanzialmente avere luogo anche al di fuori della clausola in parola²⁵⁷.

²⁵⁷ CESTER C., (a cura di), *“Diritto del lavoro. Commentario diretto da Franco Carinci”*, op. cit., pag. 361.

10.3 Prova ed assunzioni obbligatorie

L'assunzione dei disabili viene oggi regolamentata dalla Legge n. 68 del 1999, che ha abrogato la precedente Legge n. 482/68, e si è occupata di fissare i limiti dimensionali delle imprese tenute alle cosiddette assunzioni obbligatorie, nonché delle modalità con le quali consentire l'avviamento al lavoro dei portatori di handicap fisici o mentali²⁵⁸.

Ulteriori misure di facilitazione nell'accesso al lavoro sono state poi previste dalla Legge n. 247 del 2007, che ha introdotto due diverse tipologie di convenzioni volte a favorire la formazione professionale dei disabili.

In dottrina si è a lungo discusso sull'ammissibilità della prova in questi particolari casi, così come in giurisprudenza si sono avute impostazioni contrastanti.

L'orientamento più risalente nel tempo riteneva inutilizzabile la prova nelle assunzioni obbligatorie, fornendo una lettura restrittiva dell'art. 10 della Legge n. 482/78 - relativo all'applicazione del normale trattamento economico, normativo e giuridico ai lavoratori disabili – ed escludendo dalla sua portata l'applicazione della disciplina del periodo di prova²⁵⁹.

La giurisprudenza prevalente, supportata anche dalle Sezioni Unite della Cassazione del 1979²⁶⁰, ha invece ammesso la pattuizione della prova anche nel caso di assunzione di invalidi, riconoscendo la massima autonomia delle parti in merito all'apposizione di tale clausola al contratto, prevedendo però particolari cautele e condizioni.

Soprattutto a seguito dell'intervento della Corte Costituzionale che, con Sentenza n. 255 del 1989, ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale delle disposizioni della Legge n. 482/68, si è sancito che il rapporto di lavoro, anche nel caso delle assunzioni obbligatorie, non si costituisce *ex lege* ma con un normale contratto, in cui può essere inserito il patto di prova²⁶¹.

258 DEL GIUDICE F., MARIANI F., IZZO F., (a cura di), "Diritto del lavoro", op. cit. pag. 171.

259 Tra le tante Cass. Civ., n. 400/78.

260 Si veda ex plurimis Cass. Sez. Un., n. 1764/79.

261 CIAN G. - TRABUCCHI A., (a cura di), "Commentario breve al codice civile", op. cit. pag. 2226.

Giudice delle Leggi che intervenendo anche di recente, ha ribadito l'apponibilità del patto di prova nell'ambito dei rapporti instaurati con i soggetti avviati obbligatoriamente²⁶².

La Corte di Cassazione ritiene pertanto ammissibile il periodo di prova nei limiti in cui esso è limitato alla residua capacità lavorativa dell'invalido e in quanto la prova sia riferita a mansioni determinate e compatibili con lo stato fisico del medesimo²⁶³.

L'esperimento deve cioè prevedere necessariamente mansioni compatibili con lo stato di invalidità del disabile avviato e deve essere limitato alla sua residua capacità lavorativa, senza discriminarlo per l'inevitabile minor rendimento derivante dalla sua menomazione o invalidità²⁶⁴.

Ne consegue che sarà illegittimo il recesso per esito negativo della prova qualora le suddette condizioni non vengano rispettate²⁶⁵ e sarà altresì impossibile affermare l'esito negativo della prova per l'inesistenza nell'azienda di un'attività che l'invalido possa compiere allo stesso ritmo degli altri dipendenti²⁶⁶, poiché il datore di lavoro è tenuto ad adeguare l'attività lavorativa dell'invalido alla sua menomazione, qualora ciò non incida sui ritmi di lavoro degli altri dipendenti o non pregiudichi il ciclo produttivo²⁶⁷.

Principio della compatibilità delle mansioni con lo stato di invalidità del lavoratore recepito dalla Legge n. 68/99, art. 10, comma 2[^], che prevede espressamente *“Il datore di lavoro non può chiedere al disabile una prestazione non compatibile con le sue minorazioni”*²⁶⁸.

262 Corte Cost., 4 dicembre 2000, n. 541, in O.G.L., 2000, I, 953, con nota di MARANDO, *“Patto di prova stipulato con l'invalido ed irrilevanza della forma del recesso datoriale: una nuova pronuncia della Corte costituzionale”*.

263 Cass. Sez. Un., n. 1104/89; Cass. Sez. Un., n. 1756/83; Cass. Civ., n. 6810/92; Cass. Civ. n. 68/81.

264 Cass. Civ., n. 13726/00; Cass. Civ., n. 5634/91; Cass. Civ., n. 5078/88.

265 Cass. Sez. Un., 27 marzo 1979, n. 1763, in D.L., 1980, II, pag. 113; Cass. Sez. Un., 27 marzo 1979, n. 1764, in Foro It., 1979, I, pag. 18; Cass. Sez. Un., 27 marzo 1979, n. 1765, in N.G.L., 1979, II, pag. 474; Cass. Sez. Un., 27 marzo 1979, n. 1766, in R.G.L., 1979, II, pag. 474.

266 Cass., 14 ottobre 2000, n. 13726 in G.C.Mass., 2000, 2140. Ma v. anche Cass., 2 agosto 1999, n. 8375, in G.C.Mass. 1999, 1769, secondo cui *“ il recesso del datore di lavoro per esito negativo della prova ... non può essere determinato esclusivamente dall'inesistenza nell'azienda di un'attività che l'invalido possa compiere allo stesso ritmo degli altri colleghi”*, Cass., 8 giugno 1998, n. 5639, in G.C., 1998, 1245.

267 Cass. Civ., n. 15942/04; Cass. Civ., n. 5541/03; Cass. Civ., n. 8375/99.

268 *“Norme per il diritto al lavoro dei disabili”*, pubblicata nel Supplemento Ordinario n. 57/L alla

In altri termini la prova non può in alcun modo riguardare l'invalidità, essendo essa il presupposto dell'assunzione obbligatoria, ma deve essere condotta in relazione a mansioni compatibili con lo stato psico-fisico del disabile e per un periodo di tempo congruo rispetto al reale esperimento ed alla concreta valutazione delle capacità dell'invalido.

Il datore non potrà poi rifiutare la sua assunzione avvalendosi dell'esito negativo di un esperimento precedentemente effettuato in occasione di altro avviamento al lavoro, dal momento che il suo giudizio deve limitarsi al rapporto cui esso si riferisce e, una precedente negativa esperienza del prestatore, non può costituire il fondamento di una valutazione aprioristica di ogni attività futura²⁶⁹.

La Suprema Corte ha previsto poi una ulteriore tutela per il disabile finalizzata ad evitare che il datore di lavoro si avvalga della libertà di recesso nel corso del periodo di prova, con intento fraudolento o elusivo delle norme di legge che prescrivono l'obbligo di assunzione, attraverso la previsione di un obbligo di motivazione del recesso qualora sia fondato sull'esito negativo della prova²⁷⁰.

Questo fondamentale principio è stato ribadito dalla Corte Costituzionale nel 1990 che ha ritenuto necessario consentire al giudice di svolgere, attraverso la motivazione del recesso, un controllo sull'uso del patto di prova con modalità non elusive della legge.

Vi sono stati poi discordanti orientamenti in merito al momento in cui dovrebbe esserci l'esplicitazione della motivazione del recesso datoriale. Alcune pronunce ritengono che non vi sia alcun obbligo del datore di lavoro di fornire la motivazione del licenziamento del dipendente²⁷¹, affermando che *“l'assenza di una motivazione contestuale (così come della adozione della forma scritta) all'atto di licenziamento non può, di per se', incidere sulla validità ed efficacia del medesimo”*²⁷².

Gazzetta Ufficiale 23 marzo 1999

269 Cass. Civ., n. 429 del 1985.

270 Cass. Civ., n. 9705/00; Cass. Civ., n. 7988/00; Cass. Civ., n. 3689/98.

271 Cass., 29 maggio 1999, n. 5290, in *R.I.D.L.*, 2000, II, pag. 128, Cass., 18 marzo 2002, n. 3920, in *G.C. Mass.*, 2002, 474, *ibidem*, 2002, pag. 474.

272 Cass., 18 marzo 2002, n. 3920, in *G.C. Mass.*, 2002, pag. 474.

Altre sostengono la necessaria contestualità della motivazione all'esercizio del recesso, per evitare che questo sia determinato da motivi arbitrari²⁷³

Non sono poi mancate pronunce intermedie secondo cui vige sul datore di lavoro un obbligo di motivazione non contestuale all'esercizio del diritto di recesso ma prevedono, qualora il lavoratore assunto obbligatoriamente ne faccia richiesta, il dovere di comunicare le ragioni del licenziamento, al fine di consentire un corretto controllo sullo svolgimento della prova²⁷⁴.

In realtà, date le particolari caratteristiche dei lavoratori disabili, e considerati i limiti a cui soggiace il giudizio sull'esperimento (che deve essere neutrale rispetto alla menomazione), non sembra irragionevole sostenere la necessità che il recesso sia contestualmente motivato, al fine di agevolare l'eventuale controllo giudiziale su di esso ed evitare così abusi nei confronti di soggetti particolarmente deboli quali sono i disabili.

Un obbligo del genere altro non sarebbe che espressione della corretta applicazione dei principi di correttezza e buona fede di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c.

273 Cass. Civ., 16 agosto 2000, n. 10834, in *G.C.Mass.*, 2000, 1800; Cass. Civ., 14 giugno 2000, n. 8143, in *M.G.L.*, 2000, 882 ss.; Cass. Civ., 29 maggio 1999, n. 5290, in *R.I.D.L.*, 2000, II, pag. 128; Cass. 18 febbraio 1994, n. 1560; Cass. Civ., 20 maggio 1991, n. 5634; Cass. Civ., 27 novembre 1982, n. 6437. Cass. Civ., Sez. Lav., 14 giugno 2000, n. 8143.

274 Una posizione intermedia assumono poi quelle pronunce che pur negando la contestualità della motivazione, ne ammettono l'obbligo in caso di richiesta del disabile, in base a quanto disposto dall'art. 2 l. n. 604 del 1966: v. ad es., Cass., 9 aprile 1998, n. 3689, in *Foro it.*, 1998, I, 2454, Cass., 12 giugno 2000, n. 7988. Cass. Civ., 12 giugno 2000, n. 7988, in *M.G.L.*, 2000, pag. 882; Cass. Civ., 18 febbraio 1994, n. 1560, in *L.G.*, 1994, 5, pag. 511; Cass. Civ., 20 maggio 1992, n. 5634, in *R.G.L.*, 1991, II, pag. 398.

10.4 Pubblico impiego

Il periodo di prova nel pubblico impiego è obbligatorio e viene regolamentato dal D.Lgs. n. 165 del 2001, che è una legge speciale in grado di derogare e rendere inapplicabile l'art. 2096 c.c.²⁷⁵.

In particolar modo mentre nell'impiego privato è pacifico ritenere che il patto di prova deve essere dotato di forma scritta *ad substantiam*, in assenza della quale la clausola sarà da ritenersi nulla ed il dipendente assunto definitivamente²⁷⁶; nelle pubbliche amministrazioni il periodo di prova opera *ex lege* e non per effetto di una pattuizione inserita nel contratto individuale dalle parti.

L'art. 17, comma 1[^], D.Lgs. n. 165 del 2001, dispone che *“i candidati dichiarati vincitori sono invitati, a mezzo assicurata convenzionale, ad assumere servizio in via provvisoria, sotto riserva di accertamento del possesso dei requisiti prescritti per la nomina e sono assunti in prova nel profilo professionale di qualifica o categoria per il quale risultano vincitori. La durata del periodo di prova è differenziata in ragione della complessità delle prestazioni professionali richieste e sarà definita in sede di contrattazione collettiva”*²⁷⁷.

Il periodo di prova è dunque stabilito direttamente dalla legge mentre la contrattazione collettiva è abilitata esclusivamente alla determinazione della sua durata, da indicare nel contratto individuale²⁷⁸, con sottrazione del rapporto di lavoro sorto alle dipendenze di una pubblica amministrazione dall'applicazione della disciplina sui licenziamenti individuali per i primi sei mesi²⁷⁹.

Ne consegue che l'assunzione definitiva del lavoratore sarà strettamente collegata all'esito positivo della prova e non si perfezionerà con la

275 Corte Cost. n. 199/03; n. 89/03; n. 309/97; n. 313/96.

276 *Ex plurimis* Cass. Civ., Sez. Un., 9 marzo 1983, n. 1756; Cass. Civ., Sez. Lav., 26 maggio 1995, n. 5811.

277 D. Lgs. 30 marzo 2001, n. 165, “*Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*”, pubblicato su Gazzetta Ufficiale del 9 maggio 2001, n. 106 - s.o. n. 112

278 BELLINI G., “*Periodo di prova nelle pubbliche amministrazioni*”, su Altalex quotidiano di informazione giuridica, 27 ottobre 2008.

279 Cass. Civ., 13 settembre 2006, n. 19558.

comunicazione della nomina, recante tutte le specificazioni negoziali²⁸⁰.

A titolo esemplificativo si può analizzare l'art. 20 C.C.N.L. 14/9/2000, relativo al comparto delle Regioni e delle Autonomie locali, rubricato "Patto di Prova":

"1. Il dipendente assunto in servizio a tempo indeterminato è soggetto ad un periodo di prova la cui durata è stabilita come segue:

- due mesi per le qualifiche fino alla quarta;*
- sei mesi per le restanti qualifiche.*

Possono essere esonerati dal periodo di prova i dipendenti che lo abbiano già superato nella medesima qualifica e profilo professionale presso altra amministrazione pubblica.

2. Ai fini del compimento del suddetto periodo di prova si tiene conto del solo servizio effettivamente prestato.

3. Il periodo di prova è sospeso in caso di assenza per malattia e negli altri casi espressamente previsti dalla legge o dai regolamenti vigenti ai sensi dell'art. 72 del decreto legislativo n. 29 del 1993. In caso di malattia il dipendente ha diritto alla conservazione del posto per un periodo massimo di sei mesi, decorso il quale il rapporto può essere risolto. In caso di infortunio sul lavoro o malattia derivate da causa di servizio si applica l'art. 22 del CCNL sottoscritto il 6 luglio 1995.

4. Le assenze riconosciute come causa di sospensione ai sensi del comma 3, sono soggette allo stesso trattamento economico previsto per i dipendenti non in prova.

5. Decorsa la metà del periodo di prova ciascuna delle parti può recedere dal rapporto in qualsiasi momento senza obbligo di preavviso né di indennità sostitutiva del preavviso, fatti salvi i casi di sospensione previsti dal comma 3. Il recesso opera dal momento della comunicazione alla controparte. Il recesso dell'amministrazione

²⁸⁰ Da ultimo Cass. Civ., Sez. Lav., 13 agosto 2008, n. 21586, nella quale si richiamano molteplici pronunce conformi della Corte Cost. ovvero la n. 313/1996; n. 309/1997; n. 89/2003; n. 199/03.

deve essere motivato.

6. Decorso il periodo di prova senza che il rapporto di lavoro sia stato risolto, il dipendente si intende confermato in servizio con il riconoscimento dell'anzianità dal giorno dell'assunzione a tutti gli effetti.

7. In caso di recesso, la retribuzione viene corrisposta fino all'ultimo giorno di effettivo servizio compresi i ratei della tredicesima mensilità ove maturati; spetta altresì al dipendente la retribuzione corrispondente alle giornate di ferie maturate e non godute.

8. Il periodo di prova non può essere rinnovato o prorogato alla scadenza.

9. Durante il periodo di prova, il dipendente ha diritto alla conservazione del posto, senza retribuzione, presso l'ente di provenienza e, in caso di recesso di una delle parti rientra, a domanda, nella precedente categoria e profilo. "La presente disposizione si applica anche al dipendente in prova proveniente da un ente di diverso comparto il cui CCNL preveda analoga disciplina".

Emerge dalla suesposta disposizione, in particolar modo dal punto 1 dell'art. 20, che la prova è normalmente applicata nel pubblico impiego ed è regolamentata dai contratti collettivi che, in tale settore, hanno validità *erga omnes*²⁸¹.

La stessa caratteristica dell'obbligo del periodo di prova è rinvenibile nel C.C.N.L. del comparto scuola del 29 novembre 2007²⁸².

*"Art. 45 – periodo di prova. 1. Il dipendente assunto in servizio a tempo indeterminato è soggetto ad un periodo di prova la cui durata è stabilita come segue: - 2 mesi per i profili delle aree A e A super;
- 4 mesi per i restanti profili.*

²⁸¹ Sia perché partecipa alla contrattazione l'ARAN ovvero un organo pubblico in rappresentanza dello Stato, sia perché la legge stessa sul pubblico impiego prevede l'obbligo per le pubbliche Amministrazioni di applicare i contratti collettivi vigenti.

²⁸² Valido per il quadriennio normativo 2006 – 2009.

In base a criteri predeterminati dall'Amministrazione, possono essere esonerati dal periodo di prova i dipendenti che lo abbiano già superato in un equivalente profilo professionale presso altra amministrazione pubblica. Sono esonerati dal periodo di prova i dipendenti appartenenti ai ruoli della medesima Amministrazione che siano stati inquadrati in aree superiori o in profili diversi della stessa area a seguito di processi di riqualificazione che ne abbiano verificato l'idoneità.

2. Ai fini del compimento del suddetto periodo di prova si tiene conto del servizio effettivamente prestato.

3. Il periodo di prova è sospeso in caso di assenza per malattia e negli altri casi espressamente previsti da leggi o regolamenti non disapplicati dalla previgente normativa contrattuale.

In caso di malattia il dipendente ha diritto alla conservazione del posto per un periodo massimo di sei mesi, decorso il quale il rapporto può essere risolto. In caso di infortunio sul lavoro o malattia derivante da causa di servizio si applica l'art. 20 del presente CCNL.

4. Le assenze riconosciute come causa di sospensione ai sensi del comma 3, sono soggette allo stesso trattamento economico previsto per i dipendenti non in prova.

5. Decorso la metà del periodo di prova ciascuna delle parti può recedere dal rapporto in qualsiasi momento senza obbligo di preavviso né di indennità sostitutiva del preavviso, fatti salvi i casi di sospensione previsti dal comma 3. Il recesso opera dal momento della comunicazione alla controparte. Il recesso dell'amministrazione deve essere motivato.

6. Decorso il periodo di prova senza che il rapporto di lavoro sia stato risolto, il dipendente si intende confermato in servizio con il riconoscimento dell'anzianità dal giorno dell'assunzione a tutti gli effetti.

7. In caso di recesso, la retribuzione è corrisposta fino all'ultimo

giorno di effettivo servizio compresi i ratei della tredicesima mensilità ove maturati; spetta altresì al dipendente la retribuzione corrispondente alle giornate di ferie maturate e non godute.

8. Il periodo di prova può essere rinnovato o prorogato alla scadenza.

9. Il dipendente proveniente dalla stessa o da altra Amministrazione del comparto, durante il periodo di prova, ha diritto alla conservazione del posto senza retribuzione, e in caso di mancato superamento della prova, o per recesso dello stesso dipendente rientra, a domanda, nella qualifica e profilo di provenienza.

10. Al dipendente già in servizio a tempo indeterminato presso un'Amministrazione del comparto, vincitore di concorso presso Amministrazione o ente di altro comparto, è concesso un periodo di aspettativa senza retribuzione e decorrenza dell'anzianità, per la durata del periodo di prova.

11. Durante il periodo di prova, l'interessato è utilizzato nelle attività relative al suo profilo professionale.

12. La conferma del contratto a tempo indeterminato per superamento del periodo di prova è di competenza del dirigente scolastico, come previsto dall'art. 14 del DPR 08.03.99, n.275”.

Sembrerebbe poi possibile per le Pubbliche Amministrazioni, “*esercitare la facoltà di reiterare il periodo di prova nell'ambito di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato, sorto a seguito di selezione pubblica, nell'ipotesi in cui il vincitore del concorso – il cui bando prevedeva un iniziale periodo di prova – abbia in precedenza superato, positivamente altro periodo di prova afferente ad un contratto di lavoro a tempo determinato intercorso con la medesima Pubblica Amministrazione e per identiche mansioni*”²⁸³.

Tale previsione è stata confermata da una recente sentenza della Corte di Cassazione²⁸⁴, chiamata a pronunciarsi sull'impugnazione del licenziamento nel corso del periodo di prova promosso da una dipendente

283 Tribunale Udine, 16 maggio 2003, n. 43, in L.G., 2004, pag. 795.

284 Cass. Civ., Sez. Lav., 2 ottobre 2008, n. 24409, in altalex.com.

del comparto sanità, assunta a tempo indeterminato, che in precedenza aveva lavorato nello stesso luogo con contratto a termine e con superamento della relativa prova.

Nella richiamata sentenza si dà atto della possibilità per la contrattazione collettiva di derogare alla legge, potendo prevedere la ripetizione del periodo di prova per il dipendente che abbia già operato presso lo stesso datore di lavoro, quando la prova risulti funzionale allo scopo - non realizzato in precedenza - di consentire alle parti di valutare la "reciproca convenienza" del nuovo rapporto di lavoro.

Così come accade nel settore dell'impiego privato, anche nel pubblico impiego la Suprema Corte ritiene ammissibile in linea di massima una nuova sperimentazione del lavoratore, a patto che non sia volta a violare norme inderogabili poste a tutela del prestatore.

Nessuna differenza si ha invece tra impiego privato e pubblico in merito al recesso: anche in quest'ultimo caso il recesso datoriale è discrezionale e non necessita di giustificazione²⁸⁵.

Ciò significa che la Pubblica Amministrazione è sempre titolare del potere di valutazione discrezionale in merito all'esito positivo o negativo della prova, nonostante la possibilità di verificare giudizialmente la coerenza delle ragioni del recesso rispetto alla finalità della prova, ovvero l'esperimento reciproco²⁸⁶.

Vi è stato inoltre un recente intervento del Consiglio di Stato che ha chiarito come, in materia di pubblico impiego, la risoluzione del rapporto lavorativo per mancato superamento del periodo di prova non deve obbligatoriamente essere preceduta dalla comunicazione di avvio di un apposito procedimento ex art. 7 e 8, Legge 241/90, volto a garantire il principio del contraddittorio²⁸⁷.

Il Consiglio di Stato ha ritenuto sul punto che, se la normativa di settore

285 Corte Cost., 22 dicembre 1980, n. 189.

286 Cass. Civ., Sez. Lav., 8 gennaio 2008, n. 143; Cass. Civ., Sez. Lav., 5 novembre 2007, n. 23061.

287 Legge 7 agosto 1990, n. 241 "Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi", modificata ed integrata dalla Legge 11 febbraio 2005 n. 15 (G.U. n. 42 del 21/2/05) e dal D.L. 14 marzo 2005, n. 35 convertito con modificazioni dalla Legge del 14 Maggio 2005, n. 80 (G.U. n. 111 del 14/5/05, S.O.)

prevede che il periodo di prova debba concludersi o con la conferma in ruolo o con la risoluzione del rapporto di lavoro, non c'è necessità che il dipendente debba essere avvisato anche dei possibili risultati del procedimento.

Nello specifico “nell'ambito del periodo di prova non è individuabile un procedimento autonomo di risoluzione del rapporto e la pretesa di introdurre una fase di contraddittorio, destinata a permettere al dipendente di far valere i propri interessi e le proprie ragioni, non è compatibile con la natura dell'istituto in quanto il giudizio sull'esito della prova deve essere emesso dall'organo competente, senza che possa concorrervi l'apporto del valutando”²⁸⁸.

²⁸⁸ Consiglio di Stato, Sez. IV, 27 ottobre 2005, n. 6053.

CAPITOLO III

LA DURATA DELLA PROVA ED IL RECESSO

11. La durata della prova, modalità e tempi di svolgimento di essa

11.1 Limite temporale massimo e minimo

Una volta stabilita la funzione che la clausola della prova svolge nel rapporto di lavoro subordinato, ovvero quella di consentire ad entrambe le parti di verificare il reciproco gradimento, è chiaro che essa deve avere il carattere della temporaneità²⁸⁹.

Sin dall'origine dell'istituto in esame, quando la prova era strumento di supremazia del datore di lavoro rispetto al dipendente, si era avvertita l'esigenza di riequilibrare la posizione delle parti evitando abusi.

Se da un lato si riconosceva, infatti, l'esigenza del datore di lavoro di saggiare la capacità del dipendente, dall'altro si doveva permettere al prestatore di raggiungere il suo obiettivo, ovvero l'assunzione definitiva e la stabilizzazione del rapporto di lavoro²⁹⁰.

Contemperamento di interessi realizzato concretamente attraverso la prescrizione della forma scritta della clausola della prova ma, soprattutto, attraverso la predeterminazione della sua durata entro limiti massimi, riducendo l'autonomia negoziale delle parti ed evitando intenti frodatori della legge.

Per combattere l'abuso dell'eccessiva lunghezza e talvolta dell'indeterminatezza della durata della prova, già l'art. 4 del R.D.L. n. 1825/24 sull'impiego privato, prevedeva espressamente una durata massima del periodo di prova pari a sei mesi per institori, procuratori, rappresentanti a stipendio fisso, direttori tecnici o amministrativi ed impiegati di grado e funzioni equivalenti; pari a 3 mesi per tutte le altre categorie di impiegati.

²⁸⁹ CASSI' V., *"Il rapporto di lavoro in prova"*, op. cit., pag. 35.

²⁹⁰ ZANGARI G., *"Il recesso dal rapporto di lavoro in prova. Studi sul contratto di lavoro con clausola di prova"*, op. cit., pag. 94.

L'obiettivo che si voleva realizzare era quello di introdurre un limite inderogabile all'autonomia privata, tale da evitare che una durata eccessiva della prova comportasse pregiudizio per l'impiegato.

Questa disposizione non è stata reinserita nell'art. 2096 c.c. che si limita, al secondo e terzo comma, a prevedere che *“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 però la prova è stabilita per un tempo minimo necessario, la facoltà di recesso non può esercitarsi prima della scadenza del termine”*.

Non vi è pertanto, nella disposizione in esame, alcun riferimento di natura temporale dal quale sia possibile desumere entro quali limiti le parti possano liberamente disporre in relazione alla clausola della prova, ma, allo stesso tempo - mancandone un'abrogazione espressa - la previsione dell'art. 4, R.D. n. 1825/24, deve ritenersi tuttora vigente²⁹¹.

Assunto confermato dalla giurisprudenza che, ogni qualvolta si è trovata ad affrontare ipotesi di prova di durata sproporzionata alla natura del rapporto o di clausole disponenti la ripetizione del periodo di prova, ha supportato le proprie pronunce sulla base del R.D.L. del 1924 e non dell'art. 2096 c.c.

Le disposizioni dell'art. 4 si integrano con la disciplina contenuta nell'art. 2096 c.c.: mentre la norma del Codice Civile lascia alle parti la possibilità di determinare la durata dell'eventuale periodo di prova, l'art. 4 riduce il potere dispositivo delle parti, che non può prevedere un tempo massimo superiore a quello segnato dalla legge per date categorie di impiego²⁹².

Un ulteriore importante intervento si è avuto con la Legge n. 604/66 sui licenziamenti individuali²⁹³ che, all'art. 10, fissa un limite indiretto ed implicito all'autonomia delle parti, sancendo *“Le norme della presente legge si applicano nei confronti dei prestatori di lavoro che rivestano la qualifica di*

291 Cass. Civ., Sez. Lav., 28 ottobre 1975, n. 3625; Cass. Civ., Sez. Lav., 20 dicembre 1985, n. 6575.

292 ZANGARI G., *“Il recesso dal rapporto di lavoro in prova. Studi sul contratto di lavoro con clausola di prova”*, op. cit., pag. 130.

293 DEL PUNTA R., *“Lavoro in prova”* (voce), Enciclop. Giur., Roma, 1990, XVIII, pag. 2.

*impiegato e di operaio, ai sensi dell'art. 2095 del codice civile e, per quelli assunti in prova, si applicano dal momento in cui l'assunzione diviene definitiva e, in ogni caso, quando sono decorsi sei mesi dall'inizio del rapporto di lavoro*²⁹⁴.

In altri termini la disposizione in esame esclude il lavoro in prova dal suo ambito applicativo – ovvero dalla necessaria giustificazione che deve supportare il licenziamento individuale del prestatore subordinato – fissando un limite temporale massimo di durata della stessa, pari a sei mesi dall'inizio del rapporto²⁹⁵.

Oltre il suddetto termine il lavoratore sarà considerato conseguentemente ed in via definitiva alle dipendenze del datore di lavoro, che dovrà rispettare le norme vigenti in materia di licenziamento individuale.

In dottrina sono stati attribuiti diversi significati al limite massimo fissato dall'art. 10, Legge n. 604/66²⁹⁶.

Secondo una prima opinione dovrebbero ritenersi nulle tutte le disposizioni contrattuali che prevedano una durata della prova superiore al limite massimo di sei mesi, con automatica riduzione dei termini più lunghi in quello semestrale²⁹⁷.

Una seconda tesi, privilegiando il regime di *favor* per il prestatore, ritiene invece che occupandosi la Legge n. 604/66 esclusivamente del licenziamento individuale, non quindi del recesso di entrambe le parti, il limite di sei mesi valga solo per il datore.

Laddove venga cioè concordato un periodo di prova superiore, questi potrebbe licenziare il dipendente superato il semestre solo per giusta causa o giustificato motivo; il lavoratore potrebbe invece recedere comunque senza preavviso anche oltre tale termine²⁹⁸.

294 Legge n. 606 del 15 luglio 1966, "Norme sui licenziamenti individuali", pubblicata su Gazzetta Ufficiale del 6 agosto 1966, n. 151.

295 CALABRO' E., voce Periodo di prova (dir. Priv.), Enciclopedia Diritto, Milano, 1983, Volume XXXIII, pag. 77.

296 La Corte Costituzionale con sentenza n. 204 del 28 luglio 1976, in R.G.L., 1976, II, pag. 691, ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale del menzionato articolo, nella parte in cui esclude l'applicazione della tutela contro il licenziamento ingiustificato dei lavoratori in prova, sulla base della peculiarità ontologica del rapporto in prova.

297 Si vedano MENGHINI 1998, GHERA 1996, ASSANTI C. 1993, NAPOLETANO D. 1966.

298 Si vedano VARESI 1995, PERA 1996, CARINCI, DE LUCA TAMAJO, TOSI, TREU, 1992.

In generale dalla esclusione dell'applicabilità della necessaria giustificazione del licenziamento al lavoro in prova, si è desunta la previsione di una durata massima di essa, riconducibile a sei mesi dalla data d'assunzione; allo stesso modo si è ritenuto tutt'ora vigente l'art. 4 R.D. n. 1825/24, nella misura in cui fissa il limite massimo della prova in sei e tre mesi a seconda delle mansioni svolte dagli impiegati²⁹⁹.

Delimitando espressamente l'estensione dell'esperimento si è introdotta una sorta di garanzia di irrevocabilità in favore del lavoratore, protetto così dall'intento egoistico del datore di lavoro di prolungare a suo libito la prova.

Le previsioni legislative sono state e tuttora sono coadiuvate dalla contrattazione collettiva che regola normalmente il termine massimo di durata dell'esperimento, con una differenziazione stabilita in relazione alla categoria ed al livello di inquadramento dei lavoratori³⁰⁰.

Nei contratti collettivi si fissa un periodo di tempo massimo per lo svolgimento della prova che varia in funzione del tipo di rapporto ed è proporzionale alla sua importanza e si prevede che, nell'arco di tempo della stessa, le parti possono indistintamente recedere senza obbligo di preavviso o di indennità.

Le fonti collettive non hanno mostrato interesse invece per la distinzione tra termine massimo e minimo della prova, ritenendo essenziale solo il primo.

La predeterminazione operata nei contratti collettivi di un termine di durata insuperabile della prova, infatti, avviene in funzione del convincimento che tale periodo è quello necessario, sulla base di una valutazione generale di dati già acquisiti per quella categoria e/o rapporto, al compiersi dell'esperimento del lavoratore³⁰¹.

Ovvero il lasso di tempo stabilito è quello giudicato congruo per consentire alle parti la reciproca sperimentazione in relazione al tipo di prestazione da svolgere, negando la necessità di un prolungamento del lavoro in prova

299 ZARATTINI P., PELUSI R., (a cura di), *Manuale Lavoro*, 2006, a cura di Novecento Media.

300 In linea di continuità con l'impostazione del R.D. del 1924 e la successiva legislazione corporativa che prevedevano una diversa durata della prova per impiegati ed operai in ragione della diversa difficoltà delle mansioni da questi svolte.

301 ZANGARI G., *Il recesso dal rapporto di lavoro in prova. Studi sul contratto di lavoro con clausola di prova*, op. cit., pag. 127.

oltre tale limite.

Superata la prova, in assenza di recesso di alcuna delle parti, l'assunzione diverrà definitiva ed il servizio prestato si computerà nell'anzianità di servizio del prestatore di lavoro, ai sensi dell'art. 2096 c.c., 4[^] comma.

Ciò non esclude che le parti possano, per stessa previsione dei contratti collettivi e ferme restando tutte le altre condizioni contrattuali, prolungare la durata dell'esperimento a condizione che ciò sia consensualmente stipulato per iscritto e comunque non oltre il limite di sei mesi³⁰².

L'invalidabile durata massima della prova non è però affiancata da una limitazione dell'autonomia contrattuale in merito all'eventuale fissazione di un termine minimo della stessa.

Il legislatore, infatti, da un lato ha previsto la possibilità di inserire un termine minimo della prova interdicensi il ricorso al recesso in questo arco di tempo; dall'altro ha lasciato all'autonomia delle parti la scelta di apporre o meno tale termine³⁰³.

L'unico obbligo gravante sulle parti è infatti quello di effettuare – per il lavoratore - e di consentire – per il datore - lo svolgimento della prova, ai sensi del comma 2[^], art. 2096 c.c., qualora le parti abbiano inserito tale elemento accessorio nel contratto di lavoro dalle stesse stipulato.

Se è vero infatti che nel corso della prova il rapporto di lavoro potrà essere interrotto in qualsiasi momento e senza obbligo di motivazione, è anche vero che la sperimentazione dovrà esserci effettivamente stata.

L'inadeguatezza dell'esperimento svolto rispetto alla durata complessiva della prova, infatti, determinerebbe l'illegittimità dell'eventuale recesso datoriale ed il diritto del lavoratore al risarcimento del danno da perdita di chance, derivante dall'inadempimento dell'obbligo di effettuare la prova³⁰⁴.

Ciò significa che datore e prestatore potranno liberamente decidere, *ex ante*, se prevedere nel contratto individuale con patto di prova, un periodo minimo da dedicare all'esperimento, nel corso del quale valutare

302 CGIL Milano, "Il patto di prova: cos'è e come funziona", su rivista "Appunti", n. 3 gennaio 2001.

303 ZANGARI G., "Il recesso dal rapporto di lavoro in prova. Studi sul contratto di lavoro con clausola di prova", op. Cit., pag. 147.

304 Tribunale di Milano, 1 febbraio 2008, in *D&L*, 2008, pag. 540.

concretamente la reciproca convenienza alla trasformazione del rapporto di lavoro tra loro intercorrente in definitivo.

Ad esempio potrebbero ritenere che, per la tipologia di attività e le mansioni da svolgere, vi sia un tempo al di sotto del quale non sarebbero in grado di esprimere un giudizio di gradimento.

Solo in questa ipotesi esse non potranno liberamente esercitare il loro diritto di recesso *ad nutum* senza obbligo di preavviso e indennità, ma dovranno attendere lo scadere del termine pattuito³⁰⁵.

Chiaramente il termine fissato contrattualmente dovrà essere sufficiente a garantire al datore di lavoro ed al prestatore di compiere concretamente l'esperimento.

Altrimenti si configurerà, non un illegittimo recesso, ma l'inadempimento dell'obbligo di consentire la prova, con diritto per il prestatore a svolgerla per tutto il residuo tempo minimo convenuto dalle parti, al momento della stipulazione del contratto di lavoro³⁰⁶.

305 Tribunale di Milano, 8 novembre 2007, in *L.G.*, 2008, pag. 427, che ritiene legittima anche la previsione di un obbligo risarcitorio in capo al lavoratore subordinato in caso di dimissioni anticipate rispetto alla durata minima della prova contrattualmente sancita.

306 Cass. Civ., Sez. Lav., 21 gennaio 1983, n. 233, in *R.I.D.L.*, 1985, II, pag. 315.

11.2 Computo del periodo di prova, sospensione e proroga.

Per quanto riguarda i criteri di computo del periodo di prova, una prima distinzione viene compiuta a seconda che la durata di essa sia contrattualmente stabilita in giorni o mesi.

Qualora l'indicazione contenuta nei contratti collettivi o nei contratti individuali di lavoro sia espressa in giorni, dovranno essere considerati solo quelli di lavoro effettivamente prestati, ad esclusione dei periodi in cui operi la sospensione prevista per legge³⁰⁷ o dalla contrattazione collettiva nazionale di lavoro, comprendendo invece i giorni di riposo settimanale e le festività.

La Suprema Corte ha in tal senso pacificamente rilevato che anche la malattia, seppur prolungata, rientra tra quegli eventi che comportano il prolungamento del periodo di esperimento *“non sussistendo ragioni idonee a giustificare una contraria conclusione e, al contrario, dovendosi rilevare che durante il periodo di prova il periodo di malattia il lavoratore non ha la possibilità di dimostrare le sue capacità, né il datore di lavoro quella di accertarle”*³⁰⁸.

Anche i contratti collettivi, cui spetta il compito di indicare le modalità esatte della prova, si riferiscono al concetto di “effettiva attività svolta”, da cui si desume un conteggio dei giorni nei quali il dipendente si è effettivamente recato al lavoro, rafforzando l'esclusione dal computo del periodo di esperimento di malattie, infortuni, ferie e così via.

Al verificarsi di tali eventi prevedibili e previsti dall'articolazione del normale svolgimento del lavoro, si avrà quindi la sospensione della prova fissata in giorni, che successivamente riprenderà a decorrere regolarmente³⁰⁹.

Qualora la durata della prova sia invece espressa in mesi, ovvero nel cosiddetto tempo di calendario, senza ulteriori specificazioni, il problema da

³⁰⁷ Si veda ad esempio la Legge n. 816/1985, art. 2, comma 2[^], secondo cui il periodo di prova può essere sospeso nel caso di aspettativa per la copertura di cariche pubbliche, tornando a decorrere con la ripresa del servizio.

³⁰⁸ Cass. Civ., Sez. Lav., 18 novembre 1995, n. 11934.

³⁰⁹ Cass. Civ., Sez. Lav., 10 ottobre 2006, n. 21698.

affrontare è stato quello di stabilire se nel computo debbano considerarsi anche le giornate di carenza della prestazione lavorativa e, in caso affermativo, se per tutte le cause di assenza o solo per alcune il periodo di prova non decorre o rimane sospeso.

La giurisprudenza si è resa portatrice di due diversi orientamenti: secondo il primo di essi, in assenza di specifica previsione, il calcolo del periodo di prova dovrà avvenire sulla base dei giorni di calendario, senza considerare le giornate in cui vi sia stata sospensione della prestazione lavorativa³¹⁰.

Il secondo orientamento ritiene invece che la durata della prova si determini in base all'effettiva attività svolta, senza sospensione del periodo fissato per l'esperimento qualora la mancata prestazione lavorativa sia riconducibile al normale svolgimento del rapporto, come nel caso di ferie, riposi settimanali e festività.

Si avrà invece sospensione della prova nei giorni in cui *“la prestazione non si è verificata per eventi non prevedibili al momento della stipulazione del patto stesso, quali la malattia, l'infortunio, la gravidanza e puerperio, i permessi, lo sciopero, la sospensione dell'attività del datore di lavoro e, in particolare, il godimento delle ferie annuali”*³¹¹.

La tesi che sembra prevalere, ad analizzare le più recenti pronunce della Suprema Corte, è quella meno rigida che consente di computare il periodo di prova basandosi semplicemente sui mesi di calendario senza andare a conteggiare le giornate di lavoro effettivamente prestate dal dipendente. Anche se in realtà non vi è un concorde riscontro in dottrina laddove, invece, si tende a privilegiare il criterio della effettività della prestazione anche nell'ipotesi in cui detto criterio non consentirebbe di sterilizzare i periodi fisiologici di sospensione³¹².

310 Cass. Civ., Sez. Lav., 24 dicembre 1999, n. 14538, in *Foro It. Rep.*, Lavoro (rapporto), n. 1302; Cass. Civ., Sez. Lav., 18 luglio 1999, n. 7087; Cass. Civ., Sez. Lav., 12 settembre 1991 n. 9536; Cass. Civ., Sez. Lav., 25 luglio 1987, n. 6479, in *O.G.L.*, 1988, pag. 73.

311 Cass. Civ., Sez. Lav., 18 luglio 1998, n. 7087, in *Foro It. Rep.*, 1998, Lavoro (rapporto), n. 1165; Cass. Civ., Sez. Lav., 24 ottobre 1996, n. 9304; Cass. Civ., Sez. Lav., 1 dicembre 1992, n. 12814, in *M.G.L.*, 1992, pag. 588.

312 MONTUSCHI L. - LASSANDRO D., *“La costituzione del rapporto di lavoro e il collocamento”*, op. cit., pag. 392 e ss; VARESI P. A. - ROCCELLA M., *“Il patto di prova nel rapporto di lavoro”*, op. cit., pag. 26.

Sarà quindi possibile, attraverso la specifica previsione dei C.C.N.L. di categoria e dei contratti individuali di lavoro, stabilire quali criteri utilizzare per il computo del periodo destinato alla prova, nei limiti della durata massima per lo stesso prevista.

Abbiamo visto, infatti, che legge e fonti collettive hanno fissato un tempo massimo nel corso del quale consentire alle parti di effettuare il reciproco esperimento ed abbiamo altresì dato conto della possibilità per le parti di prorogare la durata della prova.

Si è avuta in tal senso un'evoluzione delle pronunce giurisprudenziali che, originariamente presupponendo la situazione di sofferenza del lavoratore causata dalla sua precarietà nel corso della prova, affermavano *“La durata del periodo di prova, stabilita dal contratto collettivo, non può essere prorogata neppure su richiesta dello stesso lavoratore, dovendosi considerare la norma ad esso relativa come inderogabile e cogente³¹³”*.

A questa iniziale rigidità seguì nei decenni successivi una prima apertura della Corte di Cassazione secondo cui *“Le norme collettive che prevedono un prolungamento del periodo di prova originariamente pattuito in tanto sono legittime in quanto lo consentano solo al termine del primo periodo, con riferimento ad un momento in cui si è constatata l'insufficienza di questo e viene offerta al lavoratore un'ulteriore possibilità di definitiva assunzione, con la conseguenza che è arbitrario un prolungamento disposto prima di detto momento, quando ancora la prova non ha esaurito la sua funzione ed ancora non è noto se, alla scadenza del tempo per essa fissato, l'esperimento risulterà definitivo³¹⁴”*.

Si prevede quindi la facoltà di prorogare la durata della prova ma solo dopo lo scadere del termine per essa originariamente previsto e qualora l'esperimento non fosse risultato sufficiente a compiere una valutazione di convenienza reciproca.

Il passo successivo, che portò all'orientamento attualmente vigente, fu quello di autorizzare l'anticipazione della proroga della prova *ex ante*, già al

313 Corte di Appello di Genova, 21 gennaio 1964, in *R.G.L.* 1964, II, pag. 177.

314 Cass. Civ., Sez. Lav., 17 dicembre 1982, n. 6991, in *G.C.M.*, 1982, 2374.

momento della formazione della volontà delle parti attraverso la stipulazione del contratto di lavoro.

La dottrina si espresse favorevolmente ritenendo legittime le clausole individuali di proroga inserite nel contratto di lavoro, a condizione che la proroga fosse stabilita tra le parti *ab origine* e che il periodo di prova, globalmente computato, non superasse il limite di durata previsto dal contratto collettivo³¹⁵.

La giurisprudenza di legittimità si spinse oltre sancendo che, in caso di conflitto tra contratto individuale e contratto collettivo, la maggior durata del periodo di prova previsto dalla prima delle menzionate fonti, non costituirà un trattamento necessariamente sfavorevole nei confronti del lavoratore, lasciando al giudice di merito il compito di valutare, di caso in caso, con riferimento all'assetto concreto dei singoli rapporti³¹⁶.

La Suprema Corte ha specificato inoltre che sarà legittima la clausola contrattuale con cui venga prevista una durata della prova superiore a quella ritenuta congrua dai C.C.N.L. di categoria per la normalità dei casi – fermo restando il limite legale di sei mesi di cui all'art. 10 Legge n. 604/66 - *“se il prolungamento sia giustificato dalla particolare complessità delle mansioni affidate al lavoratore”*³¹⁷.

Per evitare che una siffatta pattuizione possa essere usata con finalità elusive ed in frode alla legge, se ne autorizza la stipula ma, allo stesso tempo, se ne riduce l'ambito operativo ai soli casi in cui vi siano comprovate esigenze connesse al singolo rapporto di lavoro.

Facendo tra l'altro ricadere sul datore di lavoro l'onere di provare le ragioni della indispensabilità del maggior tempo di sperimentazione per consentire il formarsi del giudizio di gradimento, atteso che la maggior durata della prova gli attribuirà una più ampia facoltà di licenziamento per mancato superamento della prova.

315 CASSI' V., *“Il rapporto di lavoro in prova”*, op. cit., pag. 59; ASSANTI C., *“Il contratto di lavoro a prova”*, op. cit., pag. 58.

316 Cass. Civ., 19 giugno 2000, n. 8295, in *G.C.M.*, 2000, pag. 1333; Cass. Civ., 4 aprile 1986, n. 2349.

317 Cass. Civ., Sez. Lav., 19 giugno 2000, n. 8295, in *Foro It. Rep.*, 2000, Lavoro (rapporto), n. 1219.

In mancanza di cause giustificative del prolungamento del lavoro in prova, dunque, le clausole del contratto di lavoro individuale confliggenti con quelle del contratto collettivo saranno nulle ai sensi dell'art. 2077 c.c., 2^a comma, non potendo la fonte individuale derogare *in peius* quella collettiva³¹⁸.

318 Sancisce la citata norma che “*Le clausole difformi dei contratti individuali preesistenti o successivi al contratto collettivo, sono sostituite di diritto da quelle del contratto collettivo, salvo che contengano speciali condizioni più favorevoli ai prestatori di lavoro*”.

12. La reiterazione del patto, ripetizione della prova.

Tra le cause di nullità del patto di prova, oltre alla non contestualità della stipulazione della relativa clausola rispetto al contratto, alla mancata sottoscrizione delle parti, all'assenza di forma scritta *ad substantiam*, vi è la reiterazione dell'esperimento che si sia già positivamente concluso.

Nel silenzio dell'art. 2096 c.c., vi sono dubbi in merito alla possibilità di reiterazione della prova, ovvero di apporre la clausola in parola in contratti successivi che riguardino le stesse mansioni, svolte in precedenti rapporti tra le stesse parti o con altri datori di lavoro.

Sin dalla prima pronuncia sul tema, la Corte di Cassazione ha ritenuto ammissibile la previsione del periodo di prova nel secondo contratto di lavoro intercorso tra le stesse parti, purché risponda al fine di consentire alle stesse la reciproca valutazione sulla convenienza dell'instaurazione definitiva del rapporto di lavoro subordinato e non risulti diretta ad eludere norme imperative³¹⁹.

Una nuova prova sarebbe giustificata da una modifica della situazione preesistente, inerente all'attività da svolgersi (quale un'innovazione tecnologica) o a condizioni soggettive in cui si trova il lavoratore (che sia reduce da un periodo di malattia invalidante o da tossicodipendenza), che mettano in dubbio la sua permanente capacità professionale³²⁰.

Per tale ragione è stata ritenuta illegittima l'apposizione della nominata clausola al contratto di lavoro qualora il lavoratore venga assunto presso la stessa impresa ove abbia già prestato la propria attività, con contratto di lavoro temporaneo o a tempo indeterminato, quando le mansioni siano sostanzialmente le stesse³²¹.

A meno che il contratto successivo non venga stipulato a molti mesi di distanza dal primo, in questo caso, infatti, non verrebbe frustrata la causa

319 Cass. Civ., 24 luglio 1990, n. 7493, in *M.G.L.*, 1991, pag. 44; analogamente Cass. Civ., 29 luglio 2005, n. 15960; Cass. Civ., 7 dicembre 1998, n. 12379, in *N.G.L.*, 1999, pag. 36; Cass. Civ., 24 luglio 1990, n. 7493, in *M.G.L.*, 1991, pag. 44.

320 IZAR A. V., "Il patto di prova nel lavoro subordinato", cit., pag. 3.

321 Cass. Civ., 5 maggio 2004, n. 8579; Cass. Civ., 11 marzo 2004, n. 5016, in *D.P.L.*, 2004, pag. 2158; Cass. Civ., 5 febbraio 2004, in *D.P.L.*, 2004, pag. 2581.

della prova permanendo la necessità datoriale di verificare il perdurare delle qualità professionali e comportamentali del lavoratore, al momento della stipula del nuovo contratto³²².

I giudici di legittimità hanno altresì ritenuto la reiterazione del periodo di prova valida ed efficace qualora il rapporto di lavoro precedente si sia concluso con esito negativo dell'esperimento, ritenendo che, in questo caso, si tuteli l'interesse del lavoratore fornendogli una seconda possibilità di ottenere un'occupazione stabile³²³.

Come chiarito e ribadito in una recente pronuncia³²⁴, indipendentemente dalla natura del rapporto e dalla titolarità di esso, la validità del patto di prova deve essere esclusa laddove il datore abbia già valutato o potuto valutare i due elementi che formano oggetto della sperimentazione, ovvero l'attitudine professionale del prestatore allo svolgimento delle mansioni (idoneità tecnica) e la sua idoneità personale ad inserirsi ed operare nello specifico contesto aziendale³²⁵.

Sarà quindi viziato da mancanza di causa il patto di prova previsto quando il lavoratore abbia già in precedenza svolto la medesima attività, in forza di un suo distacco operato dal precedente datore presso l'azienda di quello poi divenuto parte del nuovo rapporto di lavoro³²⁶, non essendo ravvisabile la necessità di verificare qualità professionali e personali del dipendente, già accertate dal datore³²⁷.

Così come sarà invalida l'apposizione della prova qualora, a parità di mansioni, tra il primo ed il secondo rapporto di lavoro sia mutato soltanto il titolo giuridico³²⁸. E' il caso, ad esempio, di successione tra le stesse parti di

322 Cass. Civ., 18 febbraio 1995, n. 1741, in *M.G.L.*, 1995, pag. 187; Cass. Civ., 18 febbraio 1995, n. 1741, in *M.G.L.*, 1995, pag. 187.

323 Cass. Civ., n. 7493/90; Cass. Civ., n. 1741/95, ha ritenuto legittima la ripetizione anche nel caso in cui la sperimentazione nel precedente rapporto sia stata soddisfacente e si sia conclusa con esito positivo.

324 Cass. Civ., Sez. Lav., 2 dicembre 2004, n. 14580.

325 FEDERICI A., "Successione di rapporti e reiterazione della prova", in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale* 2005, 2, pag. 257.

326 CIAN G.-TRABUCCHI A., (a cura di), "Commentario breve al codice civile", op. cit., pag. 2224.

327 Cass. Civ., n. 15960/05; Cass. Civ., n. 12379/98.

328 Cass. Civ., 17 novembre 2008, n. 27330, in *L.G.*, 2009, pag. 367; Tribunale Treviso, 17 novembre 2004, nella specie si trattava di contratto di lavoro subordinato preceduto da contratti di lavoro interinale.

un rapporto di lavoro autonomo (parasubordinazione) ed un rapporto di lavoro subordinato³²⁹.

La medesima regola è valsa per il lavoro temporaneo o interinale, nel quale l'esperimento di fatto della prova è dato dalla proficua collaborazione nel periodo di utilizzazione³³⁰, salvo che, in virtù della specificità della tipologia di lavoro, la sperimentazione sia stata solo parzialmente coperta dall'esperienza precedente.

In questa ipotesi la liceità della clausola rimarrà per quella parte dell'esperimento riguardante elementi del rapporto sperimentabili solo con la dipendenza diretta³³¹; mentre nel caso in cui tra il lavoro interinale e la successiva assunzione subordinata non vi sia stata soluzione di continuità ed il lavoratore abbia mantenuto le stesse mansioni, la reiterazione della prova sarà inefficace³³².

Non sono mancate pronunce secondo cui la pregressa esperienza del lavoratore, maturata nelle stesse mansioni ed in un precedente rapporto di lavoro, non impedisce al datore di lavoro di apporre un patto di prova al successivo contratto³³³. E' necessario però che sia passato, tra la conclusione dei due contratti, un ampio periodo di tempo, altrimenti esse avranno già sperimentato la reciproca convenienza e la clausola sarà illegittima³³⁴.

E' stata prevista anche la possibilità tra le parti stesse di concordare la nuova prova, purché serva per compiere l'esperimento non realizzato prima³³⁵.

Vi è dunque una giurisprudenza che non ritiene illegittima a priori la reiterazione della prova, pur gravando il datore di lavoro dell'onere di provarne le ragioni giustificatrici ed escludendola nei casi in cui il datore

329 Tribunale Milano, 3 aprile 2001, in *L.G.*, 2001, pag. 1099.

330 Tribunale Busto Arsizio, 22 gennaio 2002, in *R.C.D.L.*, 2002, pag. 345.

331 Tribunale Milano, 11 maggio 2001, in *L.G.*, 2002, pag. 208.

332 Tribunale Treviso, 17 novembre 2004, in *L.G.*, 2005, pag. 681; Tribunale Milano, 11 maggio 2001, in *L.G.*, 2002, pag. 288; Tribunale Milano, 18 agosto 2001, in *D&L*, 2001, pag. 941.

333 Tribunale Velletri, 2 novembre 2005, in *G.L.*, 2006, 1, pag. 38.

334 Tribunale Milano, 11 luglio 2006, in *L.G.*, 2007, pag. 530.

335 Tribunale Roma, 28 aprile 2005.

abbia già potuto sperimentare *aliunde* il gradimento del rapporto³³⁶.

In dottrina si è invece osservato come spesso, in tema di apponibilità della clausola in contratti successivi, intervenga la contrattazione collettiva, prevedendo o una riduzione del periodo di prova per lavoratori che abbiano già prestato la propria opera per almeno due anni svolgendo mansioni identiche a quelle da svolgersi in seguito alla nuova assunzione in altre aziende; o un esonero della prova per lavoratori che abbiano svolto dette mansioni presso la stessa azienda in un periodo precedente la nuova assunzione³³⁷.

In generale, l'orientamento dottrinale prevalente, è quello che ritiene assorbente la volontà delle parti rispetto alla necessità di riequilibrare le tutele, proteggendo la parte ritenuta più debole del rapporto di lavoro subordinato, ovvero il lavoratore³³⁸.

La reiterazione della prova, qualora sia bilateralmente concordata, sarà quindi sempre valida ed efficace, con l'unico limite esterno della clausola apposta con l'intento di eludere le norme inderogabili poste a tutela del lavoratore.

Nelle ipotesi di illecita reiterazione della clausola della prova si è ritenuto, sul piano probatorio, che l'esistenza di un precedente rapporto lavorativo tra le parti consenta di presumere che l'esperimento della prova sia di fatto già avvenuto, formando oggetto di una presunzione *iuris tantum*.

Disposizione sicuramente favorevole al lavoratore che potrà dimostrare, in caso di licenziamento illegittimo, l'effettuazione antecedente di un periodo di prova, conclusosi con esito favorevole, anche per presunzioni³³⁹.

336 FEDERICI A., "Successione di rapporti e reiterazione della prova", in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, op. cit.

337 Ad esempio nel CCNL metalmeccanici, valorizzando le pregresse esperienze lavorative, si prevede una prova ridotta per i lavoratori che abbiano prestato almeno per un biennio la stessa attività per cui sono stati assunti presso un'altra azienda.

338 VALLEBONA A., "Istituzioni di diritto del lavoro", Volume II, "Il Rapporto di lavoro", op. Cit.

339 Cass. Civ., 7 dicembre 1998, n. 12379.

13. Libera recedibilità e rapporto con la Legge 604 del 1966 sul licenziamento individuale.

13.1 Regolamentazione del recesso nel lavoro in prova dall'impiego privato alla legislazione sul licenziamento individuale.

Causa tipica di estinzione del rapporto di lavoro in prova è l'esercizio del diritto di recesso previsto dall'art. 2096 c.c., comma 3[^].

Scaduto il termine contrattualmente destinato alla prova, infatti, le parti avranno la possibilità di continuare la prestazione, manifestando così, per fatti concludenti, la volontà di costituire un rapporto di lavoro definitivo³⁴⁰.

Oppure potranno avvalersi, anche prima dello scadere del detto termine, della libertà di recesso che veniva e viene tuttora riconosciuta in capo ad entrambe.

Già nell'art. 4, R.D.L. n. 1825/24, comma 4[^], vi era la previsione in virtù della quale *“Durante il periodo di prova la risoluzione del contratto di impiego ha luogo in qualunque tempo senza preavviso o indennità”*.

L'istituto in esame è nato, cioè, come riserva di libero recesso esercitabile dalle parti³⁴¹ e si è inserito in un sistema nel quale non si era sviluppata alcuna legislazione protettiva in favore del prestatore, volta a garantire la stabilizzazione dell'occupazione ed alcuna sensibilità riguardo al lavoratore essere umano e non fattore della produzione³⁴².

La dottrina maggioritaria riteneva che questa facilità nel recedere fosse giustificata dalla creazione, nel corso del lavoro in prova, di un mero rapporto di aspettativa e di un vincolo preparatorio avente ad oggetto l'effettiva esecuzione, da parte del lavoratore, della prestazione promessa, al fine di consentire alla controparte di accertarne il valore e di valutarne le

340 ASSANTI C., *“Il contratto di lavoro a prova”*, op. cit., pag. 94.

341 Tale definizione è stata elaborata dalla dottrina lavoristica, mentre quella civilistica ha ricondotto la prova ad un sottotipo del recesso *ad nutum*, privo di tutela cronologica e ad effetto interruttivo immediato.

342 Connotazione personalistica del lavoro che ha prepotentemente fatto il suo ingresso nel nostro sistema giuslavoristico con l'entrata in vigore della Costituzione Repubblicana, che ha fissato alcuni principi fondamentali quali quello della sufficienza della retribuzione; del diritto – dovere al lavoro dei cittadini; del diritto di sciopero, ecc.

qualità professionali e personali³⁴³.

Per questo si parlava correttamente di “riserva di recesso libero”, ovvero di un ampio ed illimitato potere di interrompere un rapporto non ancora caratterizzato dal sinallagma prestazione di lavoro - retribuzione³⁴⁴.

Un intervento riequilibratore si ebbe con l'entrata in vigore del Codice Civile del 1942 e con le previsioni contenute nell'art. 2096 c.c., comma 2[^], e 3[^], che recitano:

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

Nel corso dell'esperimento le parti si vedono riconosciuta la possibilità di esercitare un recesso *ad nutum* ex art. 2218 c.c.³⁴⁵, seppur senza obbligo di preavviso, ma con un duplice ordine di limitazioni.

Un limite esterno, consistente nell'obbligo reciproco di fare e consentire l'esperimento (art. 2096, comma 2[^]); ed un limite interno concretizzato nell'ulteriore regola secondo cui, se la prova è stabilita per un tempo minimo necessario, la facoltà di recesso non potrà esercitarsi prima della scadenza di esso (comma 3[^])³⁴⁶.

Le parti potranno cioè scegliere di ricorrere alla clausola della prova e di non vincolarsi definitivamente ad un rapporto che potrebbe essere sgradito e/o improduttivo e/o non rispondente agli interessi aziendali, rinviando allo scadere di essa l'applicazione del regime di recedibilità proprio del rapporto di lavoro definitivo.

343 RIVA SANSEVERINO, “Commentario del codice civile art. 2096”, op. cit., pag. 245.

344 BARASSI L., “Il diritto del lavoro”, Milano, 1949, volume II.

345 Non è mancata giurisprudenza che ha escluso la recedibilità ad nutum del datore di lavoro, il quale dovrebbe sempre indicare una congrua motivazione del licenziamento anche se con minor rigidità rispetto alla giusta causa o al giustificato motivo. *Ex plurimis* Cass. Civ., 18 maggio 1989, n. 255.

346 ZANGARI G., “Il recesso dal rapporto di lavoro in prova. Studi sul contratto di lavoro con clausola di prova”, op. cit., pag. 98.

Chiaramente vi saranno delle prospettive diverse: l'interesse alla prova del datore di lavoro atterrà strettamente ad un'utilità economica aziendale; quello del lavoratore all'effettivo espletamento dell'esperimento, sarà strumentale all'assunzione, ovvero alla trasformazione del rapporto da sperimentale in definitivo³⁴⁷.

In tale ottica di contrapposizione degli interessi delle parti contrattuali, l'obbligo introdotto al comma 2^a dell'art. 2096 c.c., è quindi teso a garantire l'effettuazione di una prova reale, perdurante per tutta la durata dell'esperimento qualora le parti ne abbiano fissato una minima o, in caso contrario, per il tempo necessario al formarsi di un giudizio rispettivamente sulle capacità del dipendente e sulle condizioni di lavoro³⁴⁸.

Il datore avrà la facoltà di "studiare" il dipendente e di assumerlo definitivamente qualora lo ritenga valido personalmente e professionalmente; il prestatore potrà a sua volta valutare l'ambiente di lavoro e la congruità delle condizioni lui offerte, rispetto alla qualità e quantità del lavoro richiesto.

Adempiuto l'obbligo bilaterale di fare e consentire l'esperimento, la disciplina codicistica riconosce al datore di lavoro il potere di recedere senza dover invocare una giusta causa o un giustificato motivo³⁴⁹, con l'unico limite dell'eventuale fissazione di un periodo minimo di prova, salvo il verificarsi di un evento che integri un licenziamento per giusta causa del lavoratore³⁵⁰.

Le dimissioni del prestatore, invece, resteranno regolate dall'art. 2118 c.c. in quanto egli potrà uscire dal rapporto lavorativo in ogni momento e liberamente, secondo una valutazione soggettiva ed insindacabile, senza dover fondare la propria scelta su un fatto giustificativo tipizzato rigidamente, come ad esempio l'inadempimento datoriale.

347 RIVA SANSEVERINO, "Commentario del codice civile art. 2096", op. cit., pag. 243, secondo cui il lavoratore ha interesse alla prova ai fini di un'assunzione a titolo definitivo, che per lui rappresenta la garanzia di un'occupazione a tempo indeterminato.

348 Nella più volte menzionata Relazione del Guardiasigilli si chiarisce "Dato che le parti hanno convenuto di procedere all'esperimento, è giusto che siano tenute ad attuarlo, sotto pena...di dover rispondere dei danni" ed ancora "E' salvo il diritto di recesso nel corso del periodo ove questo non sia soggetto ad un minimo di durata necessaria". L'obbligo dell'esperimento deve cioè essere rispettato sotto pena di obbligazione risarcitoria.

349 IZAR A. V., "Il patto di prova nel lavoro subordinato", cit., pag. 2.

350 Art. 10 della Legge n. 604/1966.

Questa maggior libertà è giustificata dalla tendenza stessa del nostro ordinamento giuslavoristico, finalizzato a tutelare la parte ritenuta più debole e disinteressato all'adozione di cautele da porre in favore di un soggetto – datore di lavoro – già dotato di un forte potere contrattuale.

Mentre la Legge sull'impiego privato del 1924 ricalcava quindi gli usi di fabbrica senza prevedere alcun limite all'esercizio del potere di recesso datoriale, il Codice Civile del 1942, per evitare abusi nell'uso della prova, sancisce l'obbligo di consentire un'effettivo svolgimento dell'esperimento, evitando in tal modo licenziamenti arbitrari.

Ciò non significa che l'art. 2096 c.c. abbia introdotto un diritto soggettivo del prestatore ad essere assunto definitivamente in caso di esito positivo dello stesso, ma può parlarsi senza dubbio di un diritto soggettivo al compimento della prova, da cui deriva la limitazione temporale nell'esercizio della facoltà della controparte di uscire liberamente dal rapporto³⁵¹

La libertà di recesso dell'imprenditore dovrà cioè essere ridimensionata dalla soddisfazione dell'obbligo di consentirne il compimento della prova in modo serio e dalla eventuale previsione, ad opera delle parti, di un tempo minimo³⁵².

La scelta di tutelare la parte contrattualmente più debole attraverso la restrizione del potere di recesso datoriale, è stata seguita anche dalla Legge n. 604/66 sui licenziamenti individuali, che dispone l'esclusione del lavoro in prova dal suo ambito applicativo.

Nel corso dello svolgimento dell'esperimento, infatti, la legislazione speciale in esame non prevede la necessità di fondare il licenziamento su una giusta causa o un giustificato motivo oggettivo o soggettivo³⁵³.

Allo stesso tempo, però, pone un limite temporale massimo di durata della facoltà di libero recesso pari a sei mesi dall'inizio del rapporto, allo scadere dei quali tornerà ad applicarsi la normativa vigente, ovvero la necessaria

351 ZANGARI G., *“Il recesso dal rapporto di lavoro in prova. Studi sul contratto di lavoro con clausola di prova”*, op. cit., pag. 89.

352 La Corte Costituzionale, con sentenza n. 541 del 2000, ha tra l'altro chiarito che il recesso dal rapporto di lavoro in prova non è soggetto alla prescrizione necessaria della forma scritta, che opera in generale per il recesso del datore.

353 DEL GIUDICE F., MARIANI F., IZZO F., (a cura di), *“Diritto del lavoro”*, op. cit. pag. 122.

giustificazione del licenziamento individuale.

Le disposizioni in parola sono contenute nell'art. 10 della Legge n. 604/66 che sancisce *“Le norme della presente legge si applicano nei confronti dei prestatori di lavoro che rivestano la qualifica di impiegato e di operaio, ai sensi dell'art. 2095 del codice civile e, per quelli assunti in prova, si applicano dal momento in cui l'assunzione diviene definitiva e, in ogni caso, quando sono decorsi sei mesi dall'inizio del rapporto di lavoro”*.

La *ratio* rinvenibile nell'art. 2096 c.c. è dunque che l'esperimento oggetto della clausola della prova si compia per intero e seriamente, onde far sì che dalla conversione del rapporto in prova esca un rapporto destinato a svolgersi durevolmente ed operosamente tra le parti.

In caso di effettivo esercizio del potere di licenziamento o del diritto a presentare le proprie dimissioni la disciplina applicabile non differirà da quella prevista nel rapporto definitivo, come confermato dalla Corte Costituzionale³⁵⁴.

In ogni caso di recesso al termine o durante la prova, spetteranno al lavoratore il trattamento di fine rapporto e le ferie retribuite o la relativa indennità sostitutiva; qualora sia il lavoratore a dimettersi egli avrà diritto alla corresponsione dell'indennità sostitutiva di preavviso³⁵⁵.

Qualora invece, compiuto il periodo di prova, nessuna delle parti receda, vi sarà una trasformazione automatica del lavoro in prova in contratto a tempo indeterminato, senza che sia necessaria alcuna formalità circa l'avvenuta conferma. Lo stesso effetto si produrrà nel caso in cui si sia lavorato anche un solo giorno in più oltre il termine pattuito per la prova.

Non vi sarà cioè il bisogno di una successiva determinazione negoziale tra le parti, ma la conferma del lavoratore al termine della prova come effetto automatico del mancato recesso³⁵⁶.

Il rapporto di lavoro diventerà pertanto definitivo e, come precisato dall'ultimo comma dell'art. 2096 c.c., il servizio prestato si computerà

354 Corte Cost., 16 dicembre 1980, n. 189, in Gazzetta Ufficiale n. 357, 31 dicembre 1980.

355 CGIL Milano, *“Il patto di prova: cos'è e come funziona”*, su rivista *“Appunti”*, n. 3 gennaio 2001.

356 ZANGARI G., *“Il recesso dal rapporto di lavoro in prova. Studi sul contratto di lavoro con clausola di prova”*, op. cit., pag. 254.

nell'anzianità di servizio del lavoratore subordinato³⁵⁷.

Si avrà in questo modo la retrodatazione di alcuni effetti della fattispecie negoziale del lavoro subordinato, quale la maturazione dell'anzianità di servizio, fenomeno definito dalla dottrina come “retroattività obbligatoria” imputabile alla conversione del rapporto da provvisorio in definitivo.

357 DEL GIUDICE F., MARIANI F., IZZO F., (a cura di), *“Diritto del lavoro”*, op. cit. pag. 122.

13.2 Prova come “clausola di libera recedibilità”: tempo del recesso e limiti all'arbitrio datoriale a seguito dell'intervento della Corte Costituzionale.

Sulla base delle considerazioni precedentemente svolte emerge un quadro secondo cui, ai sensi del disposto dell'art. 2096 c.c., comma 3[^], le parti di un rapporto di lavoro subordinato in prova hanno la possibilità di recedere senza obbligo di preavviso o indennità, ovvero di avvalersi di una clausola di “libera recedibilità”³⁵⁸. L'unico obbligo su di esse gravante è quello di fare e consentire l'esperimento, nonché di non esercitare la propria libertà di interrompere il rapporto lavorativo qualora sia stata contrattualmente fissata una durata minima dell'esperimento.

In dottrina, tenendo conto di quest'ultima possibilità, si era compiuta una distinzione tra due diverse tipologie di recesso datoriale: - quello cosiddetto tecnico e fiduciario nel corso del periodo minimo di durata della prova, parzialmente discrezionale e sindacabile (*arbitrium boni viri*)³⁵⁹; - e quello libero, discrezionale ed insindacabile nel corso della successiva durata dell'esperimento (*arbitrio mero*)³⁶⁰.

Dicotomia successivamente superata, in quanto si è ritenuto che il giudizio soggettivo ed insindacabile del datore sulla convenienza di un'assunzione definitiva, sia comunque circoscritto ad una valutazione inerente la prova³⁶¹.

E' infatti rimasta minoritaria l'opinione secondo cui nel vigente sistema di stabilità del rapporto di lavoro, il datore non può recedere legittimamente in pendenza della prova, se non adducendo e comunicando al lavoratore, le ragioni del suo giudizio e della conseguente decisione³⁶².

Così ragionando, la minoritaria opinione, non considera il diritto

358 La regola del preavviso costituisce un temperamento dell'esercizio del diritto di recesso nel rapporto di lavoro a tempo indeterminato, quando per una delle parti venga meno la volontà di continuarlo, esso è pertanto inutile nel corso della prova.

359 CASSI' V., “*Il rapporto di lavoro in prova*”, op. cit., pag. 69; ASSANTI C., “*Il contratto di lavoro a prova*”, op. cit., pag. 95.

360 Si parlava di mero arbitrio osservando che nello stesso soggetto erano concentrati il potere di recedere dal rapporto e quello di determinare il motivo giustificatore dello stesso.

361 ASSANTI C., “*Il contratto di lavoro a prova*”, op. cit., pag. 96.

362 Si segnalano in tal senso isolate decisioni che vincolavano la legittimità del licenziamento per mancato superamento della prova all'integrale decorso del relativo termine di durata, come ad es. Pretore Milano, 16 febbraio 1996, in *D&L*, 1996, pag. 651.

legislativamente riconosciuto al datore di poter valutare discrezionalmente la convenienza della prosecuzione del rapporto qualora il suo apprezzamento risulti negativo³⁶³.

Nonostante il necessario collegamento del recesso datoriale con l'esito della prova³⁶⁴, si riconosce senza dubbio la possibilità per il datore di lavoro di esercitare il proprio diritto di recesso ai sensi dell'art. 2119 c.c., ovvero nell'ipotesi in cui si verifichi una giusta causa³⁶⁵.

Ai fini dell'analisi di convenienza datoriale alla instaurazione di un rapporto di lavoro definitivo, assumono infatti rilevanza non solo le capacità professionali ma anche le qualità personali del lavoratore.

Le attitudini di quest'ultimo sono anzi essenziali per stabilire se egli sarà in grado di far fronte alla corretta esecuzione delle prestazioni e di inserirsi nell'ambiente professionale. Qualunque evento in grado quindi di incrinare la fiducia riposta dal datore di lavoro nel proprio dipendente - sia consistente in un grave inadempimento di obbligazioni contrattuali, sia in fatti personali del lavoratore - consentirà di interrompere il rapporto lavorativo anche nel corso del periodo di prova.

A maggior ragione la libertà di recesso potrà essere espressa al termine della prova quando il datore avrà la possibilità di esprimere un giudizio negativo sull'esperimento conclusosi, fondato sulla scarsa perizia o sull'insufficiente diligenza dimostrata dal dipendente³⁶⁶, tale da impedire la prosecuzione del rapporto di lavoro subordinato in pianta stabile.

La dottrina ha perciò parlato di "recesso straordinario" intendendo la straordinarietà legata sia alla vincolatività del motivo – da ricondursi all'esito della prova salvo giusta causa – sia alla estinguibilità *ante tempus* del rapporto³⁶⁷.

363 SCOGNAMIGLIO R., "Diritto del lavoro", op. cit., pag. 165.

364 ZANGARI G., "Il recesso dal rapporto di lavoro in prova. Studi sul contratto di lavoro con clausola di prova", op. cit., pag. 163.

365 Definita come qualunque causa che non consenta la prosecuzione anche provvisoria del rapporto di lavoro e che la dottrina maggioritaria ritiene possa consistere sia in un grave inadempimento delle obbligazioni contrattuali, sia in un evento relativo alla vita personale del dipendente di gravità tale da far venir meno, ad esempio, il rapporto fiduciario tra le parti.

366 Diligenza in concreto, intesa come dimostrazione da parte del lavoratore delle qualità necessarie allo svolgimento delle mansioni lui affidate.

367 MANCINI G. F., "Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro", volume I, "Individuazione della

Sotto il profilo della tutela del lavoratore da una prova intesa come “clausola di libera recedibilità”, essenziale è stato l'intervento della Corte Costituzionale che, pur dichiarando infondate le questioni di legittimità dell'art. 2096 c.c., 3^a comma e dell'art. 10, Legge n. 604/66, nella parte in cui escludono l'obbligo per il datore di lavoro di motivare il licenziamento durante il periodo di prova, ha dichiarato che, dall'obbligo di consentire l'esperimento sancito dal comma 2^a dell'esaminanda disposizione, deriva un preciso limite alla discrezionalità del recesso³⁶⁸.

Nello specifico “In tema di rapporto di lavoro in prova, la facoltà di recesso riconosciuta al datore di lavoro dal comma 3 dell'art. 2096 e ritenuta immune da vizi di incostituzionalità dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 189 del 1980, è soggetta all'unico limite costituito dalla mancanza di un motivo illecito che in generale vizia il negozio sia bilaterale che unilaterale, mentre non richiede la sussistenza dello specifico motivo rappresentato dalla valutazione negativa della capacità e del comportamento professionale del lavoratore; consegue che il datore di lavoro non ha l'onere di motivare la sua dichiarazione di recesso e quindi il licenziamento del lavoratore in prova, seppur comunicato senza alcuna motivazione, non è di per se' solo illegittimo”³⁶⁹.

In caso di mancato superamento della sperimentazione il datore di lavoro insoddisfatto non sarà quindi tenuto a motivare il licenziamento³⁷⁰, ma l'esercizio del potere di recesso non sarà comunque insindacabile e rimesso al suo mero arbitrio.

Il lavoratore potrà infatti contestarne la legittimità nel corso o al termine della prova, quando risulti che - per l'inadeguatezza della durata dell'esperimento o per altri motivi³⁷¹ - non sia stata consentita la verifica alla quale il patto di prova è preordinato³⁷².

fattispecie. Il recesso ordinario”, Giuffrè Editore, Milano, 1962, pag. 215.

368 CESTER C., (a cura di), “Diritto del lavoro. Commentario diretto da Franco Carinci”, op. cit., pag. 375.

369 Cass. Civ., Sez. Lav., 12 febbraio 1986, n. 864, in N.G.L., 1986, pag. 320.

370 Cass. Civ., 2 dicembre 2004, n. 22637.

371 Cass. Civ., 4 agosto 1998, n. 7644; Cass. Civ., 9 novembre 1996, n. 9797; Cass. Civ., 12 ottobre 1987; Cass. Civ., 15 luglio 1986, n. 4578; Cass. Civ., 1 marzo 1984, n. 1104.

372 Cass. Civ., 8 febbraio 2000, n. 1387, in O.G.L. 2000, pag. 193; Cass. Civ., 6 giugno 1987, n.

Ne emerge che la discrezionalità dell'imprenditore si esplica, nel corso della prova, nella valutazione delle capacità e del comportamento del lavoratore, il quale, qualora ritenga o possa dimostrare il positivo esito dell'esperimento³⁷³ ovvero l'imputabilità del recesso ad un motivo illecito, potrà eccepirne giudizialmente la nullità³⁷⁴, assolvendo l'onere della prova su di lui incombente³⁷⁵.

La Suprema Corte ha tra l'altro ribadito che l'azione per eccepire la nullità del licenziamento del lavoratore non è soggetta ad impugnazione nel termine di 60 giorni di cui all'art. 6 della Legge n. 604/66³⁷⁶.

I Giudici di legittimità, facendo propri i menzionati principi, pur ribadendo l'inapplicabilità al licenziamento per mancato superamento della prova delle regole di cui alla L. n. 604/66 – ovvero la necessaria giustificazione, l'intimazione in forma scritta, la motivazione, onere della prova dei fatti che lo giustificano a carico del datore – hanno affermato che il recesso datoriale non è rimesso al suo mero arbitrio, ma deve dipendere dall'esito di un esperimento effettivamente svolto e non fondarsi su motivi illeciti o concretizzare un'elusione di norme imperative³⁷⁷.

In pratica il licenziamento per mancato superamento della prova può essere intimato oralmente, essere privo di motivazione e non giustificato, ma deve fondarsi sulla valutazione negativa del datore di lavoro; il lavoratore potrà tuttavia eccepirne la nullità dimostrando di aver superato positivamente la prova, di non aver potuto materialmente dimostrare le proprie capacità o che il recesso è dovuto a motivi illeciti.

La giurisprudenza ha dunque colmato il vuoto lasciato dall'art. 2096 c.c. in merito alla tipizzazione a priori dei limiti che devono improntare la

4979, in *Foro It.*, 1988, pag. 872.

373 Cass. Civ., 21 luglio 2001, n. 9948.

374 Non è mancato chi ha evidenziato che l'art. 2096 c.c., prevedendo il solo diritto allo svolgimento della prova, tutelerebbe l'interesse del lavoratore alla prova di per se' e non il suo interesse all'occupazione, ovvero all'acquisizione e conservazione definitiva del posto. Non vi sarebbe pertanto alcun nesso tra l'esito della prova e l'esercizio del potere di recesso datoriale.

375 CIAN G. - TRABUCCHI A., (a cura di), *Commentario breve al codice civile*, op. cit., pag. 2227.

376 Cass. Civ., 25 ottobre 1993, n. 10587, in *M.G.L.*, 1994, pag. 36; Cass. Civ., 18 agosto 1991, n. 8796, in *M.G.L.*, 1991, pag. 639.

377 Cass. Civ., 21 aprile 1993, n. 4669, in *R.G.L.* del 1994, II, pag. 483; Cass. Civ., 12 ottobre 1987, n. 7536; Cass. Civ., 17 marzo 1986, n. 1833.

discrezionalità datoriale, indicando un quadro limitativo chiaro e protettivo per il dipendente.

Quadro caratterizzato dall'assenza dell'obbligo di motivare il licenziamento datoriale, salvo che ciò sia imposto dalla contrattazione collettiva al fine di verificare, tramite l'esplicitazione delle ragioni datoriali, che il recesso sia stato determinato da ragioni specifiche inerenti l'esito dell'esperimento in prova e non da ragioni illecite³⁷⁸.

Ancora una volta viene quindi rimessa alla fonte collettiva la facoltà di scegliere se intervenire o meno, per fissare inderogabilmente un regime maggiormente protettivo in favore del lavoratore subordinato.

Minor interesse ha senza dubbio sollevato il profilo dei limiti entro i quali il prestatore di lavoro può recedere dal rapporto nel corso del periodo di prova. Nelle rare pronunce in merito si è sottolineato che anche il recesso del lavoratore non è completamente libero, ma è discrezionale e limitato dall'esistenza di ragioni oggettive, apprezzabili in base alle clausole di buona fede e correttezza che informano il rapporto di lavoro, pena il possibile risarcimento del danno subito dal datore³⁷⁹.

In una pronuncia risalente nel tempo la Cassazione, ricorrendo proprio alle suddette clausole, ha ritenuto legittimo il recesso del lavoratore nel corso della prova a causa del comportamento del datore che non gli permetteva di svolgere adeguatamente l'esperimento, escludendo l'esistenza di una responsabilità contrattuale e ritenendo il recesso fondato ex art. 1460 c.c.³⁸⁰.

378 Cass. Civ., 1 dicembre 2008, n. 28531, in *L.G.*, 2009, pag. 266; Cass. Civ., 5 novembre 2007, n. 23061.

379 CESTER C., (a cura di), *Diritto del lavoro. Commentario diretto da Franco Carinci*, op. cit., II, pag. 411.

380 Cass. Civ., 20 gennaio 1994, n. 484. L'art. 1460 c.c., rubricato "Eccezione di inadempimento", sancisce che "Nei contratti con prestazioni corrispettive, ciascuno dei contraenti può rifiutarsi di adempiere la sua obbligazione, se l'altro non adempie o non offre di adempiere contemporaneamente la propria, salvo che termini diversi per l'adempimento siano stati stabiliti dalle parti o risultino dalla natura del contratto. Tuttavia non può rifiutarsi l'esecuzione se, avuto riguardo alle circostanze, il rifiuto è contrario alla buona fede".

13.3 Illegittimità del licenziamento nel lavoro in prova e sanzioni conseguenti.

Copiosa è la giurisprudenza che si è occupata della legittimità dei licenziamenti intimati dal datore di lavoro al lavoratore in prova, pertanto di seguito, a mero titolo esemplificativo, ci si limiterà a dare atto dei principi fondamentali che da essa possono trarsi.

Senza dubbio il datore di lavoro, nell'esercitare il proprio diritto di libero recesso nel corso dell'esperimento, può fondarsi su una valutazione del proprio dipendente assolutamente discrezionale, senza dover fornire alcuna motivazione³⁸¹.

Questo potere discrezionale, per essere legittimamente esercitato, dovrà riflettere l'accertamento e la valutazione degli elementi concernenti la capacità professionale del lavoratore, ma anche il comportamento complessivo dello stesso, desumibile anche dalla sua correttezza e dal modo in cui si manifesta la sua personalità³⁸².

Pertanto qualora il provvedimento riguardi le lavoratrici madri o i lavoratori invalidi avviati obbligatoriamente al lavoro, data la particolare tutela loro riconosciuta dal nostro ordinamento, il datore sarà tenuto ad esplicitare e dimostrare le ragioni obiettive del mancato superamento della prova e l'estraneità di ogni considerazione sulle particolari condizioni dei lavoratori (invalidità, gestazione, ecc).

Con specifico riferimento agli invalidi che si siano visti attribuire mansioni incompatibili con la propria patologia, alcune sentenze hanno ritenuto nullo il recesso intimato³⁸³, anche ritenendo avverata la condizione del superamento della prova, ai sensi dell'art. 1359 c.c.³⁸⁴.

381 Cass. Civ., 25 marzo 1996, n. 2631, in *Foro It.*, 1996, pag. 1633.

382 Cass. Civ., Sez. Lav., 21 luglio 2001, n. 9948, nel caso di specie la Suprema Corte ha confermato la sentenza di merito in cui si era ritenuta idonea a giustificare il recesso del datore di lavoro la mendace dichiarazione, resa dal lavoratore all'epoca di presentazione della domanda d'assunzione, in ordine all'insussistenza di precedenti penali. Ancora Cass. Civ., 10 giugno 1999, n. 5714, in *M.G.L.*, 1999, pag. 955.

383 Cass. Sez. Un., 1 marzo 1989, n. 1104, in *R.I.D.L.*, 1989, II, pag. 689; Cass. Civ., 8 febbraio 1984, n. 970, in *A.C.*, 1985, pag. 60.

384 Cass. Civ., 12 agosto 1986, n. 5044; Pretore Napoli, 24 dicembre 1982, in *O.G.L.*, 1984, pag. 135.

La valutazione discrezionale di “inadeguatezza” o “incapacità” professionale o personale del lavoratore, inoltre, pur essendo difficilmente attaccabile in quanto puramente soggettiva, non deve celare un licenziamento per motivi illeciti (quale una ragione discriminatoria)³⁸⁵ o estranei al rapporto (come l'invalidità del prestatore o l'esigenza aziendale di ridimensionamento di un reparto)³⁸⁶.

D'altro canto anche il recesso del lavoratore, fondato sulla sua valutazione discrezionale in merito alla convenienza dell'occupazione lui offerta, delle condizioni contrattuali previste, dell'onerosità delle mansioni assegnate rispetto alla retribuzione, non sarà del tutto libero.

La discrezionalità a fondamento delle eventuali dimissioni³⁸⁷, infatti, sarà limitata dall'esistenza di ragioni oggettive, apprezzabili in base alle clausole di buona fede e correttezza³⁸⁸.

Si è altresì precisato che l'esercizio del potere di recesso bilaterale sarà consentito non solo al termine, ma anche durante lo svolgimento del periodo di prova, salvo che per questo sia stato stabilito un tempo minimo necessario³⁸⁹ ed a patto che l'esperimento non abbia avuto una durata troppo limitata, impedendo al lavoratore di dimostrare le proprie capacità³⁹⁰.

Soltanto nel caso in cui si verifichi un comportamento grave ed inequivocabile del dipendente, atto a dimostrare totale inidoneità o incapacità o disinteresse verso il rapporto di lavoro oggetto della prova, sarà possibile recedere anche dopo un periodo molto breve³⁹¹.

385 Cass. Civ., 12 marzo 1999, n. 2228, in *Corriere giuridico* 2000, pag. 14.

386 Cass. Civ., 12 marzo 1999, n. 2228; Pretore Lucca, 30 luglio 1993, in *T.L.G.*, 1995, pag. 27. nel caso di motivo non illecito ma estraneo al rapporto, tra l'altro, la giurisprudenza ritiene che il giudice non possa ritenere che il licenziamento sia automaticamente invalido, dovendo invece valutarne la giustificatezza al fine di accertare l'idoneità o meno del recesso a porre termine alla prova e risolvere il rapporto. In tal senso Cass. Civ., 17 febbraio 2000, n. 1762 e Cass. Civ., 17 gennaio 1998, n. 402, in *M.G.L.*, 1998, pag. 205.

387 BULGARINI D'ELCI G., nota a sentenza Tribunale Milano 4 giugno 2007, cit., pag. 1250.

388 Cass. Civ., 20 gennaio 1994, n. 484, in cui la Suprema Corte ha ritenuto legittimo il recesso di un lavoratore determinato dalla condotta del datore di lavoro, ostatica allo svolgimento dell'esperimento in tempi e modi adeguati.

389 Cass. Civ., 9 novembre 1996, n. 9797, in *M.F.I.*, 1996; Cass. Civ., 11 novembre 1988, n. 6096, in *M.F.I.*, 1988; Pretore Milano, 4 novembre 1993, in *D.P.L.*, 1994, pag. 1553.

390 Cass. Civ., 25 marzo 1996, n. 2361, in *Foro It.*, 1996, I, pag. 1366; Cass. Civ., 22 ottobre 1987, n. 7821, in *O.G.L.*, 1988, pag. 199; Cass. Civ., 6 giugno 1987, n. 4979, in *Foro It.*, 1988, I, pag. 872; Pretore Milano, 28 febbraio 1992, in *D&L*, 1992, pag. 625.

391 IZAR A. V., “*Il patto di prova nel lavoro subordinato*”, cit., pag. 2.

Altrimenti si dovrà attendere lo scadere del termine di durata della clausola in parola ed a questo punto, l'eventuale mancato superamento della prova costituirà giustificato motivo di licenziamento³⁹².

Il recesso sarà inoltre illegittimo qualora la dimostrazione delle capacità del dipendente non sia stata possibile a causa delle concrete modalità di effettuazione dell'esperimento³⁹³, o le mansioni oggetto della prova siano state diverse da quelle concordate all'atto dell'assunzione³⁹⁴, o ancora perché le mansioni concordate non siano state concretamente attribuite³⁹⁵.

E' inoltre opinione consolidata che *“In caso di assegnazione continuativa al lavoratore di mansioni ulteriori rispetto a quelle previste in sede di stipulazione del patto di prova, il recesso per mancato superamento dell'esperimento è illegittimo non solo quando per il rilievo quantitativo e qualitativo delle ulteriori mansioni si debba considerare sostanzialmente mutato l'oggetto complessivo della prestazione, ma anche quando risulti la potenziale incidenza, sul giudizio del datore di lavoro, dello svolgimento delle mansioni ulteriori per loro natura o per la loro influenza sulle condizioni di espletamento delle mansioni originarie”*³⁹⁶.

Vige inoltre il divieto per il datore di lavoro di recedere dal rapporto nei casi di impossibilità temporanea del lavoratore di eseguire la prestazione, per cui è stabilita tale tutela, ovvero nei casi di malattia, infortunio, ecc.

In tal caso il periodo di prova rimarrà sospeso e se ne arresterà il decorso, così da consentire al lavoratore di espletare fino in fondo l'esperimento e di dimostrare appieno le proprie capacità³⁹⁷.

Restano a questo punto da prendere in considerazione quali siano le conseguenze del recesso datoriale che sia stato ritenuto illegittimo, distinguendo tra le diverse situazioni verificatesi.

392 Cass. Civ., Sez. Lav., 27 febbraio 2008, n. 5103.

393 Pretore di Genova, 23 gennaio 1984, in *L.80*, 1984, pag. 488.

394 Cass. Civ., 12 dicembre 2005, n. 27310, in *G.L.*, 2006, n. 5, pag. 56; Cass. Civ., 6 dicembre 2001, n. 15432; Cass. Civ., 8 febbraio 2000, n. 1387.

395 Cass. Civ., 8 febbraio 2000, n. 1387.

396 Cass. Civ., Sez. Lav., 6 dicembre 2001, n. 15432, in *Foro It.*, 2002, I, pag. 715; Tribunale Monza, 28 luglio 2004, in *D&L*, 2004, pag. 896.

397 Cass. Civ., 10 ottobre 2006, n. 21698, in *Altalex*, 25 gennaio 2007; Cass. Civ., 1 dicembre 1992, n. 12814.

Nell'ipotesi di recesso illegittimo per mancato superamento della prova di cui il lavoratore sia riuscito a dimostrare l'illegittimità per l'assenza o l'inadeguatezza dell'esperimento o perché imputabile a un motivo illecito, vi sono diversi orientamenti giurisprudenziali³⁹⁸.

Un primo orientamento, minoritario, ritiene che il rapporto debba dichiararsi privo di clausola di prova e di conseguenza prevede l'applicazione dei rimedi previsti per il licenziamento ingiustificato, ovvero la reintegrazione o la riassunzione a seconda che operino la tutela reale ex art. 18 S.L. o la tutela obbligatoria ex Legge n. 604/66³⁹⁹.

Il secondo orientamento, maggioritario ed operante anche in caso di declaratoria di illegittimità del recesso datoriale prima del compimento del periodo di prova o di licenziamento nullo perché discriminatorio o sorretto da motivo illecito, riconosce al lavoratore il solo diritto a proseguire la prova fino alla scadenza e ad ottenere il pagamento delle retribuzioni per i giorni residui, in quanto il datore di lavoro, nel lasso di tempo tra l'interruzione del periodo di prova ed il giorno della sua prefissata scadenza, avrebbe potuto comunque esercitare la facoltà di recesso, senza limiti e condizioni⁴⁰⁰.

Tale soluzione presuppone l'invalidità del recesso ma ne deriva che, in alcun caso, vi potrà essere la costituzione definitiva del rapporto di lavoro, che presuppone la concorde volontà delle parti.⁴⁰¹

Qualora non sia possibile la prosecuzione della prova fino al termine di scadenza contrattualmente stabilito, il lavoratore avrà invece diritto ad ottenere il risarcimento del danno subito⁴⁰².

E' opportuno dare conto poi del diverso atteggiamento adottato dai giudici nel caso di licenziamento per mancato superamento della prova del

398 Parte della dottrina ha sostenuto che ove il licenziamento si appalesi illegittimo o illecito, si dovrà constatare la violazione ad opera del datore di lavoro del dovere di correttezza e buona fede, che gli imponeva di conservare integre le ragioni dell'altra parte.

399 Corte App. Milano, 14 aprile 2000, in *D&L*, 2000, pag. 728; Tribunale Brescia, 13 ottobre 2000, in *D&L*, 2000, pag. 95; Tribunale Milano, 8 luglio 1989, in *L.80*, 1989, pag. 1075.

400 Cass. Civ., 18 novembre 1995, n. 11934; Cass. Civ., 15 dicembre 1992, n. 12814, in *N.G.L.*, 1992, pag. 774; Cass. Civ., 13 febbraio 1985, n. 1250, in *Foro It.*, 1985, I, pag. 1342; Cass. Civ., 21 gennaio 1985, n. 233, in *R.I.D.L.*, 1985, II, pag. 315.

401 SCOGNAMIGLIO R., "*Diritto del lavoro*", op. cit., pag. 166.

402 Cass. Civ., 12 marzo 1999, n. 2228, in *R.I.D.L.*, 1999, II, pag. 802; Cass. Civ., 22 ottobre 1987, n. 7821, in *O.G.L.*, 1988, pag. 199.

lavoratore invalido, ritenuto illegittimo in quanto l'esito negativo dell'esperimento è stato considerato il risultato del conferimento di mansioni incompatibili con lo stato di invalidità.

Per alcune pronunce si è affermato l'obbligo di reintegrare⁴⁰³ il prestatore nel posto di lavoro ritenendosi avverata la condizione del superamento della prova, divenendo il rapporto definitivo ed assoggettato alla comune disciplina dei licenziamenti⁴⁰⁴.

Questa soluzione si fonda sul principio che il licenziamento esercitato fuori dai casi consentiti equivale ad un atteggiamento del datore di lavoro che rende a lui imputabile il mancato avveramento della condizione – consistente nell'esito positivo della prova che determina la definitività del rapporto – e pertanto, ai sensi dell'art. 1359 c.c., per cui il mancato avveramento della condizione per causa imputabile alla parte che aveva interesse contrario, deve far ritenere che la condizione si sia avverata⁴⁰⁵.

Le Sezioni Unite della Cassazione, hanno invece argomentato in maniera diversa sancendo che nel caso esaminato di licenziamento illegittimo del lavoratore invalido, il recesso debba ritenersi nullo ed il lavoratore vada per tale ragione reintegrato nel posto di lavoro⁴⁰⁶.

Non è dato sapere quali siano le ragioni che hanno spinto i Giudici di legittimità a prevedere un regime sanzionatorio diverso a seconda che il licenziamento illegittimo per mancato superamento della prova colpisca un normale lavoratore o uno avviato obbligatoriamente al lavoro.

Si può presumere che si sia voluto punire in maniera più rigida il disvalore sociale attribuibile al comportamento del datore di lavoro che eluda la normativa vigente in materia di assunzioni obbligatorie, attraverso l'attribuzione all'invalido di mansioni che non tengano conto della sua capacità lavorativa residua, o l'inserimento dello stesso in un ambiente

403 Le imprese soggette alle assunzioni obbligatorie sono infatti quelle dotate di dimensioni tali da rendere applicabile, nei loro riguardi, la tutela reale ex art. 18 S.L.

404 Cass. Civ., 12 agosto 1986, n. 5044; Pretura Napoli, 24 dicembre 1982, in *O.G.L.*, 1984, pag. 135.

405 CESTER C., (a cura di), *Diritto del lavoro. Commentario diretto da Franco Carinci*, op. cit., II, pag. 412.

406 Cass. S.U., 1 marzo 1989, n. 1104, in *R.I.D.L.*, 1989, II, pag. 689; Cass. Civ., 8 febbraio 1984, n. 970, in *A.C.*, 1985, pag. 60.

lavorativo non consono, in modo da fondare il proprio recesso sull'esito negativo di un esperimento non materialmente svolgibile dal prestatore affetto da disabilità.

Opportuno è infine dare atto di pronunce isolate della Suprema Corte di Cassazione in cui si è sancito che la violazione del patto di prova da parte del datore di lavoro, prima dell'inizio dell'esperimento, sarà fonte di responsabilità contrattuale ex art. 1218 c.c. e ss.

In tale ipotesi il pregiudizio subito dal lavoratore, che potrà essere risarcito, sarà rappresentato dalle utilità che egli avrebbe potuto percepire per la durata del concordato periodo di prova⁴⁰⁷.

407 Cass. Civ., n. 7821/87.

CAPITOLO IV

LA PROVA NELLA CONTRATTAZIONE COLLETTIVA

14. Contratti collettivi corporativi e post-corporativi.

Tutti i contratti collettivi corporativi si sono uniformati alla Carta del lavoro fascista, in particolar modo alla Dichiarazione XI, in cui si sanciva l'obbligo per i sindacati – soggetti di diritto pubblico - di regolare, a pena di nullità, il periodo di prova, determinandone legislativamente le caratteristiche⁴⁰⁸.

I contratti collettivi corporativi quindi, dotati di forza obbligatoria per tutta la categoria professionale cui si riferivano, hanno consentito di inserire la prova *de jure* nel contratto di lavoro individuale, trasformandola in una regola generale obbligatoria.

Dall'analisi dei menzionati contratti collettivi emerge che l'attenzione dei sindacati fascisti si è soffermata sulla previsione della durata massima della fase di esperimento reciproco e sul riconoscimento della libertà bilaterale di recesso nel corso di esso.

Si riportano di seguito, a titolo esemplificativo, alcuni contratti collettivi corporativi per esaminare il tenore delle specifiche norme in essi contenute.

C.C.N.L. 14 giugno 1935: Industria boschiva e forestale.

“Art. 6 (periodo di prova) – Per l'assunzione in servizio di ogni operaio è sempre fatta per un periodo di prova non superiore a sette giorni per i giornalieri, quindici per gli operai specializzati e per il periodo di cottura di una carbonaia per i carbonai.

Non sono soggetti al periodo di prova gli operai delle compagnie forestiere chiamate dagli industriali e quelle che abbiano prestato servizio altre volte presso la stessa azienda.

In base all'esito della prova, ed alla fine del periodo stesso, la ditta confermerà l'assunzione ed in ogni caso fisserà la paga da corrispondersi con decorrenza dal primo giorno di assunzione e che

408 LEVI DEVALI M., *“Il rapporto di lavoro”*, Milano, 1937, pag. 78.

non potrà essere inferiore al minimo stabilito in contratto per la categoria nella quale verrà assegnato.

Da tale data decorrerà, a tutti gli effetti, l'anzianità dell'operaio.

In mancanza di accordo circa la retribuzione durante il periodo di prova minima fissata per la categoria nella quale avrà prestato l'opera sua, né avrà diritto ad alcun indennizzo.

L'operaio che non viene confermato o che non creda di accettare le condizioni fissategli, lascerà senz'altro il lavoro e gli verranno pagate le ore di lavoro compiute”.

Dalle statuizioni che precedono emerge, in primo luogo, che l'assunzione degli operai doveva avvenire “sempre” sottoponendoli ad un periodo di prova, cui si riconosceva il rango di condizione contrattuale obbligatoria attesa l'efficacia *erga omnes* dei contratti collettivi corporativi.

Veniva poi fissata una durata massima dell'esperimento in 7 o 15 giorni a seconda della tipologia delle mansioni svolte nel settore boschivo o forestale, prevedendo un esperimento minore per mansioni meno specializzate e maggiore quelle ritenute di maggior difficoltà.

Si affermava infine che: in caso di esito positivo dell'esperimento il lavoro prestato doveva essere computato nell'anzianità di servizio, con diritto dell'operaio ad essere retribuito in misura non inferiore a quella sancita per la propria categoria professionale di appartenenza; in caso di esito negativo o di mancato interesse del lavoratore alla prosecuzione del rapporto lavorativo, vi sarebbe stata la cessazione del rapporto ed il diritto ad ottenere comunque un compenso per l'attività effettivamente prestata.

Non sfuggirà ad un attento lettore come vi sia, nel contratto collettivo esaminato, una disciplina ricalcante appieno le disposizioni rivolte alla categoria degli impiegati ex art. 4, R.D.L. n. 1825/24, ma applicata alla classe degli operai.

Si prevede infatti una durata massima della prova, determinata in base alla qualifica ricoperta dal dipendente e la previsione del computo nell'anzianità di servizio del periodo destinato all'esperimento, in caso di esito positivo

della prova.

La medesima impostazione è rinvenibile nel **C.C.N.L. 21 luglio 1936: Industria edilizia ed affine.**

“Art. 4 (periodo di prova) – L'assunzione al lavoro di ogni lavoratore potrà essere subordinata ad un periodo di prova non superiore a sei giorni di lavoro, prorogabile di comune accordo fino a due settimane, durante il quale è ammesso da ambo le parti il diritto alla rescissione del rapporto di lavoro senza preavviso né diritto ad indennità.

Ove l'operaio in base all'esito della prova venga confermato, la ditta, all'atto della conferma, determinerà la paga da corrispondersi dal primo giorno dell'assunzione, paga che non potrà essere inferiore ai minimi stabiliti per la categoria alla quale il lavoratore viene assegnato.

Il lavoratore che non venga confermato o che non creda di accettare le condizioni propostegli lascerà senz'altro il cantiere e gli verranno pagate le ore di lavoro compiute.

Nel caso che la paga non sia stata prestabilita o in difetto di accordo, il lavoratore verrà retribuito in base alla paga minima fissata per la categoria nella quale ha prestato l'opera sua.

Il periodo di prova sarà utilmente considerato agli effetti del computo della anzianità del lavoratore confermato”.

Anche in questo contratto collettivo si sanciva un periodo di prova di sei giorni, con facoltà per le parti di concordare un'estensione non oltre le due settimane e si confermava il principio del diritto alla retribuzione per l'attività prestata – anche in caso di esito negativo o mancato gradimento del prestatore - in misura non inferiore ai minimi definiti dalla stessa fonte contrattuale.

Vi è però un ulteriore fondamentale previsione ovvero il riconoscimento, in favore di entrambe le parti del rapporto di lavoro subordinato, del diritto di recedere liberamente nel corso della prova, senza indennità né preavviso.

Non più dunque il riconoscimento in favore del solo datore di lavoro del

diritto ad interrompere arbitrariamente il rapporto di lavoro nel corso della prova qualora avesse ritenuto di non gradire il dipendente, ma anche la facoltà riconosciuta a quest'ultimo di esprimere la propria valutazione sulla convenienza a rendere definitivo il detto rapporto.

Determinazione che, diffondendosi prima nelle fonti di autonomia collettiva, è poi confluita nell'art. 2096 c.c., comma 3[^], che ad oggi regola il potere bilaterale di recesso esercitabile nel corso della prova sia dal datore di lavoro sia dal prestatore.

Ancora si può analizzare il **C.C.N.L. 30 luglio 1936: Industria meccanica, metallurgica ed affine.**

“Art. 5 (periodo di prova) – L'assunzione al lavoro di ogni operaio è sempre fatta per un periodo di prova che potrà protrarsi fino ad una settimana, o, di comune accordo, fino a due settimane

Ove l'operaio in base all'esito della prova venga confermato, si fisserà all'atto della conferma, la paga, che sarà applicata con decorrenza dal primo giorno di assunzione.

L'operaio che non venga confermato o che non creda di accettare le condizioni propostegli lascerà senz'altro lo stabilimento e gli verrà pagato il solo tempo trascorso nello stabilimento per il periodo della prova, e non avrà diritto ad alcuna indennità. Nel caso che la paga non sia prestabilita, ed in difetto di accordo, verrà retribuito con l'ultima paga base risultante dal suo libretto paga, purché si riferisca ad un servizio di almeno tre mesi e, in mancanza, colla paga minima stabilita per la categoria nella quale ha prestato servizio nel periodo stesso”.

E ancora **C.C.N.L. 5 agosto 1937: Per gli impiegati dell'industria.**

“Art. 4 (periodo di prova) – L'assunzione può avvenire con un periodo di prova non superiore a sei mesi per gli impiegati della 1[^] categoria ed a tre mesi per quelli delle altre categorie. Tale periodo di prova dovrà risultare dalla lettera di assunzione di cui all'art. 1.

Non sono ammesse né la protrazione né la rinnovazione del periodo

di prova.

Durante il periodo di prova sussistono tra le parti tutti i diritti e gli obblighi del presente contratto, salvo quanto diversamente disposto dal contratto stesso.

Durante il periodo di prova la risoluzione del rapporto di impiego potrà aver luogo da ciascuna delle due parti in qualsiasi momento senza preavviso né indennità.

Qualora la risoluzione avvenga per dimissioni in qualunque tempo o per licenziamento durante i primi due mesi di prova per gli impiegati di 1 categoria e durante il primo mese per gli impiegati di 2 e 3 categoria, la retribuzione sarà corrisposta per il solo periodo di servizio prestato.

Qualora il licenziamento avvenga oltre i termini predetti, all'impiegato sarà corrisposta la retribuzione fino alla metà o alla fine del mese in corso, a seconda che la risoluzione avvenga entro la prima o la seconda quindicina del mese stesso.

Qualora alla scadenza del periodo di prova l'azienda non proceda alla disdetta del rapporto, l'impiegato s'intenderà confermato in servizio.

Per l'impiegato in prova, limitatamente alla 1 e alla 2 categoria, la retribuzione potrà essere inferiore a quella minima nella misura che verrà determinata negli accordi integrativi. La differenza sarà però reintegrata all'impiegato che venga confermato in servizio.

Le norme relative alla previdenza non si applicano durante il periodo di prova; superato tale periodo le norme stesse saranno però applicate con decorrenza dalla data di assunzione”.

La prima osservazione che può farsi in merito alle disposizioni che precedono è la notevole differenza esistente tra la durata del periodo di prova per gli operai, pari nei diversi contratti collettivi a pochi giorni, rispetto a quella fissata per gli impiegati nell'ordine di mesi.

I sindacati dell'epoca fascista hanno aderito alla prassi antecedente, basata

sugli usi di fabbrica e sulla Legge sull'impiego privato, ritenendo che, per mansioni meramente materiali, fosse sufficiente un tempo estremamente breve per una valutazione reciproca della convenienza al perdurare del rapporto di lavoro.

Maggiore durata dell'esperimento sarebbe invece stata necessaria per verificare se il dipendente avesse le capacità personali e professionali necessarie per svolgere un'attività di natura intellettuale e di responsabilità.

Il C.C.N.L. per gli impiegati dell'industria del 1937, dopo aver specificato che nel corso della prova avrebbero operato tra le parti tutti i diritti e doveri reciproci fissati dalla medesima fonte, ha regolamentato due ulteriori importanti profili.

La retribuzione corrisposta al lavoratore nel corso della prova era inferiore rispetto a quella erogata nel rapporto di lavoro definitivo; ai dipendenti in prova, inoltre, non veniva applicata la normativa previdenziale all'epoca vigente in favore dei lavoratori subordinati.

Venivano cioè fissati diversi parametri per il trattamento economico e normativo del dipendente in prova, agganciando solo parzialmente quest'ultimo alla retribuzione dovuta per la qualifica di assunzione⁴⁰⁹.

Tendenza modificatasi nei decenni successivi quando la contrattazione collettiva, aderendo al disposto dell'art. 2096 c.c., ha riconosciuto al lavoratore la retribuzione corrispondente alla qualifica iniziale di assunzione e la giurisprudenza ha, anche nel corso della prova, sancito il diritto del dipendente ad usufruire di tutti gli istituti previdenziali operanti per gli assunti definitivamente.

La stessa diversità di trattamento tra lavoratore in prova e lavoratore stabile emerge dal **C.C.N.L. 19 dicembre 1939: Per gli operai dell'industria chimica.**

“Art. 3 (periodo di prova) – Il lavoratore potrà essere soggetto ad un periodo di prova non superiore a sei giornate lavorative, durante il quale sarà reciproco il diritto alla risoluzione del rapporto di lavoro

409 ZANGARI G., “Il recesso dal rapporto di lavoro in prova. Studi sul contratto di lavoro con clausola di prova”, op. cit., pag. 42.

senza preavviso né indennità.

Il lavoratore che venga trattenuto al lavoro oltre il periodo di prova, verrà retribuito dal primo giorno di assunzione con la paga corrispondente al minimo contrattuale previsto per la categoria alla quale il lavoratore viene assegnato, salvo eventuali pattuizioni più favorevoli tra gli interessati.

Il lavoratore che nel corso o al termine del periodo di prova non venga trattenuto al lavoro o che si dimetta, avrà diritto al pagamento delle ore di lavoro compiute in base alla paga fissata per la categoria nella quale ha prestato l'opera sua.

Il servizio prestato durante il periodo di prova qualora sia seguito da conferma, va computato, a tutti gli effetti, nella determinazione dell'anzianità”.

Andando dunque a tirare le somme, emerge dal rapido esame della contrattazione collettiva corporativa, una grande attenzione posta dai sindacati - organi pubblici - alla regolamentazione di ogni singolo profilo attinente al periodo di prova.

Vi è infatti la fissazione di una durata massima dell'esperimento, maggiore per gli impiegati e minore per gli operai, onde limitare l'esercizio bilaterale della libertà di recesso che caratterizza l'istituto in considerazione.

Viene sancito il diritto alla retribuzione del lavoratore in prova, anche in caso di esito negativo dell'esperimento, seppur in misura inferiore rispetto ai lavoratori assunti definitivamente con pari qualifica e mansioni.

Nel caso di conferma o prosecuzione di fatto del rapporto di lavoro, esso sarà da ritenersi definitivo, con il computo del periodo di prova nell'anzianità di servizio e l'erogazione di una retribuzione maggiore per il dipendente, che retroagirà sin dalla data di assunzione.

Stessa regolamentazione si è avuta con i contratti collettivi che sono stati emanati a seguito dell'entrata in vigore del nostro Codice Civile del 1942 e resi efficaci *erga omnes* dalla Legge Vigorelli, ovvero la Legge 14 luglio 1959, n. 741.

A titolo esemplificativo si riportano le previsioni riferite al periodo di prova contenute nel **C.C.N.L. 25 maggio 1954: Per i dipendenti degli agenti di assicurazione**⁴¹⁰.

Art. 5. (Periodo di prova) – L'eventuale periodo di prova non può superare i tre mesi di effettivo servizio e non può essere ripetuto.

Non è ammesso tirocinio.

Nell'eventuale periodo di prova è corrisposta la retribuzione normale.

Durante il periodo di prova è reciproco il diritto alla risoluzione del rapporto di lavoro in qualsiasi momento, senza preavviso né indennità.

Trascorso il periodo di prova restano automaticamente confermate le basi dell'inquadramento del personale mantenuto in servizio.

Il periodo di prova va computato a tutti gli effetti nella determinazione dell'anzianità di servizio”.

E ancora il **C.C.N.L. 10 gennaio 1959: Contratto nazionale di lavoro giornalistico**⁴¹¹.

“Assunzioni – Periodo di prova. Art. 4 – l'assunzione del giornalista deve risultare da atto scritto rilasciato al momento della sua entrata in servizio.

Il documento relativo non è comunque elemento necessario per la costituzione del rapporto di lavoro.

All'atto dell'assunzione potrà essere convenuto per iscritto un periodo di prova non superiore a tre mesi. Durante tale periodo il rapporto di lavoro potrà essere risolto da ciascuna delle parti senza preavviso e con la sola corresponsione del compenso dovuto al giornalista per il periodo di servizio prestato.

Quando il rapporto sia divenuto definitivo, il servizio prestato durante il periodo di prova verrà computato a tutti gli effetti nella determinazione della anzianità di servizio.

410 Reso valido con D.P.R. 18 marzo 1961, n. 386.

411 Reso valido con D.P.R. 16 gennaio 1961, n. 153.

Il periodo di prova non è rinnovabile in alcun caso, neppure per intervenuti mutamenti nella direzione o nella proprietà della azienda. Non potrà essere sottoposto a periodo di prova, il praticante che divenga professionista nella stessa azienda nella quale ha svolto il praticantato”

Differenza rilevante rispetto al passato, rinvenibile nei contratti per i dipendenti degli agenti di assicurazione e dei giornalisti, è l'affermazione della facoltà per le parti di apporre la clausola della prova al contratto di lavoro tra di loro stipulato.

Contrariamente alla determinazione corporativa della prova come condizione contrattuale obbligatoria, questa diviene un mero elemento accidentale del contratto di lavoro, ovvero spetterà alle parti, nell'esercizio della loro autonomia negoziale, stabilire se ricorrere o meno allo svolgimento di un esperimento reciproco.

I contratti collettivi in esame quindi, da un lato acquisiscono forza di legge tramite il recepimento a mezzo di apposito D.P.R., dall'altro perdono la regola secondo cui l'assunzione normalmente avviene con previsione di un periodo di prova.

Altresì importante è la previsione di un divieto di reiterazione della prova quando tra le stesse parti vi sia già stata la possibilità di compiere una valutazione reciproca della capacità del lavoratore e della convenienza delle condizioni del rapporto (pratica del giornalista presso la stessa testata).

Già nel 1959, data antecedente all'entrata in vigore della Legge n. 604/66 sui licenziamenti individuali, si palesa una maggior sensibilità delle parti sociali rispetto alla posizione di debolezza contrattuale del lavoratore, fronteggiata attraverso la limitazione dell'uso della prova e della libertà di recesso ad essa collegata.

Sensibilizzazione che, come vedremo di seguito, non si è sviluppata nei contratti collettivi di diritto comune che, anzi, hanno manifestato con il passare degli anni un crescente disinteresse per l'istituto della prova.

15. Contratti collettivi di diritto comune: mancato intervento nella regolamentazione dei profili del lavoro in prova.

I contratti collettivi stipulati dopo l'entrata in vigore dell'art. 2096 c.c., hanno tendenzialmente continuato a plasmarsi sui vecchi modelli normativi introdotti in epoca fascista piuttosto che seguire lo schema voluto dai codificatori.

La richiamata norma codicistica ha infatti dettato la regola dell'obbligo di fare e consentire l'esperimento che, sul piano formale, vincola datore e dipendente nello stesso modo, gravando le rispettive sfere giuridiche di un regime di irrecedibilità nell'ipotesi di fissazione di un termine minimo per la prova.

Ma la distinzione tra termine minimo e massimo dell'esperimento ed in particolar modo la funzione di garanzia che la previsione di una durata necessaria della prova avrebbe costituito per il dipendente, non è stata presa in minima considerazione in sede di contrattazione collettiva.

Si è persa l'occasione, in sede collettiva, di trasformare la facoltà per le parti regolata dall'art. 2096 c.c., comma 3[^], in vero e proprio obbligo contrattuale che avrebbe determinato un rafforzamento del regime protettivo in favore del lavoratore, tramite la limitazione dell'esercizio del potere di recesso nel corso del tempo minimo di prova.

Le organizzazioni sindacali si sono limitate a ribadire il dovere di fare e consentire l'intero esperimento, avvalendosi di mere clausole di stile, ritenendo che l'interesse del lavoratore fosse rivolto, più che alla prova in se', all'assunzione definitiva⁴¹².

Non vi è stata quindi nemmeno una rigorosa definizione del contenuto dell'obbligo di eseguire l'esperimento e di consentirlo e ciò ha determinato tutte le incertezze in merito al contenuto delle obbligazioni reciproche delle parti, in tale fase, che abbiamo precedentemente affrontato.

Questo scarso interesse per l'istituto della prova nel nostro Paese si spiega

412 ZANGARI G., "Il recesso dal rapporto di lavoro in prova. Studi sul contratto di lavoro con clausola di prova", op. cit., pag. 125.

storicamente nell'assoluta prevalenza che, le richieste di miglioramenti economici e tabellari per i lavoratori, hanno avuto in sede di rivendicazione sindacale.

Il profilo della retribuzione minima da garantire ai lavoratori assorbiva tutte le energie e gli sforzi dei sindacati, che ritenevano necessario dare attuazione al principio di sufficienza e proporzionalità sancito dall'art. 36 della Costituzione, anche attraverso il ricorso alle fonti collettive⁴¹³.

Solo intorno agli anni '60 le organizzazioni sindacali hanno restituito un ruolo primario anche alle rivendicazioni contrattuali aventi ad oggetto gli istituti normativi e si sono dedicate al miglioramento del complesso di condizioni nelle quali si svolge l'intero rapporto di lavoro subordinato.

Non ne è però conseguita una maggiore incisività quanto alla regolamentazione della clausola della prova, come è facilmente riscontrabile dagli esempi di contratti collettivi di diritto comune che di seguito vengono riportati.

Non contiene particolari disposizioni il **C.C.N.L. per i dipendenti da aziende artigiane della chimica ed affini** del 4 marzo 2005:

Art. 59 (Periodo di prova)

“La durata massima del periodo di prova non potrà superare i seguenti limiti:

Quadri	giorni 180
Primo livello	giorni 150
Secondo livello	giorni 120
Terzo livello	giorni 90
Quarto livello	giorni 60
Quinto livello	giorni 45
Sesto e settimo livello	giorni 30

I giorni indicati per i relativi livelli devono intendersi di calendario.

Durante il periodo di prova la retribuzione non potrà essere inferiore

⁴¹³ La menzionata norma prevede che “Il lavoratore ha diritto ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa”.

al minimo contrattuale stabilito per la qualifica attribuita al lavoratore stesso.

Nel corso del periodo di prova il rapporto di lavoro potrà essere risolto in qualsiasi momento, da ambedue le parti, senza preavviso e senza diritto al trattamento di fine rapporto di lavoro ad eccezione dei ratei di ferie e tredicesima mensilità.

Trascorso il periodo di prova, senza che nessuna delle parti abbia dato regolare disdetta, l'assunzione del lavoratore si intenderà confermata ed il periodo stesso sarà computato nell'anzianità di servizio”.

Art. 60 (Sospensione del periodo di prova)

“Per i lavoratori assunti nei livelli quarto, quinto, sesto e settimo, l'eventuale malattia/infortunio, interromperà il computo dei giorni per il periodo di prova”.

In esso si ricalca la modulazione della durata del periodo di prova basata sulla maggiore o minore qualificazione del lavoratore assunto; si conferma la libertà di recesso per entrambe le parti del rapporto di lavoro e si prevede espressamente la sospensione del periodo di prova in caso di malattia o infortunio, dando seguito al pari orientamento consolidatosi giurisprudenzialmente. alcuna particolare previsione si rinviene altresì nel **C.C.N.L. per i dirigenti delle aziende di autotrasporto e spedizione merci si servizi logistici e di trasporto combinato**, del 6 aprile 2005 che all'art. 4 prevede *“1. Nel solo caso di assunzione e contestualmente ad essa, potrà essere convenuto un periodo di prova di durata non superiore a sei mesi. Dal computo sono esclusi eventuali periodi di sospensione del rapporto”* e nel **C.C.N.L. per i quadri e gli impiegati agricoli** del 27.05.2004, Art. 8 - Periodo di prova:

“Il periodo di prova deve risultare da atto scritto. In mancanza di questo, l'impiegato si intende assunto senza prova alle condizioni stabilite dal presente contratto e dai contratti territoriali per la categoria cui l'impiegato stesso appartiene in base alle mansioni che

è chiamato a svolgere.

Il periodo di prova è fissato in mesi 4 per gli impiegati di 1a, 2a e 3a categoria e in mesi 2 per gli impiegati di 4a, 5a e 6a categoria.

Appena avvenuta l'assunzione dell'impiegato, il datore di lavoro deve farne denuncia all'ENPAIA e all'INPS.

L'impiegato acquista il diritto all'assistenza ed alla previdenza a decorrere dalla data di inizio del servizio anche se sottoposto a periodo di prova.

I relativi contributi sono dovuti pertanto anche per il periodo di prova. Durante il periodo di prova ciascuna delle parti può recedere dal contratto senza l'obbligo di preavviso, in tal caso l'impiegato deve, entro trenta giorni, rilasciare l'abitazione eventualmente fornitagli.

Superato il periodo di prova, l'assunzione diviene definitiva senza necessità di conferma ed il servizio prestato deve computarsi agli effetti dell'anzianità dell'impiegato.

In caso di recesso nel corso del periodo di prova o al termine di esso, l'impiegato ha diritto allo stipendio per l'intero mese nel quale è avvenuto il recesso nonché ai dodicesimi relativi alle ferie, alle mensilità aggiuntive ed al trattamento di fine rapporto di cui agli artt. 23, 32 e 51 del presente contratto.

Qualora il recesso venga effettuato dal datore di lavoro, l'impiegato ha diritto, per sé e per i propri familiari, al rimborso delle spese di viaggio necessario a tornare al luogo di provenienza, nonché al rimborso delle spese di mobilio, sempre che il trasferimento in azienda della famiglia sia stato concordato con il datore di lavoro”.

Alcune clausole maggiormente incisive si possono invece riscontrare nel **C.C.N.L. del 13 febbraio 2007 sulla disciplina del rapporto di lavoro domestico**⁴¹⁴ che all'art. 13 - Periodo di prova – sancisce

1. I lavoratori sono soggetti ad un periodo di prova regolarmente

414 Decorrenza 1° marzo 2007 - Scadenza 28 febbraio 20 11.

retribuito di 30 giorni di lavoro effettivo, per i lavoratori inquadrati nei livelli D, D super, e di 8 giorni di lavoro effettivo per quelli inquadrati negli altri livelli.

2. Il lavoratore che abbia superato il periodo di prova senza aver ricevuto disdetta s'intende automaticamente confermato. Il servizio prestato durante il periodo di prova va computato a tutti gli effetti dell'anzianità.

3. Durante il periodo di prova, il rapporto di lavoro può essere risolto in qualsiasi momento da ciascuna delle parti, senza preavviso, ma con il pagamento, a favore del lavoratore della retribuzione e delle eventuali competenze accessorie corrispondenti al lavoro prestato.

4. Se il lavoratore è stato assunto come prima provenienza da altra Regione, senza avere trasferito la propria residenza, e la risoluzione del rapporto non avvenga per giusta causa, dovrà essere dato dal datore di lavoro un preavviso di 3 giorni o, in difetto, la retribuzione corrispondente”.

La particolarità delle disposizioni che precedono, rispetto alla regolamentazione generale della prova, è data dal dovere di preavviso o di erogare la retribuzione, gravante sul datore di lavoro e previsto al punto 4, qualora nel corso della prova venga licenziato, senza giusta causa, un lavoratore domestico proveniente da altra Regione e privo di residenza in quella sede del luogo di lavoro.

La deroga al disposto dell'art. 2096 c.c., che prevede un recesso libero senza indennità né preavviso, tiene conto della peculiarità del lavoro domestico che ha spesso ad oggetto un'assistenza continua in favore del proprio datore di lavoro o dei suoi familiari, con l'inserimento del collaboratore nel nucleo familiare nel quale dovrà prestare la propria opera, concedendogli vitto ed alloggio, oltre che la retribuzione dovuta.

In questi casi sono evidenti le ragioni che hanno portato le associazioni

sindacali a prevedere una ulteriore tutela per i lavoratori che siano privi di una propria abitazione immediatamente disponibile, anche in considerazione del fatto che il lavoro domestico viene spesso svolto da stranieri già in condizioni disagiate.

Diversi sono invece gli aspetti affrontati dalle norme introdotte nel **C.C.N.L. per i dipendenti da aziende industriali metalmeccaniche** del 4 marzo 2005.

TITOLO XI Periodo di Prova Art. 61 (Periodo di prova)

“La durata massima del periodo di prova non potrà superare i seguenti limiti:

Quadri	giorni 180
Primo livello	giorni 150
Secondo livello	giorni 120
Terzo livello	giorni 90
Quarto livello	giorni 60
Quinto livello	giorni 45
Sesto e settimo livello	giorni 30

I giorni indicati per i relativi livelli devono intendersi di calendario.

Durante il periodo di prova la retribuzione non potrà essere inferiore al minimo contrattuale stabilito per la qualifica attribuita al lavoratore stesso.

Nel corso del periodo di prova il rapporto di lavoro potrà essere risolto in qualsiasi momento, da ambedue le parti, senza preavviso e senza diritto al trattamento di fine rapporto di lavoro ad eccezione dei ratei di ferie e tredicesima mensilità.

Trascorso il periodo di prova, senza che nessuna delle parti abbia dato regolare disdetta, l'assunzione del lavoratore si intenderà confermata ed il periodo stesso sarà computato nell'anzianità di servizio”.

Art. 62 (Sospensione del periodo di prova)

“Per i lavoratori assunti nei livelli quarto, quinto, sesto e settimo,

l'eventuale malattia/infortunio, interromperà il computo dei giorni per il periodo di prova”.

Nell'articolo 61 del menzionato C.C.N.L. si stabiliscono la durata massima del periodo di prova in base all'inquadramento del dipendente, il diritto di recesso bilaterale liberamente esercitabile, senza preavviso né indennità e l'automatica conferma del lavoratore qualora non vi siano stati licenziamento o dimissioni. La seconda delle norme che precedono, ovvero l'art. 62, esplicita invece l'importante regola della sospensione dell'esperimento in caso di malattia o infortunio, per consentire che l'esperimento, dal cui esito dipenderà la sorte del contratto di lavoro, possa essere effettivamente compiuto.

Si ribadisce come, per garantire la funzione della prova e la bilateralità dell'interesse delle parti, sia necessario un esperimento effettivo, che abbia una durata tale da permettere il formarsi di un'opinione sulla reciproca convenienza. Pertanto un evento quale la malattia o l'infortunio che nel normale rapporto di lavoro ne determina la sospensione, dovrà avere lo stesso effetto anche nel caso di lavoro in prova.

Da analizzare anche l'accordo di rinnovo del C.C.N.L. dei Metalmeccanici del 2008⁴¹⁵, con cui è stata innovata la disciplina dell'istituto del periodo di prova prevedendo - accanto alla durata ordinaria della prova - una durata ridotta applicabile nei seguenti casi:

- 1) il lavoratore ha già svolto presso altra azienda per almeno due anni le stesse mansioni;
- 2) il lavoratore in via d'assunzione ha completato un contratto di apprendistato professionalizzante con cui ha acquisito lo stesso profilo professionale per il quale viene assunto.

A tal fine il lavoratore deve comprovare il suo passato professionale che gli dà diritto ad un periodo di prova ridotto, presentando all'azienda un apposito attestato o certificato di lavoro. Il patto di prova non è invece ammesso in caso di assunzione entro 12 mesi dalla fine dell'ultimo rapporto

⁴¹⁵ In vigore dal 1 gennaio 2009, articolo a cura di Federazione Impiegati Operai Metallurgici nazionale.

di un lavoratore che, per le stesse mansioni, abbia complessivamente svolto presso l'azienda un periodo di lavoro (con contratto a termine e/o somministrazione) di durata superiore al periodo di prova (con contratto a termine e/o somministrazione).

Qualora invece i periodi di lavoro precedentemente svolti siano stati inferiori alla durata del periodo di prova, quest'ultima è proporzionalmente ridotta.

Categoria	Periodo di prova ordinario	Periodo di prova ridotto
1°	1 mese	20 giorni
2° e 3°	1 mese e 1/2	1 mese
4°, 5° e liv. superiore	3 mesi	2 mesi
6° e 7°	6 mesi	3 mesi

Ancora il **C.C.N.L. per i dipendenti da aziende del terziario, della distribuzione e dei servizi**, del 2 luglio 2004, si occupa del periodo di prova al capo IV, art. 103:

“La durata massima del periodo di prova non potrà superare i seguenti limiti:

Quadri e Primo Livello	6 mesi
Secondo e Terzo Livello	60 giorni
Quarto e Quinto Livello	45 giorni
Sesto e Settimo Livello	30 giorni

Ai sensi dell'art. 4, R.D.L. 13 novembre 1924, n.1825, convertito in legge 18 marzo 1926, n.562, il periodo indicato per Quadri e Primo livello deve essere computato in giorni di calendario. I giorni indicati per i restanti livelli devono intendersi di lavoro effettivo.

Durante il periodo di prova la retribuzione del lavoratore non potrà essere inferiore al minimo contrattuale stabilito per la qualifica attribuita al lavoratore stesso.

Nel corso del periodo di prova il rapporto di lavoro potrà essere risolto in qualsiasi momento da una parte o dall'altra, senza preavviso e con diritto al trattamento di fine rapporto ed ai ratei delle

mensilità supplementari e delle ferie.

Trascorso il periodo di prova senza che nessuna delle parti abbia dato regolare disdetta, l'assunzione del lavoratore si intenderà confermata, e il periodo stesso sarà computato nella anzianità di servizio”.

In questa regolamentazione, conforme alla contrattazione collettiva temporalmente antecedente, si è però innestato l'interessante l'intervento sull'istituto della prova compiuto con l'Accordo di rinnovo del 18 luglio 2008⁴¹⁶, in materia di contratti a tempo determinato:

“Art. 61 bis – periodo di prova - In caso di successione di contratti a tempo determinato con il medesimo lavoratore per le stesse mansioni, non si applica la disciplina del periodo di prova di cui all'art. 103”.

La contrattazione collettiva nell'occasione si è espressa esplicitamente in modo contrario rispetto al principio, consolidatosi nella giurisprudenza di legittimità, di facoltà di ripetizione della prova - nel caso di successione di contratti di lavoro a tempo determinato tra le stesse parti - qualora questa abbia il fine di verificare la permanenza delle qualità professionali del lavoratore e la sua personalità complessiva.

Le parti sociali hanno ritenuto che, nel settore terziario cui ci si riferisce, il precedente rapporto di lavoro a tempo determinato tra le parti, escluda la possibilità di prevedere nuovo un periodo di prova e di conseguenza l'operatività della relativa disciplina.

L'antecedente esperimento, effettivamente svolto e consentito tra datore di lavoro e dipendente nel corso del primo rapporto di lavoro a termine, sarà quindi sufficiente ed impedirà ad entrambe le parti di potersi nuovamente avvalere della libera recedibilità che caratterizza l'istituto in parola.

Il divieto di reiterazione della prova viene anche esplicitato dal **C.C.N.L. per le aziende che svolgono attività nel settore del turismo** del 19 luglio 2003, che al CAPO II, dedicato al periodo di prova, Articolo 86 prevede

“(1) La durata del periodo di prova dovrà risultare dalla lettera di

416 Con decorrenza dal 1 gennaio 2007 al 31 dicembre 2010.

assunzione. Durante il periodo di prova o alla fine di esso è reciproco il diritto alla risoluzione del rapporto di lavoro, senza obbligo di preavviso e con diritto al trattamento di fine rapporto.

(2) Durante il periodo di prova la retribuzione del lavoratore non potrà essere inferiore al minimo contrattuale stabilito per la qualifica attribuita al lavoratore stesso.

(3) Trascorso il periodo di prova, il personale si intenderà regolarmente assunto in servizio se nessuna delle parti abbia dato regolare disdetta per iscritto. In tal caso il periodo sarà computato agli effetti dell'anzianità di servizio”.

Articolo 87

“(1) La durata del periodo di prova è stabilita nelle misure che seguono:

<i>Livelli</i>	<i>Durata</i>
<i>A e B</i>	<i>180 giorni</i>
<i>1</i>	<i>150 giorni</i>
<i>2</i>	<i>75 giorni</i>
<i>3</i>	<i>45 giorni</i>
<i>4</i>	<i>30 giorni</i>
<i>5</i>	<i>30 giorni</i>
<i>6S</i>	<i>20 giorni</i>
<i>6</i>	<i>15 giorni</i>
<i>7</i>	<i>15 giorni</i>

(2) Ai fini del computo del periodo di prova sono utili esclusivamente le giornate di effettiva prestazione lavorativa, fermo restando il termine massimo di sei mesi previsto dall'articolo 10 della legge 15 luglio 1966, n. 604.

(3) Il personale che entro il termine di due anni viene riassunto, con la stessa qualifica, presso la stessa azienda ove abbia già prestato servizio, superando il periodo di prova, sarà in ogni caso dispensato dall'effettuazione di un nuovo periodo di prova.

(4) *Al personale assunto fuori provincia che, durante o alla fine del periodo di prova, sia licenziato, il datore di lavoro dovrà rimborsare l'importo del viaggio di andata e ritorno al luogo di provenienza”.*

Ricapitolando schematicamente

C.C.N.L.	del	Cat.	Durata prova	Retribuzione	Recesso libero
Industria boschiva e forestale	14.06.1935	operaio	7 gg giornalieri 15 gg specializzati	Non inferiore a minimo sindacale	Con solo pagamento ore lavorate
Industria edilizia ed affine	21.07.1936	operaio	6 gg prorogabili di comune accordo fino a 15 gg	Non inferiore a minimo sindacale	Senza preavviso né indennità
Industria meccanica metallurgica e affine	30.07.1936	operaio	7 gg prorogabili di comune accordo fino a 15 gg	Non inferiore a minimo sindacale	Con solo pagamento ore lavorate
Impiegati industria	05.08.1937	impiegati	Fino a 6 mesi per 1 ^a cat., fino a 3 mesi per gli altri	Anche inferiore a minimo sindacale integrata <i>ex post</i> se assunto	Senza preavviso né indennità
Operai industria chimica	19.12.1939	operaio	Non superiore a 6 gg lavorativi	Non inferiore a minimo sindacale	Con solo pagamento ore lavorate
Dipendenti agenti di assicurazione	25.05.1954	impiegati	Non superiore a 3 mesi	Retribuzione normale	Senza preavviso né indennità
Lavoro giornalistico	10.01.1959	giornalista	Non superiore a 3 mesi	-----	Con solo pagamento ore lavorate
Dipendenti aziende artigiane della chimica e affini	04.03.2005	operaio/ impiegato	Graduato da min di 30 gg a max 180 gg	Non inferiore a minimo sindacale	Con pag.to 13 [^] mensilità, ferie maturate
Dirigenti autotrasporto spedizione merci	06.04.2005	dirigenti	Non superiore a 6 mesi	-----	-----
Quadri e impiegati agricoli	27.05.2004	impiegato	Graduato da 2 mesi ad un max di 4 mesi	Retribuzione normale	Con pag.to 13 [^] , ferie, TFR maturato
Lavoro domestico	13.02.2007	lavoratore domestico	Graduato da 8 gg a max 30 gg	-----	Con preavviso e pag.to ore lavorate ed accessori
Aziende industriali metalmeccaniche	04.03.2005	operaio/ impiegato	Graduato da min di 30 gg a max 180 gg	Non inferiore a minimo sindacale	Con pag.to retribuzione, 13 [^] , ferie
Aziende terziario, distribuzione e servizi	02.07.2004	operaio/ impiegato	Graduato da min di 30 gg a max 180 gg	Non inferiore a minimo sindacale	Con pag.to 13 [^] , ferie, TFR maturato

Dalla breve disamina che precede risulta provato quanto inizialmente postulato. I contratti collettivi di diritto comune hanno riprodotto, in uno o al massimo in due articoli, le disposizioni contenute nell'art. 2096 c.c., senza approfondirne in alcun modo il significato.

Si sono occupati di regolamentare la durata massima della prova, legandola alla qualifica riconosciuta ai lavoratori assunti; di riconoscere loro il diritto alla retribuzione corrispondente al loro inquadramento per i giorni di lavoro svolti e di affermare il diritto, in caso di mancato recesso, ad ottenere il computo del periodo di prova nell'anzianità di servizio, vedendosi applicato anche il trattamento normativo previsto per i lavoratori assunti definitivamente.

E' stata confermata la libertà di recesso esercitabile nel corso della prova sia dal lavoratore sia dal datore di lavoro, senza che vi sia stato alcun intervento sindacale volto a prevedere un obbligo di motivazione per il recesso datoriale.

Nonostante la giurisprudenza avesse previsto la facoltà dei contratti collettivi di inserire un maggior controllo sulle ragioni poste a fondamento del licenziamento del lavoratore, nella prospettiva di rafforzarne la tutela, si deve - di nuovo - registrare un diffuso disinteresse delle nostre organizzazioni sindacali.

Le uniche disposizioni attestanti un minimo di attenzione in materia di periodo di prova, riguardano sporadici divieti di reiterazione dell'esperimento in ipotesi quali la successione di contratti di lavoro a termine tra le stesse parti o, come per i metalmeccanici, quando il lavoratore abbia svolto nella medesima impresa, per almeno due anni, le stesse mansioni o si sia formato con contratto di apprendistato professionalizzante.

Non è da escludersi, tra l'altro, che si tratti semplicemente di un recepimento dei principi già affermati dalla giurisprudenza di legittimità e di merito che, proprio a causa delle lacune dei nostri contratti collettivi di diritto comune, è reiteratamente e puntualmente intervenuta, provvedendo a dare definizioni univoche dei requisiti necessari affinché vi possa essere la

legittima apposizione della clausola della prova nei contratti di lavoro subordinato.

C'è da chiedersi se in realtà l'evidente e perdurante disinteresse sindacale sia da leggersi, soprattutto alla luce dell'attuale struttura flessibile del mercato del lavoro, come conseguenza del disinteresse dei datori ad avvalersi dell'istituto della prova, inteso come strumento di elasticità nella gestione della forza lavoro.

La libertà di recesso esercitabile senza preavviso né indennità e basata, quanto al datore di lavoro, sulla sua valutazione discrezionale dell'esito dell'esperimento svolto dal dipendente, dovrebbe costituire, nei fatti, la ragione principale del ricorso alla clausola della prova, soprattutto in considerazione della estrema rigidità della legislazione vigente in Italia in materia di licenziamenti individuali.

Questa possibilità per il datore di non vincolarsi definitivamente al prestatore tramite la prova, perde però la sua importanza a fronte di una serie di nuove tipologie contrattuali che consentono un'ampia libertà di decisione e scelta, sia in merito alle modalità che al tempo dell'assunzione.

Si possono considerare, ad esempio, le diverse figure introdotte dal D.Lgs. n. 276/03, ovvero il cosiddetto Decreto Biagi, quali il lavoro intermittente, il lavoro ripartito, il lavoro occasionale, ma anche la somministrazione di lavoro o il lavoro a progetto.

Va tenuto poi conto anche della radicale modifica della disciplina del rapporto di lavoro a tempo determinato che si è avuta nel corso degli anni. Originariamente, infatti, il lavoro a termine poteva essere utilizzato solo in ipotesi tassativamente previste dalla legge, mentre ad oggi può esserlo in presenza di esigenze tecniche, organizzative, produttive e sostitutive dell'impresa.

L'imprenditore che decida di procedere all'assunzione di personale ha dunque, a propria disposizione, un ventaglio di opzioni che, nella prassi, hanno determinato uno svuotamento di significato del periodo di prova e della sua funzione di valutazione della reciproca convenienza, con libertà

bilaterale di recesso senza preavviso né indennità.

Il problema vero da affrontare quindi, per comprendere se la prova possa ancora oggi avere un'utilità concreta e possa essere rilanciata anche dalla contrattazione collettiva, è quello di analizzare le ipotesi lavorative che la dottrina ha definito come prove di fatto.

Stabilire se la prova sia in crisi a causa della contrattazione collettiva, che l'ha relegata al margine della regolamentazione del trattamento normativo del lavoratore, o dell'esistenza di altri istituti in grado di consentire al datore di lavoro ed al prestatore di compiere un esperimento reciproco volto, in caso di esito favorevole, ad instaurare un rapporto di lavoro stabile e duraturo che sia fruttuoso per entrambe le parti.

Solo dalle risultanze di tale analisi sarà possibile formarsi un'opinione sulla convenienza e l'opportunità di recuperare l'istituto della prova, adeguandone le caratteristiche e la regolamentazione alla realtà storica attuale, o piuttosto, sulla inadeguatezza di un istituto risalente a due secoli or sono a rispondere alle esigenze presenti del mercato del lavoro.

16. Crisi della funzione della prova. Libera recedibilità nel sistema imprenditoriale italiano e prova di fatto del lavoratore.

Analizzando la nutrita casistica contrattuale ad oggi esistente, emergono forme di utilizzazione della forza lavoro che consentono concretamente all'imprenditore di ottenere l'erogazione di una prestazione lavorativa senza potenziali vincoli a tempo indeterminato, che opererebbero qualora questi si avvalsesse della clausola della prova⁴¹⁷.

Nella tradizionale ipotesi di esperimento della prova ad essa viene sottoscritto tra le parti un contratto di lavoro a tempo indeterminato, con previsione di un periodo nel corso del quale esse compiono una reciproca valutazione di convenienza.

Qualora la prova abbia esito positivo, vi sarà lo svantaggio per il datore di lavoro di rimanere "bloccato" in un rapporto contrattuale definitivo, che potrà interrompere solo per giusta causa o giustificato motivo soggettivo od oggettivo.

La prova, d'altro canto, ha il pregio di consentire, per tutta la sua durata, un'ampia libertà di recesso che, per il datore, si traduce nella possibilità di intimare un licenziamento privo di motivazione e fondato sulla sua valutazione discrezionale di esito negativo dell'esperimento.

L'interesse ad inserire tale clausola nel contratto di lavoro, era originariamente collegato all'assenza di strumenti che consentissero all'imprenditore una pari libertà d'azione ed alla vigenza, soprattutto a seguito della Legge n. 604/66 sui licenziamenti individuali, di un regime fortemente protettivo del prestatore⁴¹⁸.

Il datore di lavoro era costretto a sottostare al rigido sistema di regolamentazione delle assunzioni – operante per i contratti di lavoro

417 Questi nuovi o rinnovati strumenti vengono ricondotti alla categoria del lavoro "atipico", in quanto manca almeno un elemento del lavoro definito standard ovvero la durata indeterminata e/o l'orario a tempo pieno.

418 Si vedano tra gli altri VALLEBONA A., *"Istituzioni di diritto del lavoro"*, Volume II, "Il Rapporto di lavoro", op. cit.; PERONE G., *"Lineamenti di diritto del lavoro"*, "Evoluzione e partizione della materia tipologie lavorative e fonti", op. cit.; GHERA E., *"Diritto del lavoro. Il rapporto di lavoro"*, Cacucci Editore Bari, 2006; SANTORO-PASSARELLI F., *"Nozioni di diritto del lavoro"*, op. cit.; SCOGNAMIGLIO R., *"Diritto del lavoro"*, op. cit.

subordinato a tempo pieno ed indeterminato - e dei licenziamenti individuali ed aveva come unica, seppur temporanea, scappatoia quella di “provare” il dipendente.

In questo modo, per un lasso di tempo estendibile fino ai sei mesi, egli avrebbe mantenuto lo stesso potere di libera ed incondizionata scelta sul destino del rapporto di lavoro, che gli veniva garantito prima dell'intervento della legislazione sul licenziamento individuale.

Altro profilo rilevante nell'uso del lavoro in prova è rinvenibile nel disposto dell'art. 2096 c.c., comma 2[^], e consiste nell'interesse, per il datore ed il dipendente, a compiere una reciproca valutazione sulle attitudini personali, le capacità tecniche e le condizioni di lavoro, dalla quale far discendere l'opportunità o meno di incardinare un rapporto di lavoro subordinato definitivo.

Rimanendo sempre nella prospettiva datoriale, ciò si traduce nella possibilità di accertare il rendimento medio del lavoratore subordinato alla stregua della diligenza e perizia lui richieste dalla qualifica di assunzione.

Rendimento che si porrà alla base del giudizio di convenienza all'assunzione definitiva e che risulterà dallo sforzo di attenzione e prudenza del dipendente, contestualmente alla conoscenza e all'applicazione pratica delle regole tecniche inerenti alle mansioni richieste⁴¹⁹.

Per il lavoratore la prova avrà solo un'utilità residua, in quanto egli potrà esprimere il proprio gradimento sulle condizioni di lavoro offertegli, ma avrà senza dubbio un maggior interesse alla conclusione positiva dell'esperimento, così da poter ottenere un'occupazione stabile.

L'utilità del lavoro in prova sarà invece massima per l'imprenditore esplicitandosi: - nella libertà di licenziamento esercitabile discrezionalmente nel corso del tempo dell'esperimento; - nella sottoposizione del prestatore alla verifica del suo patrimonio di conoscenza tecnico-professionale ed all'analisi della compatibilità dell'ambiente di lavoro con la sua personalità.

Entrambi questi profili, che costituiscono la finalità e la causa stessa della

419 ZANGARI G., *“Il recesso dal rapporto di lavoro in prova. Studi sul contratto di lavoro con clausola di prova”*, op. cit., pag. 303.

prova, hanno perso il loro “peso” a causa della struttura tipica del settore imprenditoriale italiano, la cui ossatura è composta da imprese di piccole dimensioni, che non occupano più di 15 dipendenti⁴²⁰.

Unità produttive che, in caso di licenziamenti individuali, non sono sottoposte alla rigidità che contraddistingue l'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori, bensì alla tutela obbligatoria ex Legge n. 604/66.

Le ragioni della mancata diffusione della prova vengono oggi ricercate anche nell'introduzione, tramite il cosiddetto Decreto Biagi, di nuove forme contrattuali che consentono la gestione flessibile della forza lavoro⁴²¹, quali il job sharing o il lavoro intermittente, nonché nella riforma di istituti quali i contratti di apprendistato, di formazione lavoro ed interinali.

Con essi le aziende possono scegliere, al momento dell'assunzione dei lavoratori, tra un ampio ventaglio di soluzioni⁴²², non vincolanti, non sottoponibili alla normativa vigente in materia di licenziamenti individuali⁴²³ e che consentirebbero un esperimento di fatto.

Verrebbe cioè completamente a svuotarsi di significato l'istituto della prova, la cui funzione, riconducibile al libero svincolo dal contratto di lavoro subordinato ed all'esame delle capacità del dipendente, sarebbe stata nella prassi sostituita da soluzioni alternative e parimenti soddisfacenti dal punto di vista datoriale.

420 FAVARETTO I. - CALCAGNINI G., “*Lo stato delle piccole imprese: Italia, Europa e Stati Uniti a confronto*”, Facoltà di Economia Università Urbino “Carlo Bo”, 22 aprile 2008, Conferenza Internazionale USA – UE – ITALIA.

421 PERONE G., “*Lineamenti di diritto del lavoro*”, “Evoluzione e partizione della materia tipologie lavorative e fonti”, Appendice di aggiornamento, Seconda edizione, Giappichelli Editore, Torino, 2008.

422 GHERA E., “*Il nuovo diritto del lavoro. Subordinazione e lavoro flessibile*”, Giappichelli Editore Torino, 2006.

423 SICA F.G.M., “*Le transizioni dimensionali nelle piccole imprese italiane nel periodo 1995-2000: un'analisi sui dati Aida e Mediocredito Centrale*”, op. cit., pag. 12.

16.1 Piccole imprese e microimprese: interesse alla prova in caso di applicabilità della sola tutela obbligatoria ex Legge n. 604/66.

La libertà di licenziamento individuale esercitabile nel corso della prova, che ha portato a definire tale clausola strumento di libera recedibilità, dovrebbe spingere le imprese ad avvalersene massicciamente, onde evitare di incardinare da subito un rapporto di lavoro subordinato definitivo, che potrebbe in un momento successivo risultare “sgradito”.

La parte datoriale avrebbe anzi dovuto, sulla base di questa semplice osservazione, spingere le proprie organizzazioni sindacali a rivendicare, in sede collettiva, l'introduzione di clausole contrattuali inderogabili volte a prolungare il più possibile la durata del lavoro in prova, oltre i sei mesi legislativamente prefissati.

Ciò non è invece accaduto, tanto che la disciplina rinvenibile nei contratti collettivi di diritto comune non si discosta da quella risalente all'epoca corporativa e post-corporativa, come sinteticamente riportato nel precedente schema riepilogativo.

L'indifferenza degli imprenditori nei confronti del lavoro in prova, che consentirebbe loro di “liberarsi” del dipendente assunto a tempo indeterminato, senza obbligo di motivazione e discrezionalmente, è facilmente spiegabile se si analizza la struttura del nostro sistema economico-produttivo.

Dalle informazioni sulle caratteristiche strutturali delle imprese pubblicate dall'I.S.T.A.T. nel maggio del 2009, emerge che in Italia esiste un numero elevato di imprese di piccolissime dimensioni (1-9 addetti), nelle quali sono occupati circa il 47% dei lavoratori nel settore dell'industria e dei servizi⁴²⁴.

Vi è cioè una polverizzazione del sistema produttivo che ha sempre caratterizzato il nostro sistema economico, tant'è che già in base ad un censimento compiuto nel 1996, nel settore dell'industria e dei servizi il numero di imprese con meno di 16 addetti rappresentava circa il 97% del

⁴²⁴ I.S.T.A.T., “Rapporto annuale. La situazione del Paese nel 2008”, presentato dal Presidente dell'Istituto nazionale di statistica Prof. Luigi Biggeri, RTI Poligrafica Ruggiero S.r.l. - A.C.M. S.p.A, 26 maggio 2009, pag. 78 e ss.

totale (le sole imprese individuali erano il 56%) con un livello di occupazione dipendente pari al 32% della totale. Nel settore manifatturiero le imprese con meno di 16 addetti pesavano per il 90% (le individuali per il 35%) in termini di numero di imprese e per il 23% in termini di dipendenti occupati⁴²⁵. Questo trend si è consolidato nel corso dei decenni e, ad oggi, vi sono circa 4,5 milioni di imprese e la quasi totalità di esse, ovvero il 95% circa, impiega meno di dieci addetti, presenta una conduzione spesso familiare ed una struttura organizzativa estremamente semplice.

Tali dati sono riscontrabili nella successiva tavola 1, elaborata dall'Istituto di Statistica, dove si evidenzia la concentrazione della forza lavoro in realtà produttive molto piccole, ovvero in microimprese, che non superano i nove dipendenti impiegati.

Tavola 1 - Addetti delle imprese per classe di addetti e settore di attività economica - Anni 2006-2007 (valori percentuali)

ATTIVITÀ ECONOMICHE	1-9 addetti	10-49 addetti	50-249 addetti	250 addetti e oltre	Totale
Industria estrattiva ed energetica	0,1	0,1	0,01	0,6	0,9
Manifattura tradizionale	3,6	3,6	2	1,4	10,6
Offerta specializzata	0,8	1,5	1,4	1,1	4,8
Alta intensità R&S	0,3	0,3	0,4	0,9	1,9
Economie di scala	2	3,1	2	2,5	9,6
Costruzioni	7,2	3,1	0,8	0,3	11,4
Commercio	13	3,5	1,5	2,4	20,4
Alberghi e ristoranti	4,2	1,5	0,4	0,8	6,9
Trasporti e comunicazioni	1,7	1,2	1	3,4	7,3
Servizi alle imprese (a)	10,1	2,2	1,8	3,7	17,8
Servizi alle famiglie (b)	4,6	1,3	1,3	1,2	8,4
Totale	47,6	21,4	12,7	18,3	100

Fonte: Istat, Registro statistico delle imprese attive. Rilevazione sulle piccole e medie imprese e rilevazione sul sistema dei conti delle imprese.

(a) Servizi di intermediazione finanziaria e immobiliare, di noleggio, informatici e altri servizi alle imprese. (b) Servizi di istruzione, sanitari e altri servizi alle persone.

Circa la metà del personale occupato nel settore imprenditoriale opera in aziende che potrebbero decidere, in ogni momento, di ridurre il numero dei

⁴²⁵ SICA F.G.M., "Le transizioni dimensionali nelle piccole imprese italiane nel periodo 1995-2000: un'analisi sui dati Aida e Mediocredito Centrale", Centro Studi Confindustria, giugno 2003, Working Paper n. 38, pag. 7.

propri dipendenti intimando licenziamenti – anche illegittimi⁴²⁶ – e subendo la sola sanzione della tutela obbligatoria.

Ai sensi della Legge n. 604/66, modificata dalla Legge n. 108/90⁴²⁷, si sancisce infatti che le imprese con meno di 15 dipendenti, qualora abbiano licenziato in modo illegittimo un proprio dipendente, potranno subire una sanzione che consisterà: - nella riassunzione del lavoratore che ne sia stato colpito; - oppure nel pagamento di un'indennità, a titolo di risarcimento danni, di ammontare compreso tra le 2,5 e le 6 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto percepita⁴²⁸.

Il piccolo imprenditore potrà, di fatto, liberamente svincolarsi da contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato licenziando il dipendente e scegliendo poi – in sostituzione della riassunzione - di pagare una somma, a titolo di risarcimento danni, di ammontare irrisorio.

Licenziamento che potrà intervenire in ogni momento e senza il vincolo temporale massimo che, nel lavoro in prova, è fissato dalla legge a sei mesi, o dai contratti collettivi ad un termine inferiore.

Concretamente, quindi, il microimprenditore con non più di 15 dipendenti avrà la possibilità di avvalersi della clausola della prova, inserendo tale elemento accessorio nel sinallagma contrattuale, al fine di vedersi riconosciuto il diritto di libero recesso nel corso dell'esperimento, senza preavviso né indennità e senza dover fornire una specifica motivazione.

Egli però, pur non ricorrendo al lavoro in prova, avrà la stessa identica libertà di decisione esercitabile attraverso l'intimazione di licenziamenti non

426 Vale la pena ricordare che il licenziamento illegittimo è quello intimato senza giusta causa o giustificato motivo soggettivo od oggettivo; mentre sono nulli i licenziamenti intimati per motivi illeciti o discriminatori. In quest'ultima ipotesi viene sempre applicata la tutela reale ovvero la reintegrazione del dipendente nel posto di lavoro.

427 La Legge n. 108 del 11 maggio 1990, "*Disciplina dei licenziamenti individuali*", pubblicata su Gazzetta Ufficiale del 11 maggio 1990, n. 108, prevede all'art. 2 rubricato "*Riassunzione o risarcimento del danno*", punto 3, "*L' articolo 8 della Legge 15 luglio 1966, n. 604, è sostituito dal seguente: "Art. 8. - 1. Quando risulti accertato che non ricorrono gli estremi del licenziamento per giusta causa o giustificato motivo, il datore di lavoro è tenuto a riassumere il prestatore di lavoro entro il termine di tre giorni o, in mancanza, a risarcire il danno versandogli un'indennità di importo compreso tra un minimo di 2,5 ed un massimo di 6 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fattoomissis....."*

428 PERONE G., "*Lineamenti di diritto del lavoro*", op. cit., pag. ; VALLEBONA A., "*Istituzioni di diritto del lavoro*", Volume II, op. cit., pag. ; DEL GIUDICE F., MARIANI F., IZZO F., (a cura di), "*Diritto del lavoro*", op. cit., pag.

fondati su giusta causa o giustificato motivo.

In questi casi l'unico onere che potrà su di lui gravare, in caso di dichiarazione giudiziale di illegittimità del recesso, sarà quello scaturente dalla tutela obbligatoria sancita dalla Legge n. 604/66, ovvero quello di pagare un'indennità in favore del dipendente di ammontare estremamente contenuto.

Ciò vale a spiegare per quale motivo vi sia nel nostro sistema giuslavoristico un forte disinteresse pratico all'uso ed alla diffusione della prova, nonché alla specifica regolamentazione di tale istituto.

Come rilevato dall'I.S.T.A.T. nell'indagine afferente all'anno 2008, il 95% delle imprese italiane occupano meno di 15 dipendenti e sono pertanto in grado di ridurre i livelli occupazionali precedentemente sostenuti, senza bisogno di ricorrere alla clausola della prova, ma semplicemente licenziando il dipendente sgradito e pagandogli un'indennità.

Per esse l'assunzione in prova equivale, nei fatti, ad un'assunzione definitiva *ab origine*, in quanto correranno solo l'eventuale rischio di dover indennizzare il dipendente licenziato illegittimamente, qualora non intendano più mantenerlo alle proprie dipendenze.

Senza dubbio diversa è la posizione delle medie e grandi imprese⁴²⁹ sottoposte ad una forte rigidità nella regolamentazione dei licenziamenti e per le quali la prova, quale clausola di libera recedibilità, torna ad assumere tutta la sua importanza.

In queste realtà imprenditoriali vi è infatti un forte vincolo derivante dal contratto di assunzione del prestatore di lavoro⁴³⁰, che può essere risolto solo per giusta causa o giustificato motivo oggettivo o soggettivo.

In caso contrario, qualora vi fosse una illegittima espulsione della forza lavoro, le conseguenze subite dal datore di lavoro sarebbero quelle previste dall'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori⁴³¹.

429 Definendo con tali termini quelle imprese che occupino nello stesso comune più di 15 dipendenti o complessivamente nelle loro unità produttive più di 60 lavoratori, 5 per le imprese agricole e con esclusione di applicabilità della tutela reale alle cd. imprese di tendenza.

430 RODA' M. - SGARRA G., "Una stima del costo delle rigidità sulla crescita delle imprese", Centro Studi Confindustria, 25 gennaio 2008, numero 08-1.

431 Legge 20 maggio 1970, n. 300, "Norme sulla tutela della libertà e dignità dei lavoratori, della

La menzionata norma⁴³² prevede l'obbligo per il datore di lavoro di reintegrare il dipendente nella sua occupazione, salva la possibilità per questi – ai sensi della Legge n. 108/90 e fatto sempre salvo il diritto al risarcimento del danno subito - di scegliere tra il pagamento di un'indennità sostitutiva o la detta reintegrazione⁴³³.

Pertanto nelle imprese che superino i limiti dimensionali fissati dall'art. 18 S.L. si potranno scegliere due sole strade al momento dell'assunzione del personale.

Il datore potrà assumere, definitivamente e da subito, il dipendente con un contratto di lavoro subordinato che potrà interrompere solo per giusta causa o giustificato motivo, pena l'obbligo di reintegrazione del lavoratore nella sua occupazione⁴³⁴.

Oppure egli potrà ricorrere al lavoro in prova proteggendosi, seppur per un breve lasso di tempo, dal pericolo di incardinare un definitivo rapporto di lavoro con un dipendente che potrebbe poi risultare “sgradito” e/o inadatto e/o non rispondente alle esigenze aziendali.

Indiscutibilmente emerge l'interesse delle imprese medio-grandi ad avvalersi della clausola della prova, posticipando in questo modo la definitività del rapporto di lavoro subordinato con i propri dipendenti ed evitando il rischio di trovarsi da subito vincolate⁴³⁵.

libertà sindacale e dell'attività sindacale nei luoghi di lavoro e norme sul collocamento”, pubblicata su Gazzetta Ufficiale del 27 maggio 1970, n. 131.

432 Art. 18. (Reintegrazione nel posto di lavoro). *Ferma restando l'esperibilità delle procedure previste dall'articolo 7 della legge 15 luglio 1966, n. 604, il giudice, con la sentenza con cui dichiara inefficace il licenziamento ai sensi dell'articolo 2 della legge predetta o annulla il licenziamento intimato senza giusta causa o giustificato stesso, ordina al datore di lavoro di reintegrare il lavoratore nel posto di lavoro. Il lavoratore ha diritto al risarcimento del danno subito per il licenziamento di cui sia stata accertata la inefficacia o l'invalidità a norma del comma precedente. In ogni caso, la misura del risarcimento non potrà essere inferiore a cinque mensilità di retribuzione, determinata secondo i criteri di cui all'articolo 2121 del codice civile.....omissis.....”.*

433 La Legge n. 108 del 1990 all'art. 1, rubricato “Reintegrazione”, prevede che “al prestatore di lavoro è data la facoltà di chiedere al datore di lavoro in sostituzione della reintegrazione nel posto di lavoro, un'indennità pari a quindici mensilità di retribuzione globale di fatto”. Scelta da compiersi entro 30 giorni dall'invito rivolto dal datore di riprendere servizio.

434 Con tutte le conseguenze economiche che ne deriveranno in termini di pagamento delle retribuzioni, dei contributi previdenziali ed assistenziali, ecc e ciò anche nel caso in cui il datore non provveda concretamente alla reintegra del prestatore (obbligo non suscettibile di esecuzione forzata in forma specifica) che, seppur inattivo, dovrà comunque essere retribuito come se si usufruisse della sua prestazione.

435 BURSESE G.A., in “Nuovo diritto”, 1981, pag. 637.

L'istituto in parola è la scappatoia attraverso cui garantirsi la flessibilità nella gestione della forza lavoro e mettersi al riparo da rimedi quali il licenziamento che, qualora venisse giudizialmente dichiarato illegittimo, obbligherebbe comunque l'impresa a farsi carico dell'oneroso costo di un lavoratore non voluto.

Cautela che perde di significato per le piccole imprese dotate nei fatti di un'ampia libertà di recesso, travalicante i limiti della giusta causa e del giustificato motivo.

L'utilità della prova è direttamente proporzionale al regime di rigidità del recesso cui la singola impresa è sottoposta.

La polverizzazione del nostro tessuto imprenditoriale ha originato il disinteresse verso di essa e la sua scarsa utilizzazione pratica: derivando dal licenziamento illegittimo del lavoratore non assunto in prova, la blanda tutela obbligatoria ex Legge n. 604/66⁴³⁶.

Ad ogni modo, indipendentemente dalla grandezza della realtà produttiva considerata, vale la pena di considerare che oltre la metà dei contratti di lavoro a tempo indeterminato cessa entro i primi due anni di "vita"⁴³⁷.

Osservando il flusso dei contratti di lavoro iniziati tra il 1998 ed il 2001 emerge che più della metà di essi – il 56,7% per l'esattezza – termina entro il lasso di tempo suindicato: entro il primo anno terminano il 31,5% dei contratti a tempo pieno e indeterminato; entro i primi due anni le quote salgono al 46,1%. Inoltre nel primo anno termina il 32,5% dei contratti a tempo indeterminato *part-time* ed entro il secondo si passa al 47,4%⁴³⁸.

Questa è un'ulteriore ragione che ha scoraggiato il potenziamento del lavoro in prova quale strumento di libera recedibilità.

436 I.S.T.A.T., "Rapporto annuale. La situazione del Paese nel 2008", op. cit., che evidenzia altresì come la frammentazione del settore produttivo sia completata da un numero di lavoratori autonomi che, nel 2006, era pari al triplo rispetto alla media europea

437 La base dati usata è il *Work Histories Italian Panel (Whip)* per il periodo compreso tra il 1985 ed il 2003: comprendente storie lavorative individuali costruite a partire dagli archivi amministrativi dell'Inps; la popolazione di riferimento è costituita dai lavoratori dipendenti del settore privato non agricolo, dai lavoratori autonomi commercianti o artigiani, dai contribuenti alla gestione separata per i lavoratori parasubordinati, dai disoccupati che ricevono indennità, dai pensionati e dai lavoratori dipendenti del settore pubblico con contratto di durata prefissata.

438 BERTON F., RICHIARDI M., SACCHI S., (a cura di), "Flessibilità del lavoro e precarietà dei lavoratori in Italia", op. cit., pag. 8.

Oltre il 46% delle assunzioni compiute a tempo pieno ed indeterminato, nonché il 47% di quelle a tempo indeterminato ma part-time, cessano di esistere entro i primi due anni dalla data di sottoscrizione del relativo contratto.

Il lavoro subordinato a tempo indeterminato, pertanto, nella prassi non costituisce affatto un vincolo stabile e definitivo per il datore di lavoro medio o grande imprenditore, né tantomeno garantisce la stabilità occupazionale al lavoratore.

Ciò indipendentemente dal ricorso o meno al periodo di prova, come elemento accidentale del negozio giuridico stipulato tra le parti, funzionalizzato a garantire la libera recedibilità delle parti all'esito del reciproco esperimento.

Le dimensioni delle imprese italiane, sottoposte alla applicabilità della sola tutela obbligatoria in caso di licenziamento illegittimo e la breve durata media dei contratti di lavoro a tempo indeterminato, sono senza dubbio elementi che valgono a giustificare l'accantonamento della prova nel nostro sistema giuslavoristico.

Per comprendere la crisi dell'istituto del lavoro in prova, è però il caso di considerare anche l'introduzione di forme di gestione della forza lavoro cosiddette flessibili⁴³⁹.

Queste nuove tipologie contrattuali consentirebbero di compiere un esperimento di fatto del lavoratore, senza avvalersi della prova tipizzata dall'art. 2096 c.c., che sembrerebbe aver contribuito a privarla di qualunque utilità residua.

439 Nel quadro di uno sviluppo economico ed occupazionale che non può svincolarsi dagli obiettivi di politica economica e sociale di cui al Trattato, alla Carta dei diritti fondamentali dell'UE e dalle conclusioni raggiunte dal Consiglio Europeo di Lisbona in data 23 e 24 marzo 2000 con cui si è imposto all'UE un nuovo obiettivo strategico sul piano economico, ossia *“di diventare il sistema economico il più competitivo ed il più dinamico al mondo, capace di una crescita economica sostenuta, di un aumento ed un miglioramento delle attività lavorative nonché di una maggiore coesione sociale.”*

16.2 Flessibilizzazione delle forme di lavoro e riflessi sulla sperimentazione del lavoratore subordinato.

Retrocedendo all'epoca dell'entrata in vigore del Codice Civile del 1942, quando è stato disciplinato l'istituto della prova con l'art. 2096 c.c., vi erano due tipologie contrattuali utilizzabili per l'assunzione del personale dipendente.

Modello di riferimento era sicuramente il contratto di lavoro subordinato a tempo pieno ed indeterminato, che costituiva la normale forma di assunzione⁴⁴⁰.

La Legge n. 230/62⁴⁴¹ regolamentava poi il lavoro a tempo determinato, utilizzabile solo in ipotesi tassative quali attività stagionali, specifici programmi televisivi o radiofonici e altri servizi di tipo occasionale e straordinario, confermando - all'art. 1 - la regola inderogabile secondo cui "*il contratto di lavoro si reputa a tempo indeterminato*".

Vi era un'estrema rigidità nell'ingresso nel mondo del lavoro giustificata dalla volontà di proteggere il dipendente subordinato, soggetto debole del rapporto, da uno sfruttamento indiscriminato della sua prestazione e della sua persona, che inevitabilmente ne è implicata⁴⁴².

Tendenza protettiva rafforzata dai principi costituzionalmente affermati della sufficienza della retribuzione, della sua proporzionalità alla qualità e quantità del lavoro prestato, del diritto alla previdenza ed all'assistenza sociale, del diritto di sciopero, della libertà sindacale e così via.

Dovendo l'imprenditore ricorrere ordinariamente all'assunzione a tempo indeterminato e pieno del dipendente, la prova ex art. 2096 c.c. costituiva un fondamentale strumento per acquisire la conoscenza delle sue capacità ed attitudini e decidere scientemente di rendere definitivo il rapporto di

440 E che a tutt'oggi viene considerata tipologia di riferimento, si vedano a titolo esemplificativo Cass. Civ., n. 14026/04; Cass. Civ., n. 14011/04; Cass. Civ., n. 7468/02; Corte d'Appello di Catanzaro, 9 febbraio – 2 marzo 2006, n. 226; Tribunale di Monza, 19 maggio 2005, n. 168; Tribunale di Milano, 31 maggio 2005, n. 2126.

441 Legge 18 aprile 1962, n. 230, "*Disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato*", pubblicata su Gazzetta Ufficiale del 17 maggio 1962, n. 125.

442 PERONE G., "*Lineamenti di diritto del lavoro*", "Evoluzione e partizione della materia tipologie lavorative e fonti", op. cit.

lavoro già avviato.

Nel corso dei sei mesi massimi di prova, previsti per legge, era possibile compiere un'attenta analisi della sua personalità, della capacità di adattamento all'ambiente aziendale, della diligenza nello svolgimento delle mansioni affidategli e di darne una valutazione discrezionale. Facendo discendere, dal proprio personale convincimento, l'incardinarsi di un rapporto di lavoro stabile o l'esercizio del libero recesso.

Il sistema giuslavoristico italiano, nel quale la clausola della prova si inseriva come correttore della rigidità nella regolamentazione di assunzioni e licenziamenti, si è però scontrato con la profonda modificazione dell'economia globalizzata.

L'internazionalizzazione degli scambi si fonda infatti sul principio di libera concorrenza⁴⁴³ e sulla diffusione di nuove tecnologie, sempre più avanzate, che hanno consentito solo alle imprese in grado di investire in innovazione, di abbattere i costi di produzione e rimanere sul mercato.

Le conseguenze di questa radicale trasformazione sono state, in Italia, la crescita esponenziale della disoccupazione e la patologica diffusione del cosiddetto lavoro sommerso, ovvero dell'utilizzazione di personale senza che tra le parti viga alcun contratto di lavoro e senza che vi sia alcuna garanzia normativa e/o retributiva per il prestatore⁴⁴⁴.

In armonia con gli obiettivi occupazionali fissati dall'Unione Europea e nel rispetto del principio di libera concorrenza, che informa anche il mercato unico europeo⁴⁴⁵, è stato necessario ripensare l'organizzazione delle aziende italiane, sotto il profilo della gestione delle risorse economiche e finanziarie disponibili.

Primo obiettivo era quello di ridurre – per quanto possibile – le rigidità normative che stavano pregiudicando l'interesse principale

443 Sia nel mercato internazionale che in quello comunitario del quale l'Italia è parte integrante, si veda *ex plurimis* MASTRONARDI F., VERRILLI A., (a cura di), *“Diritto dell'Unione Europea. Aspetti istituzionali e politiche comuni”*, Edizioni Giuridiche Simone XVI edizione, luglio 2008.

444 DEL GIUDICE F., MARIANI F., IZZO F., (a cura di), *“Diritto del lavoro”*, op. cit.

445 CIOCCOLO V., FURFARO P., PIRAS P., (a cura di), *“Il punto su.....La riforma Biagi: il lavoro atipico e flessibile”*, ISFOL, Le monografie del CDS: temi e strumenti, ottobre 2004, pag. 4.

all'occupazione⁴⁴⁶ ma, a fronte dell'impossibilità di riformare la normativa a protezione dell'impiego⁴⁴⁷, le politiche del lavoro sono andate nella direzione della progressiva liberalizzazione delle forme contrattuali definite "atipiche", ovvero estranee al modello del lavoro subordinato a tempo pieno ed indeterminato⁴⁴⁸.

Si è introdotto il lavoro temporaneo o interinale⁴⁴⁹, successivamente sostituito dalla cosiddetta somministrazione di lavoro ex D. Lgs. n. 276/03, che ha consentito di derogare al divieto generale di interposizione, che impediva la mancata coincidenza tra la figura del datore di lavoro e quella dell'utilizzatore della prestazione.

Tale fattispecie si basa su un contratto di somministrazione che sarà concluso tra agenzia dotata di apposita autorizzazione ministeriale ed utilizzatore, ed un contratto di lavoro subordinato, tra agenzia di somministrazione e singolo lavoratore, che verrà di volta in volta inviato presso il soggetto che ne utilizzerà la prestazione, esercitando il proprio potere direttivo.

Per consentire all'imprenditore di disporre di un'organizzazione elastica, più adatta ad affrontare la concorrenza internazionale, è stata modificata la disciplina sul contratto a termine, oggi regolato dal D. Lgs. n. 368/01⁴⁵⁰ e successive modifiche, che ne consente l'uso in tutte le ipotesi nelle quali vi siano esigenze tecniche, organizzative, produttive e sostitutive dell'impresa.

Il Decreto Biagi ha poi riformato altre forme contrattuali flessibili quali il lavoro *part-time*, arricchito da clausole flessibili ed elastiche, l'apprendistato ed i contratti di formazione, introducendone di nuove come il lavoro intermittente⁴⁵¹

446 VALLEBONA A., "Istituzioni di diritto del lavoro", Volume II, op. cit., pag. 581.

447 Per la radicale opposizione delle parti sociali a qualunque genere di intervento in merito all'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori ed ai feroci scontri politici che si sono avuti ogniqualevolta si è tentato di modificare l'assetto attualmente esistente.

448 BERTON F., RICHIARDI M., SACCHI S., (a cura di), "Flessibilità del lavoro e precarietà dei lavoratori in Italia", in Rivista Italiana di Politiche Pubbliche, n. 1/2009, pag. 2.

449 Con la Legge Treu n. 196/97/CE, artt. 1-11, che derogava alla Legge n. 1369/60.

450 Approvato in attuazione della Direttiva Comunitaria 1999/70 relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, concluso dall'Unice, Ceep e Ces, volta a realizzare un equilibrio tra flessibilità e sicurezza nel lavoro.

451 Contratto di lavoro subordinato avente ad oggetto lo scambio tra retribuzione da un lato e disponibilità del lavoratore a rendere la propria prestazione in caso di chiamata datoriale. Fattispecie soppressa con la Legge n. 247/07 e successivamente reinserita con Legge n. 133/08, ma che fino alla fine del 2005 non aveva destato l'interesse della contrattazione

ed il *job sharing*⁴⁵².

Queste forme alternative di lavoro si sono diffuse in quanto hanno consentito un incontro tra domanda ed offerta, caratterizzato dalla flessibilità necessaria a rimanere competitivi sul mercato nazionale ed internazionale.

Secondo i dati della *Rilevazione continua delle forze di lavoro* dell'Istat, nel 2008 circa 13 milioni di individui erano occupati con un contratto tipico, mentre gli occupati con contratti a termine erano 2,4 milioni⁴⁵³.

I contratti atipici riguardavano invece oltre 4,8 milioni di lavoratori così ripartiti: circa 2 milioni di lavoratori con un contratto di lavoro a tempo indeterminato *part-time* (8,5%), 142.000 lavoratori in somministrazione (0,6%), quasi 400.000 con un contratto di formazione o in apprendistato (1,7%), 425.000 lavoratori stagionali (1,8%), 1,4 milioni di lavoratori dipendenti con un contratto a termine di altra natura (6%) e 370.000 collaboratori (1,6%)⁴⁵⁴.

Oltre 7 milioni di dipendenti sono inseriti nel mercato occupazionale con contratti di lavoro che permettono al datore di far fronte alle esigenze tecnico-produttive aziendali, riducendo al minimo il rischio di trovarsi immobilizzato, nel caso di medie e grandi dimensioni, nella maglie della tutela reale in caso di licenziamenti individuali.

Prendendo atto dei suestesi dati e confrontando le modalità di gestione "atipica" della forza lavoro, con il contratto di lavoro a tempo pieno ed indeterminato, con clausola di prova, emerge quanto segue.

La polverizzazione della struttura imprenditoriale italiana, che vede il 95% delle imprese esposte alla sola tutela obbligatoria in caso di recesso, determina l'inutilità concreta della prova, intesa come clausola di libera recedibilità.

La sua funzione residuale sarebbe quella di consentire una valutazione

collettiva, tanto da essere inserito solo nel CCNL delle P.M.I. Agricole.

452 Contratto di lavoro subordinato nel quale due dipendenti assumono solidalmente l'obbligazione di svolgere la medesima prestazione in favore dello stesso datore, decidendo tra loro la ripartizione oraria e giornaliera del lavoro dandone preventiva comunicazione allo stesso.

453 MANDRONE E., "La riclassificazione del lavoro tra occupazione standard e atipica: l'indagine *Isfol Plus 2006*", Studi Isfol, n. 2008/1 – marzo.

454 BERTON F., RICHIARDI M., SACCHI S., (a cura di), "Flessibilità del lavoro e precarietà dei lavoratori in Italia", op. cit., pag. 2.

integrale del lavoratore, sotto l'aspetto della preparazione professionale e sotto il profilo umano, stabilendo se sia in grado di rapportarsi con i colleghi ed i superiori gerarchici, di rispettare le regole di organizzazione del lavoro fissate dal datore, di svolgere le mansioni affidategli e così via.

Nel lavoro in prova rileva la personalità complessiva del dipendente, intesa come coacervo di doti personali e professionali, che consente di valutarne il rendimento tramite l'adempimento dei compiti assegnatigli.

La verifica della sua idoneità ad osservare gli obblighi di diligenza, disciplina e fedeltà, nel momento in cui è sottoposto all'esperimento, porterà a ritenere che il lavoratore, anche nello svolgimento futuro del rapporto, sarà in grado di rispondere all'aspettativa dell'imprenditore di ricevere una prestazione utile nell'interesse dell'impresa⁴⁵⁵.

La clausola della prova manterrebbe quindi la sua funzione di "scoperta" del rendimento del lavoratore, inteso come capacità ed attitudine a svolgere, in un secondo momento, le mansioni che gli verranno conferite nel contesto organizzativo dell'impresa.

Sottoscrivendo pertanto un contratto di lavoro a tempo indeterminato, con periodo di prova, nel corso di essa il datore potrà scegliere consapevolmente e discrezionalmente se tenere il dipendente a titolo definitivo o recedere.

Si discute però, in dottrina e giurisprudenza, della possibilità di "provare" il lavoratore avvalendosi di rapporti contrattuali, tendenzialmente a tempo determinato, che renderebbero di fatto possibile la sua sperimentazione.

Una prima osservazione può coinvolgere l'ipotesi di conclusione, tra le stesse parti e per le stesse mansioni, di uno o più contratti di lavoro a tempo determinato, che si estingueranno automaticamente allo spirare del termine prefissato dalle parti e rimarranno esclusi dall'applicazione della Legge n. 604/66.

Il dipendente in questo caso verrà introdotto nell'azienda, con assegnazione di precise mansioni che dovrà diligentemente e fedelmente svolgere per tutta la durata della sua occupazione e sarà sottoposto al potere direttivo e

455 FEDERICI A., "Successione di rapporti e reiterazione della prova", op. cit.

disciplinare del datore di lavoro.

Quest'ultimo, per un periodo che potrà protrarsi fino a tre anni, analizzerà approfonditamente le capacità del proprio sottoposto e deciderà, qualora lo ritenga un elemento valido ed adatto alle esigenze aziendali, di assumerlo definitivamente.

Il lavoro a termine, quindi, eccezion fatta per le ipotesi di utilizzo fraudolento⁴⁵⁶, realizzerebbe la stessa funzione sperimentale del lavoro in prova, consentendo di incardinare nella propria organizzazione produttiva, un dipendente già sottoposto ad un vaglio, addirittura triennale e concretizzando - di fatto - un'estensione della prova oltre i limiti legalmente fissati.

Stessa possibilità di sperimentazione di fatto si avrebbe nel contratto di somministrazione nel quale il lavoratore, assunto dall'agenzia di somministrazione, svolgerà la propria prestazione presso un soggetto terzo, ovvero l'utilizzatore⁴⁵⁷.

Quest'ultimo si avvarrà dell'operato del somministrato, testandone le capacità di adattamento all'ambiente aziendale e le doti tecnico-professionali, senza assumere su di se' oneri che invece graveranno esclusivamente sul datore di lavoro (*rectius* l'agenzia di somministrazione)⁴⁵⁸.

L'utilizzatore potrà successivamente decidere di assumere il somministrato, con contratto di lavoro subordinato, per lo svolgimento delle medesime mansioni espletate in precedenza, avendolo già concretamente valutato seppur senza il ricorso allo strumento tipizzato del lavoro in prova⁴⁵⁹.

Pertanto anche l'interposizione di manodopera sarebbe idonea ad essere utilizzata come "prova di fatto", ovvero come modalità di reclutamento del

456 Ovvero con l'unica intenzione di dissimulare un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, per eludere l'applicazione della normativa inderogabile posta a tutela del prestatore.

457 Il lavoro interinale coinvolgeva circa 700.000 persone nel 2001 e nel 22,6 % dei casi si è trasformato in uno sbocco definitivo in azienda.

458 Cui spetterà l'esercizio del potere disciplinare e su cui graveranno tutti gli oneri normalmente scaturenti da un contratto di lavoro subordinato, eccezion fatta per l'adozione di misure volte a proteggere la sicurezza dei prestatori che saranno a carico dell'utilizzatore.

459 CGIL Servizi Vertenziali e Legali Milano e Lombardia, (a cura di), "Patto di prova e precedente impiego come lavoratore temporaneo", in Note informative n. 39 dell'agosto 2007, pag. 51.

personale per quelle aziende che non intendano, sin da subito, procedere ad assunzioni alle proprie dipendenze⁴⁶⁰.

Lo stesso lavoro a progetto, pur riferendosi ad un'ipotesi di parasubordinazione, non impedirebbe di verificare le attitudini tecniche, professionali e personali del collaboratore, necessarie alla realizzazione dello specifico progetto e/o programma di lavoro oggetto del suo contratto⁴⁶¹.

In pratica la prova potrebbe ritenersi eseguita indipendentemente dai casi in cui una prestazione sia stata resa in presenza di una dipendenza diretta (gerarchica o funzionale), ma anche quando vi sia stata una collaborazione che abbia permesso al datore di saggiare la capacità del dipendente di fornire un *facere* idoneo a soddisfare il suo bisogno economico⁴⁶².

Rientrerebbe quindi in tale novero anche l'attività professionale svolta saltuariamente sotto forma di lavoro a chiamata, o quella eseguita con il *job sharing*.

Le considerazioni svolte hanno spinto la dottrina ad ipotizzare il passaggio dalla concezione della prova, quale oggetto di un apposito negozio giuridico, alla concezione della prova come sperimentazione *in executivis* nel rapporto e quindi il passaggio dalla nozione formale di patto di prova alla nozione funzionale di "prova di fatto".

Non rilevarebbe più – secondo tale corrente di pensiero - la manifestazione di volontà delle parti, ma ciò che il lavoratore ha fatto in sede di esecuzione dell'attività lavorativa, nel medesimo contesto aziendale nel quale, sotto il vincolo di diretta subordinazione, dovrà lavorare in virtù del successivo rapporto⁴⁶³.

Anche la recente giurisprudenza della Suprema Corte sembra seguire questa corrente di pensiero ritenendo che nel lavoro in prova non ha alcuna rilevanza l'imputazione soggettiva del rapporto, ma è dirimente la "*materiale*

460 CATENACCI L., "*Donne e lavoro atipico*", 8 aprile 2010, in Monster.it sezione Lavoro&carriere.

461 Tribunale Milano, 3 aprile 2001, in L.G., 2001, pag. 1099.

462 PRETEROTI, "*Scarso rendimento: indice sintomatico e segno non equivoco della negligenza*", in ADL, 2004, I, pag. 381.

463 FEDERICI A., "*Successione di rapporti e reiterazione della prova*", op. cit.

*prestazione di attività di lavoro all'interno dell'organizzazione imprenditoriale*⁴⁶⁴.

Consegue, a tale affermazione di principio, che la prova sarà superflua quando in precedenza vi sia stato tra le stesse parti un diverso contratto, che abbia loro consentito di conoscersi reciprocamente e di avere contezza delle rispettive qualità / attitudini.

E' il caso di due rapporti di lavoro subordinati alle dipendenze dello stesso datore, che instaureranno la medesima dipendenza gerarchica e funzionale tra gli stessi soggetti.

Ancora la prova sarà inutile se il lavoratore abbia già prestato materialmente la propria attività lavorativa all'interno dell'organizzazione imprenditoriale, seppur alle dipendenze di un soggetto diverso dal titolare dell'azienda.

E' l'ipotesi in cui, pur mancando una dipendenza gerarchica formale, vi sia una dipendenza funzionale tale da consentire l'esercizio di un potere direttivo, come per l'assunzione diretta del dipendente precedentemente utilizzato tramite somministrazione di lavoro.

Ne deriva che se lo scopo della prova, intesa quale reciproca valutazione di convenienza, è già stato in altro modo raggiunto⁴⁶⁵, la clausola apposta ad un successivo contratto di lavoro subordinato sarà priva di giustificazione causale⁴⁶⁶.

Resta però il dubbio se la "prova di fatto" possa effettivamente valere come equivalente della prova convenzionale.

L'istituto tipizzato, infatti, ha la funzione di consentire non solo una verifica delle competenze tecnico-pratiche del lavoratore, ma anche di valutarne le capacità personali, vista l'importanza di inserire nell'impresa un elemento valido professionalmente, ma anche una persona che - sotto il profilo

464 Cass. Civ., 2 dicembre 2004, n. 14580, in *Riv. Giur. Lav.*, 2005, n. 2, pag. 247.

465 L'esistenza di un precedente rapporto di lavoro pur non determinando automaticamente la nullità della clausola della prova, costituisce un indizio di tale importanza da formare oggetto di una presunzione *iuris tantum, ex plurimis* Cass. Civ., 7 dicembre 1998, n. 12379, Tribunale di Milano, 3 aprile 2001, in *L.G.*, 2001, pag. 1099.

466 Principio sostenuto per la prima volta da Pretura di Firenze, 24 settembre 1987, in *T.L.G.*, 1987, pag. 685; Cass. Civ., Sez. Lav., 5 maggio 2004, n. 5016, in *Foro It. Rep.*, 2004, Lavoro (rapporto) 3890, n. 1314; Cass. Civ., Sez. Lav., 7 dicembre 1998, n. 12379, in *N.G.L.*, 1999, n. 36; Tribunale Busto Arsizio, 22 gennaio 2002, in *R.C.D.L.*, 2002, pag. 345.

umano - sia adatta all'ambiente nel quale dovrà quotidianamente operare e con il quale dovrà interagire.

La dottrina ha aderito alle pronunce giurisprudenziali volte a riconoscere valore alla "prova di fatto", osservando che la diffusione delle tipologie contrattuali atipiche, seppur non finalizzate alla sperimentazione del rapporto, consente all'imprenditore una valutazione dinamica del lavoratore, ben al di là degli stretti limiti temporali del periodo di prova⁴⁶⁷.

A parere della scrivente però, strumenti quali il lavoro a tempo determinato, la somministrazione di lavoro, il lavoro intermittente, o le collaborazioni a progetto, in sostituzione della prova tipica, non sono in grado di consentire la conoscenza della professionalità e della vera personalità del prestatore.

Ciò sia per la frammentarietà nell'uso della forza lavoro che caratterizza tali tipologie contrattuali, sia per il mancato inserimento stabile del lavoratore nell'azienda datoriale.

Nel contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, con clausola di prova, il lavoratore si troverà già inserito in un rapporto tendenzialmente definitivo, che potrà stabilizzarsi entro un periodo massimo di sei mesi.

Nel corso dell'esperimento, pertanto, egli sarà incentivato ad operare con la massima diligenza ed attenzione possibili, dando il meglio di sé e dimostrando al proprio superiore le sue doti personali e la sua preparazione ai fini dell'assunzione.

Lo sforzo profuso sarà ricompensato con la prosecuzione del rapporto lavorativo in via definitiva, obiettivo fondamentale del prestatore che tende ad ottenere una fonte di reddito sicura, che gli consenta di vivere una vita libera e dignitosa e di sostenere la propria famiglia.

La prova, quindi, rappresenta un'occasione unica per il lavoratore di mostrare tutte le sue capacità, di mettere in pratica anni di studio e/o di formazione professionale, di esprimere appieno il suo valore e l'utilità che ne deriverebbe per l'impresa datrice di lavoro.

Completamente diverso è l'approccio che il prestatore di lavoro avrà a fronte

467 CARINCI – DE LUCA TAMAJO – TOSI – TREU T., (a cura di), *"Il rapporto di lavoro subordinato"*, Torino, 1998, pag. 80.

della sua assunzione con contratti di lavoro a termine o atipici.

Egli, sin dall'inizio, sarà cosciente della temporaneità dell'occupazione offertagli e della difficoltà ad essere successivamente inserito in pianta stabile nell'organico del datore di lavoro, che spesso ricorre a tali forme contrattuali solo per eludere la disciplina inderogabile sul lavoro subordinato.

Il lavoratore, privo dello stimolo rappresentato da una potenziale occupazione definitiva, sarà disinteressato a sforzarsi per mostrare la sua capacità a svolgere correttamente ed al meglio le mansioni affidategli; non porrà particolare attenzione sotto il profilo della diligenza e della fedeltà; non si sentirà affatto responsabilizzato e molto probabilmente attenderà in modo passivo - senza mostrare ciò che è realmente in grado di fare - la scadenza del suo contratto di lavoro.

Allo stesso modo, sapendo di non rimanere nel medesimo contesto aziendale per un lungo periodo di tempo, non avvertirà il bisogno di rapportarsi con attenzione e cura al resto del personale, ai superiori ed a tutti gli altri soggetti con i quali entrerà in contatto (quali ad esempio clienti di un esercizio commerciale, utenti di un servizio, ecc.).

In questo modo sarà impossibile per il datore avere un quadro della capacità professionale e personale del dipendente che sia fedele al suo vero modo di essere. L'esperimento che di fatto si compirebbe, quindi, non darebbe risultati attendibili e non sarebbe in grado di sostituire la clausola tipica della prova, vissuta dal dipendente con uno spirito diverso.

E' un dato di comune esperienza che la sfiducia nella possibilità di stabilizzazione del rapporto di lavoro determina, inevitabilmente, uno scarso interesse a fare una buona impressione sul datore ed a profondere uno sforzo adeguato alle proprie potenzialità produttive.

Da uno studio dell'ISFOL⁴⁶⁸ emerge, ad esempio, che oltre la metà dei lavoratori a tempo determinato intervistati ritiene che la natura temporanea del proprio contratto non sia dettata da reali esigenze produttive, ma dalla

468 MANDRONE E., "La riclassificazione del lavoro tra occupazione standard e atipica: l'indagine Isfol Plus 2006", op. cit..

tendenza a ridurre il costo del lavoro e il costo opportunità legato alla possibilità di licenziare.

Questo clima di avvillimento e sfiducia generalizzato, rispetto al contratto a termine come strumento di valutazione e di inserimento del mondo del lavoro, si ripercuoterà senza dubbio sul modo in cui il lavoratore svolgerà le sue mansioni e collaborerà con gli altri.

L'aspetto psicologico con cui questi affronterà il lavoro "temporaneo" si andrà ad aggiungere in alcuni casi, nel cosiddetto lavoro atipico, all'episodico "incastonamento" del lavoratore nel contesto aziendale.

Si può pensare al lavoro intermittente o a chiamata, la cui causa è data dallo scambio tra retribuzione - indennità di disponibilità da un lato e disponibilità allo svolgimento della prestazione, con o senza obbligo di risposta, dall'altro.

Questa forma contrattuale potrebbe comportare lo svolgimento della prestazione lavorativa addirittura per pochi giorni nel corso dell'anno, impedendo al datore di valutare le capacità del dipendente anche se questi, chiamato a lavorare, si impegnasse al massimo delle proprie possibilità.

Stesso discorso può farsi per il *job sharing* che permetterebbe di sottoporre ad analisi la condotta complessiva del prestatore, solo per quella parte dell'obbligazione lavorativa da questi concretamente espletata e non per l'interezza della stessa.

Ancora il lavoro a progetto prevede soltanto un obbligo per il collaboratore di coordinarsi con l'organizzazione di impresa, operando in piena autonomia ed indipendenza quanto alla realizzazione del progetto o del programma, fulcro del contratto stipulato tra le parti.

Questa frammentazione nell'uso della forza lavoro, nonché il ricorso a forme di collaborazione al di fuori del contesto aziendale, rendono impossibile avere un quadro chiaro, completo e reale della produttività del lavoratore.

E' vero che il datore potrà avvalersi della prestazione di un soggetto che dovrà adempiere alle mansioni assegnategli – indipendentemente dalla forma contrattuale usata - e che potrà essere valutato rispetto all'impegno

dimostrato; ma è anche vero che questa conoscenza sarà priva dell'attendibilità necessaria ad incardinare un successivo contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato.

Il risultato di quella che dottrina e giurisprudenza definiscono come “prova di fatto”, sarà infatti fallato da distorsioni riconducibili alla discontinuità e/o parzialità della prestazione svolta dal dipendente e dallo scoraggiamento con il quale questi si avventurerà in un'occupazione destinata ad esaurirsi, sin dal suo sorgere.

Problematiche facilmente risolvibili qualora si tornasse ad avvalersi del tradizionale istituto della prova, inserito in un contratto di lavoro tipico.

Ponendo in essere, *ab origine*, un contratto di lavoro a tempo indeterminato in cui, per l'iniziale intervallo di tempo destinato alla prova, il dipendente avrà interesse ad operare con la massima diligenza ed efficienza di cui sia capace, mostrando da subito e per intero le proprie qualità. Eliminando, in questo modo, il rischio che la valutazione di convenienza datoriale si fondi su dati irreali, inficiati dal disinteresse e la noncuranza per un'occupazione precaria e dalla eccessiva discontinuità della prestazione resa.

Potrebbe senza dubbio obiettarsi che, nel corso della prova, il prestatore potrebbe mostrare un grado di attenzione, un attaccamento al lavoro di facciata e non corrispondente al suo vero modo di essere, al fine di ottenere un lavoro definitivo. L'esito eventualmente positivo dell'esperimento, infatti, sarebbe falsato, come già in passato fatto notare da chi mosse censure in merito all'inattitudine del patto di prova, in ragione della sua breve durata, a permettere un giudizio sufficiente della capacità del lavoratore⁴⁶⁹.

Allo stesso modo la minaccia del licenziamento su di lui pendente durante la prova, lo spingerebbe ad un più intenso, innaturale grado di diligenza, nella speranza di essere definitivamente assunto, salvo poi tornare ad un livello di rendimento di gran lunga più basso.

Ciò renderebbe inutile o addirittura controproducente il ricorso alla prova.

La falsa rappresentazione che il lavoratore potrebbe dare di se', sarebbe

469 RIVA SANSEVERINO L., “*Il lavoro nell'impresa*”, in Trattato di diritto civile diretto da Vassalli, Torino, 1960, pag.214.

facilmente superabile tramite un prolungamento del lavoro in prova, che renderebbe estremamente difficile fingersi diversi da ciò che si è, in modo costante e coerente.

Se si ipotizzasse, ad esempio, una prova con durata annuale, la distorsione della realtà volutamente posta in essere dal dipendente per i primi mesi di lavoro, a lungo andare verrebbe meno ed emergerebbe la sua vera natura, consentendo al datore di addivenire ad una determinazione sulla definitività dell'assunzione solida e basata su presupposti corretti.

Una persona disattenta, superficiale, poco professionale e/o diligente e/o corretta, aggressiva e/o prevaricatrice, non sarebbe in grado di nascondere a lungo il proprio modo di essere e quindi di ingannare i propri superiori, o chi dovrà occuparsi di esercitare su di lui il potere direttivo e disciplinare.

Valorizzando di nuovo la clausola tipica della prova, magari prolungandone la durata oltre il limite legale ad oggi vigente, e tornando ad incentivare la sottoscrizione di contratti di lavoro a tempo indeterminato, si otterrebbe un duplice risultato.

Come sopra esposto si tornerebbe ad un esperimento vero del prestatore, che sarebbe posto nelle condizioni di svolgere la sua attività continuamente all'interno dell'impresa, con ottime probabilità di rimanervi per tutta la sua vita lavorativa, ed ivi potrebbe mostrare tutte le sue capacità professionali e personali, in un favorevole clima di distensione.

Secondo poi, a fronte di un ridotto sacrificio per il lavoratore - sottoposto ad una "precarietà occupazionale" di poco prolungata⁴⁷⁰ - si ridurrebbe drasticamente l'uso fraudolento di forme di lavoro flessibili o atipiche.

Molto spesso, infatti, gli imprenditori assumono con contratti di lavoro atipici solo per evitare di sostenere il pesante costo del lavoro subordinato, sotto il profilo retributivo, previdenziale ed assistenziale, senza alcuna volontà di "provare" di fatto il lavoratore ed inserirlo stabilmente nel contesto aziendale. Già Marco Biagi⁴⁷¹ aveva evidenziato il pericolo di

470 Anche se sei mesi di mancata stabilità a fronte di un'occupazione a tempo indeterminato, che potrebbe protrarsi per tutta la vita lavorativa del singolo, pari all'incirca a 40-45 anni, non sembra poi un prezzo così alto da pagare.

471 BIAGI M., *"Il Libro bianco sul mercato del lavoro e la sua attuazione legislativa. Una riflessione sul cambiamento"*, in convegno A.I.D.LA.S.S., Firenze 18 gennaio 2002.

precarizzazione del lavoro insito nelle forme contrattuali atipiche diffuse nel nostro ordinamento, che hanno consentito di aggirare prescrizioni inderogabili, ma anche la normativa in materia di patto di prova, con una serie di forme di flessibilità d'entrata, dal contratto di formazione ad altre tecniche.

L'ipotesi della prova di fatto realizzata tramite contratti di lavoro flessibile, suscettibile di sostituirsi a quella tipizzata, ha senso solamente qualora vi sia l'effettiva volontà dell'imprenditore di assumere e quindi di ricorrere ad *escamotage* alternativi, per testare il potenziale lavoratore a tempo indeterminato.

Alcuna funzione sperimentale ha invece il lavoro atipico se l'obiettivo del datore è solo ed esclusivamente quello di non ricorrere al lavoro subordinato a tempo indeterminato, per eludere la rigida normativa vigente.

Per questa ragione Biagi ha sottolineato che *“o si fa come hanno fatto gli inglesi, allungando il periodo di prova ad un anno, due anni, e così si fa piazza pulita di tutta una serie di tecniche fraudolente e truffaldine, o ci si sposta in un'altra direzione e si promuove non solo con tecniche economiche, ma anche con tecniche normative l'uso del contratto a tempo indeterminato”*⁴⁷².

Sembra proprio questa la direzione in cui si sta, da ultimo, muovendo la dottrina.

Sono state infatti elaborate soluzioni che propongono il ricorso ad una nuova unica tipologia contrattuale, con un periodo di prova prolungato, che vada a sostituire gradualmente le forme di lavoro atipico, prevedendo una tutela via via crescente in favore del prestatore di lavoro.

In questo modo si potrà incrementare l'uso del contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, tornando ad investire seriamente nelle risorse umane, consentendo una fidelizzazione effettiva del dipendente ed ottenendo una forza lavoro senza dubbio di migliore qualità.

472 BIAGI M., *“Il Libro bianco sul mercato del lavoro e la sua attuazione legislativa. Una riflessione sul cambiamento”*, op. cit.

17. Rivalutazione del periodo di prova attraverso il modello del “contratto unico” di lavoro.

L'istituto della prova non ha più la sua ragion d'essere nella estrema libertà di entrambe le parti di recedere in questa fase del rapporto, bensì nel nesso logico che collega la facoltà di recesso delle parti alla natura strumentale del patto di prova, al quale l'ordinamento assegna la funzione di preparare l'edificazione del rapporto definitivo⁴⁷³.

Il lavoro in prova deve essere dunque prodromico alla stipulazione di un contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, unica fattispecie in grado di consentire all'azienda di investire a lungo termine su forza lavoro specializzata e di incrementare stabilmente i livelli occupazionali.

Tale esigenza, però, non può soddisfarsi se non attraverso una riduzione della rigidità in uscita vigente nel nostro sistema giuslavoristico, che costringe le imprese con più di 15 dipendenti a ponderare ogni nuova assunzione e quelle con meno di 15 dipendenti a non acquisire nuovo personale, rimanendo sotto il regime della tutela obbligatoria.

Da qui l'uso frequente di contratti di lavoro a termine, prevalentemente con durata semestrale⁴⁷⁴, o di forme alternative di utilizzazione della forza lavoro quali il lavoro a progetto, la somministrazione, e così via.

Queste considerazioni sono alla base di tre diverse proposte che hanno la dichiarata finalità di superare la precarietà occupazionale ed il ricorso indiscriminato a forme di lavoro atipiche, attraverso il recupero e la valorizzazione dell'istituto della prova⁴⁷⁵.

La prima proposta esaminata è quella degli economisti Boeri e Garibaldi, i quali configurarono un “*contratto unico*” di lavoro dipendente a tempo pieno ed indeterminato, con un periodo di prova iniziale di sei mesi, una fase di inserimento fino alla fine del terzo anno, ed una successiva fase di stabilità.

473 ZANGARI G., “*Il recesso dal rapporto di lavoro in prova. Studi sul contratto di lavoro con clausola di prova*”, op. cit., pag. 33.

474 MEZZANZANICA M., “*Un contratto unico per tutti? Perché potrebbe non essere né sostenibile né conveniente*”, su ilsussidiario.net, 5 novembre 2008.

475 IMOLA D., “*Superare la precarietà: ipotesi a confronto*”, su rivista “*Appunti*”, a cura di C.G.I.L.

Durante la fase di inserimento successiva alla prova sarebbe possibile procedere:-ad un licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo, con l'unico obbligo per l'impresa di pagare al lavoratore un'indennità di licenziamento⁴⁷⁶; -al licenziamento per giusta causa o per giustificato motivo soggettivo senza alcuna indennità.

Durante il periodo di prova e la fase di stabilità, invece, i licenziamenti individuali avverrebbero secondo la disciplina attuale⁴⁷⁷.

Questa proposta renderebbe più agevole per il datore il recesso, attraverso la previsione di un periodo di prova pari a sei mesi caratterizzato dalla libera recedibilità di cui all'art. 2096 c.c. ed un successivo intervallo di tempo - definito "di inserimento" - facilitato dalla previsione di un onere economico da sostenere solo in caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo.

In questo modo l'Italia si allineerebbe alla normativa vigente in numerosi Stati Europei: in Belgio, ad esempio, in caso di licenziamento illegittimo il lavoratore può pretendere esclusivamente il risarcimento del danno subito. Ma anche negli ordinamenti del lavoro più vicini al nostro, come in Francia e in Germania, non esistono normative comparabili con l'articolo 18 dello Statuto dei Lavoratori.

In Francia la pronuncia di illegittimità del licenziamento può comportare un ordine di reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, ma il datore di lavoro può liberarsene corrispondendo una indennità sostitutiva fino ad un massimo di 39 settimane di retribuzione.

Similmente accade nel Regno Unito dove il datore di lavoro può sempre liberarsi versando una indennità risarcitoria. Mentre in Germania il datore può rifiutare la reintegrazione del posto di lavoro se dimostra l'impossibilità di mantenere in organico il lavoratore⁴⁷⁸.

Boeri e Garibaldi ipotizzano la stipulazione di un contratto di lavoro definitivo, incentivandolo tramite l'ampia libertà di manovra nella gestione

476 Pari a quindici giorni di retribuzione per ogni trimestre di lavoro prestato, fino ad un massimo di sei mensilità nei tre anni.

477 BERTON F., RICHIARDI M., SACCHI S., (a cura di), *"Flessibilità del lavoro e precarietà dei lavoratori in Italia"*, op. cit.

478 BIAGI M., *"Flessibilità per creare lavoro"*, pubblicazione scritti risalenti al 2001 in materia di stabilità occupazionale, in Sole 24 ore, 17 marzo 2010.

della forza lavoro riconosciuta al datore per i primi 3 anni, evitando che forme contrattuali flessibili vengano impropriamente usate per il compimento di un processo di conoscenza impresa/lavoratore.

La valorizzazione del periodo di prova come strumento di flessibilità volto all'inserimento nel mondo del lavoro, caratterizza anche la proposta Ichino.

Quest'ultimo propone l'abolizione di tutte le forme di contratto temporaneo esistenti e l'istituzione di un contratto temporaneo limitato (CTL), di durata non inferiore a tre anni e non rinnovabile. Con possibilità per ciascun lavoratore di usufruire al massimo di tre CTL presso aziende diverse, prima di un'assunzione a tempo indeterminato⁴⁷⁹.

Alla riduzione dell'uso fraudolento di forme di lavoro a tempo determinato si accompagnerebbe poi l'introduzione di un "*contratto unico a tempo indeterminato*" per i nuovi assunti⁴⁸⁰, con cui gli imprenditori rinuncerebbero al lavoro precario in cambio di un contratto di lavoro tipico reso più flessibile da una tecnica di protezione della stabilità, diversa da quella attuale, per i licenziamenti dettati da motivo economico – organizzativo⁴⁸¹.

Il progetto Ichino si articola sui seguenti punti essenziali:

- tutti i nuovi rapporti di lavoro, esclusi soltanto quelli stagionali o puramente occasionali, si costituiscono con un contratto a tempo indeterminato, che si apre con un periodo di prova di sei mesi;
- la contribuzione previdenziale viene rideterminata in misura uguale per tutti i nuovi rapporti, una fiscalizzazione del contributo nel primo anno per i giovani, le donne e gli anziani determina la riduzione del costo al livello di un rapporto di lavoro a progetto attuale;
- dopo il periodo di prova, si applica la protezione prevista dall'articolo 18 dello Statuto per il licenziamento disciplinare e contro il licenziamento discriminatorio, per rappsaglia, o comunque per motivo illecito;
- in caso di licenziamento per motivi economici od organizzativi, invece, il

479 MORO A., "*Contratti di lavoro temporaneo: critica alla proposta di Ichino*", in Noisefromamerica.org, 11 maggio 2006.

480 FOSCHINI P., "*Via al contratto unico per i neoassunti si alla proposta di Ichino*", su Corriere della Sera, 20 Dicembre 2008, pag. 3.

481 ICHINO P., "*Periodo di prova e licenziamenti*", su pietroichino.it, proposta n. 3, 1 maggio 2008.

lavoratore riceve dall'impresa un congruo indennizzo che cresce con l'anzianità di servizio⁴⁸²;

- viene inoltre attivata un'assicurazione contro la disoccupazione di durata pari al rapporto intercorso con limite massimo di quattro anni, con copertura iniziale del 90% dell'ultima retribuzione, decrescente di anno in anno fino al 60%, condizionata alla disponibilità effettiva del lavoratore per le attività mirate alla riqualificazione professionale e alla rioccupazione⁴⁸³;

- l'assicurazione e i servizi collegati, affidati ad enti bilaterali, sono finanziati interamente a carico delle imprese, con un contributo determinato secondo il criterio *bonus/malus*: l'imprenditore che ricorre con maggiore frequenza al licenziamento per motivi economici od organizzativi vede lievitare il contributo; quello che non vi ricorre lo vede scendere.

Anche in questo caso siamo in presenza di un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato incardinato su un periodo di prova, previsto per legge, pari a 6 mesi e successivamente seguito da una fase in cui si ridurrà l'operatività della tutela reale ai soli licenziamenti discriminatori, disciplinari e/o illeciti.

Verranno invece liberamente consentiti licenziamenti per motivazioni economiche ed organizzative, sulla cui vera sussistenza non potrà sindacare il giudice, salvo il controllo, in caso di denuncia da parte del lavoratore, dell'esistenza di motivi discriminatori⁴⁸⁴.

Il "filtro" dei licenziamenti intimati per motivi economici sarà costituito dal loro costo per l'impresa che dovrà finanziare l'assicurazione contro la disoccupazione e pagare l'indennizzo dovuto al prestatore⁴⁸⁵.

482 L'indennizzo sarà pari ad una mensilità per ogni anno di servizio fino a dieci anni e a 45 giorni per ogni anno per il periodo superiore a dieci anni di anzianità.

483 Con la previsione di un cofinanziamento dello stato per le imprese che occupano meno di 16 lavoratori.

484 Qualora però il lavoratore possa vantare più di venti anni di anzianità di servizio in azienda, si presume che il licenziamento per motivi economici ed organizzativi sia discriminante in ragione dell'età; l'onere della prova dell'esistenza del giustificato motivo oggettivo cade in questo caso sul datore di lavoro.

485 BERTON F., RICHIARDI M., SACCHI S., (a cura di), "Flessibilità del lavoro e precarietà dei lavoratori in Italia", op. cit.

Non è mancato chi ha definito questa proposta di contratto unico come una non dichiarata e strisciante riforma dell'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori, la cui portata verrebbe senza dubbio ridotta⁴⁸⁶.

Per quanto a noi interessa Ichino ha ritenuto necessario, nella prospettiva di recupero del lavoro a tempo indeterminato, il ricorso ad un periodo di prova pari a sei mesi, come previsto dall'art. 2096 c.c., superando la tendenza della contrattazione collettiva - corporativa e post-corporativa - a distinguere in base alle competenze ed alla professionalità dei lavoratori, facendone derivare tempi di prova anche brevissimi (di 6 o 15 giorni).

Termine inadatto al soddisfacimento dell'esigenza di sperimentazione datoriale, anche per mansioni che non richiedano particolare specializzazione, qualora si voglia incentivare e promuovere un'occupazione definitiva e stabile.

Maggiore sarà la durata del lavoro in prova, con la libertà di recesso che ne deriva e la possibilità di conoscere il potenziale dipendente a tempo indeterminato personalmente e professionalmente, minore sarà la paura dell'imprenditore di assumere.

Convergono su tale assunto anche l'economista Leonardi ed il giuslavorista Pallini, secondo i quali tutti i rapporti di lavoro dipendente dovrebbero ricondursi a un'unica forma contrattuale, ovvero un *contratto unico d'inserimento formativo*, con l'obbligo di trasformare a tempo indeterminato il 50% degli assunti.

Vi sarebbe un percorso d'accompagnamento al lavoro stabile suddiviso in due periodi di pari durata: il primo di "abilitazione" a tempo determinato, di massimo tre anni, rescindibile con preavviso; il secondo, dopo l'assunzione a tempo indeterminato, di "consolidamento professionale", la cui durata sarà stabilita dai contratti collettivi in base alla professionalità da conseguire.

La rigidità in entrata, derivante dalla assunzione a mezzo del solo contratto unico, sarebbe temperata da periodi di prova più lunghi - fino a dodici mesi - da determinarsi in rapporto alla natura delle mansioni assegnate.

In uscita, dalla possibilità per le imprese con più di 15 dipendenti di ricorrere

486 GOTTARDI D., "Brevi osservazioni alla proposta di Ichino", dattiloscritto.

più facilmente ai licenziamenti individuali per giustificato motivo oggettivo, previo il pagamento di un'indennità economica di licenziamento⁴⁸⁷.

Questa indennità non sostituirebbe l'attuale regime di protezione dell'impiego, bensì si anteporrebbe ad esso: all'atto del licenziamento, il lavoratore avrebbe cioè facoltà di rinunciare all'indennità e di ricorrere in giudizio, ottenendo eventualmente la reintegrazione ed il risarcimento del danno; in caso di accettazione dell'indennità, però, il rapporto di lavoro sarebbe da ritenersi risolto⁴⁸⁸.

Intervenendo strutturalmente sul mercato del lavoro, si garantirebbe un'elevata flessibilità per i primi tre anni ed una convenienza economica derivante dalla riduzione dei costi contrattuali all'inizio e dagli sgravi contributivi dopo l'assunzione a tempo indeterminato, retroattivi dall'inizio se l'impresa avrà realmente fatto formazione.

A fronte di un periodo di prova di durata annuale, sarebbe sicuramente opportuno un successivo intervento della contrattazione collettiva volto ad evitare un uso, del modello contrattuale analizzato, «opportunistico» da parte delle imprese, tutt'altro che finalizzato all'inserimento del prestatore in azienda a tempo indeterminato.

È evidente che se si ricorresse al periodo di prova come sostituto degli attuali contratti di durata prefissata, si ripresenterebbero gli stessi problemi collegati all'uso fraudolento di forme atipiche di lavoro e non si giungerebbe ad una situazione di fatto diversa da quella attuale.

Tirando le somme, tutte le proposte più recenti volte al sostegno dei livelli occupazionali attraverso la riduzione della precarietà, passano attraverso un ripristino del contratto di lavoro a tempo indeterminato, come modello cardine delle politiche di assunzione dei dipendenti.

Ciò è riscontrabile nel seguente prospetto schematico.

487 LEONARDI M. - PALLINI M., "Contratto unico contro la precarietà", in *nelmerito.com*, 19 febbraio 2008.

488 BERTON F., RICHIARDI M., SACCHI S., (a cura di), "Flessibilità del lavoro e precarietà dei lavoratori in Italia", op. cit.

	BOERI-GARIBALDI	ICHINO	PALLINI-LEONARDI
Caratteristiche e funzionamento	Contratto unico di lavoro a tempo pieno ed indeterminato stipulabile da tutte le imprese e caratterizzato da una fase di inserimento fino al 3 ^a anno e da una successiva fase di stabilità	Contratto unico a tempo indeterminato stipulabile solo da imprese che aderiscano ad un contratto collettivo di transizione a nuovo sistema di protezione del lavoro	Contratto unico d'inserimento formativo stipulabile da tutte le imprese obbligate ad assumere a tempo ind. 50% personale. Basato su 1 ^a fase di "accompagnamento" al lavoro di durata max triennale e 2 ^a fase di "consolidamento" con durata stabilita dai CCNL
Durata prova	6 mesi	6 mesi	Fino a 12 mesi
Licenziamento durante prova	O durante il periodo di stabilità successivo al 3 ^a anno applicazione disciplina vigente in base alle dimensioni aziendali	Applicazione disciplina vigente ex art. 2096 c.c.	O in fase di consolidamento professionale applicazione disciplina vigente in base alle dimensioni aziendali
Licenziamento dopo prova	E fino al termine della fase di inserimento: - per giustificato motivo ogg. indennità pari max a 6 mensilità di retribuzione nei 3 anni; - per giustificato motivo sogg. o giusta causa nulla.	Per motivi economici o organizzativi indennizzo crescente in base ad anzianità di servizio, finanziato dalla impresa con criterio <i>bonus malus</i> ed ammortizzatori sociali per max 4 anni a carico dell'azienda salvo ricollocazione. Art. 18 S.L. operante solo per licenziamenti disciplinari, discriminatori e/o illeciti	Nella fase di "accompagnamento" per giustificato motivo ogg. indennità di licenziamento che, per imprese con più di 15 dipendenti, potrà essere preventivamente accettata dal lavoratore con rinuncia al contenzioso

Tutte le nuove assunzioni dovrebbero avvenire tramite un modello unico di contratto di lavoro dipendente a tempo indeterminato, sostitutivo delle molteplici fattispecie atipiche spesso usate per finalità diverse da quelle che avevano portato alla loro regolamentazione, anche attraverso il Decreto Legislativo Biagi.

Contratto unico caratterizzato da un graduale accesso al regime di stabilità

del rapporto di lavoro ovvero da un'accresciuta flessibilità "in uscita", che passa attraverso il riconoscimento, a favore del lavoratore licenziato per motivi economici o organizzativi - che rinunci a contestare la legittimità del licenziamento - di un'indennità in denaro, commisurata al periodo di servizio e aggiuntiva rispetto al preavviso⁴⁸⁹.

Tutte le proposte analizzate, infatti, prevedono un lasso di tempo iniziale imperniato su una facilità di recesso tale da consentire di superare la ritrosia degli imprenditori ad assumere, per paura di intrappolarsi in un rapporto di lavoro senza uscita e con un dipendente sgradito e/o inadatto.

Vi è innanzitutto la previsione di un necessario periodo di prova, con durata almeno semestrale ma anche protratto fino ai 12 mesi, regolato dalla normativa vigente ex art. 2096 c.c. Segue poi un'ulteriore fase del rapporto, definita di inserimento e/o accompagnamento, durante la quale si riduce la portata della tutela reale operante in caso di licenziamento ai sensi dell'art. 18 S.L. prevedendo, in casi espressamente stabiliti, il pagamento di indennità di recesso a carico del datore di lavoro e, nelle altre ipotesi, l'assenza di qualunque obbligo indennitario.

Questa libertà di recesso viene, nella proposta Ichino, riequilibrata attraverso l'introduzione dell'onere, a carico delle imprese che licenziano, di pagare un'assicurazione contro la disoccupazione per una durata massima quadriennale.

Il datore di lavoro che faccia ricorso alla libertà di licenziamento riconosciutagli, avrà di conseguenza interesse a formare professionalmente il dipendente espulso dal proprio apparato produttivo, consentendone il reinserimento nel mondo del lavoro e cessando, da tale momento, dall'obbligo di erogare l'indennità di disoccupazione.

Naturalmente si è fatto notare che non vi è garanzia che, al termine del terzo anno d'impiego, il datore di lavoro non licenzi il lavoratore adducendo, magari pretestuosamente, motivi economici e pagando un'irrisoria indennità. Così come non si ha certezza che, al termine del contratto triennale,

489 CAVALLARO L., *"Precariare poco precariare tutti? Il lavoro secondo lavoce.info"*, su Liberazione del 12 maggio 2006.

l'impresa non trovi più conveniente assumere un altro lavoratore a termine, piuttosto che "convertire" il rapporto precedentemente posto in essere.

Si tratta di profili che dovranno essere sicuramente approfonditi – dal Legislatore e/o dalla contrattazione collettiva - per evitare che si ripropongano le stesse identiche problematiche che, attraverso lo strumento del contratto unico, si cercano di risolvere o quantomeno attenuare.

D'altro canto non si può pensare di vincolare le imprese ad assunzioni con il solo contratto di lavoro dipendente a tempo indeterminato, mantenendo costante il blocco dei licenziamenti oggi vigente per le imprese di medie e grandi dimensioni.

Va anche considerato che il periodo di occupazione precaria per il lavoratore, ha comunque come contropartita la formazione dello stesso e l'accrescimento del suo capitale umano pertanto, completata la formazione per l'impresa che ha lungamente investito sarebbe molto costoso separarsi dal dipendente.

Ciò scoraggerebbe, o renderebbe improbabile, l'eventualità che al termine del triennio di flessibilità comune a tutte le ipotesi di contratto unico, il datore licenzi il dipendente - costruendo artatamente ragioni organizzative e produttive - o abbia convenienza ad assumerne un altro, estraneo all'organizzazione produttiva.

18. Conclusioni

Nel mio lavoro ho analizzato la funzione concreta del patto di prova, passando attraverso l'evoluzione storica e normativa di tale istituto, ma soprattutto attraverso le discussioni dottrinali e le pronunce giurisprudenziali che, nel silenzio del Legislatore, si sono occupate di determinarne il contenuto ed i limiti di portata.

Ciò che è emerso palesemente dalla disamina della normativa afferente al patto di prova, è che questo strumento è stato originariamente disciplinato, non perché se ne sentisse una concreta esigenza, ma soltanto per dare forma ad una prassi che si era ampiamente diffusa nel corso del XIX secolo. La Legge sull'Impiego Privato del 1924 ed il Codice Civile del 1942, hanno successivamente delineato alcune caratteristiche del lavoro in prova fissandone la durata massima in sei mesi, affermando il principio della libertà di recesso senza indennità né preavviso, per entrambe le parti ed esaltandone la funzione di esperimento reciproco.

Più alcun intervento normativo vi è però stato dopo l'entrata in vigore dell'art. 2096 c.c.

L'inerzia del Legislatore non avrebbe avuto grande rilevanza se, come abitualmente accade in ambito giuslavoristico, vi fosse stato un incisivo e massiccio intervento ad opera della contrattazione collettiva, che dallo scontro tra le parti sociali fa derivare accordi regolatori, fondati su clausole inderogabili.

Le fonti cd. *extra ordinem* sarebbero dovute proliferare, su spinta datoriale, soprattutto a seguito dell'entrata in vigore della Legge sui licenziamenti individuali, ovvero la n. 604/66, e dello Statuto dei Lavoratori, con particolare riferimento al famigerato art. 18, che hanno blindato il contratto di lavoro subordinato, rendendolo rescindibile solo per giusta causa o giustificato motivo soggettivo o oggettivo.

Come ho ampiamente dimostrato, invece, né le organizzazioni sindacali rappresentative degli interessi datoriali, né tantomeno quelle

rappresentative dei lavoratori hanno avvertito lo stimolo di definire la prova ed analizzarne criticamente pregi e difetti.

Eccezion fatta per una maggior incisività dei contratti collettivi corporativi, obbligati dal Legislatore di epoca fascista a regolare il patto di prova, a pena di nullità, la produzione collettiva post-corporativa e di diritto comune si è avvalsa di mere clausole di stile, che nulla di nuovo hanno sancito rispetto alla scarna disciplina regolante l'istituto in esame.

Si è confermata una durata ridotta della prova per gli operai ed una durata più ampia, fino a sei mesi, per gli impiegati; prevedendo – come massimo sforzo regolatore - una graduazione del lasso di tempo destinato all'esperimento basata sulla qualificazione professionale attribuita al dipendente.

Si è formalmente ribadita la libera recedibilità bilaterale e, in aderenza al dettato normativo dell'art. 2096 c.c., il computo del lavoro in prova nell'anzianità di servizio del lavoratore, in caso di esito favorevole dell'esperimento.

Absolute rilievo, di contro, hanno avuto la dottrina e le pronunce giurisprudenziali successive all'entrata in vigore dell'art. 2096 c.c.

Gli studiosi di diritto del lavoro – coadiuvati dalle pronunce della Suprema Corte e dei giudici di merito - hanno individuato la funzione e la causa della prova nella reciproca valutazione delle parti; hanno affermato la parità di trattamento retributivo e normativo tra lavoratore in prova e lavoratore subordinato, nonché il diritto ad una sospensione dell'esperimento in ipotesi quali la malattia o l'infortunio.

Sempre a dottrina e giurisprudenza si deve l'individuazione dell'oggetto del patto di prova, che dovrà vertere su specifiche mansioni - sul cui svolgimento il datore fonderà il proprio giudizio di convenienza - e sulla personalità complessiva del lavoratore.

Ed ancora da esse promana una libertà di licenziamento datoriale non arbitraria, ma vincolata alla necessaria e concreta effettuazione della prova, al rispetto di un tempo minimo per il suo espletamento – se previsto - ed

all'espressione di una valutazione negativa che dovrà ricondursi solo ed esclusivamente all'esito dell'esperimento.

Le lacune della contrattazione collettiva e la laconicità delle fonti normative sono state dunque ampiamente superate mediante gli interventi interpretativi della Corte di Cassazione e dei giuslavoristi, che si sono susseguiti negli ultimi decenni.

Il periodo di prova, da potenziale strumento di elasticità nella gestione della forza lavoro, suscettibile di una diffusione direttamente proporzionale al crescere delle tutele introdotte in favore del prestatore e della sua occupazione, è via via caduto in disuso ed ha perso l'importante ruolo che avrebbe potuto ricoprire in termini di incentivazione e crescita dei livelli occupazionali.

Le ragioni di questo accantonamento sono in parte radicate nella tradizionale struttura del nostro sistema produttivo ed imprenditoriale.

Storicamente l'Italia si fonda sulle micro e piccole imprese, spesso di tipo familiare e, come rilevato dall'ISTAT sulla base dei dati reperiti nel corso del 2008, esse occupano, ad oggi, oltre la metà della forza lavoro.

Ciò significa che, a fronte di una profonda modificazione del mercato internazionale - fondato sul principio della libera concorrenza, che premia le realtà produttive in grado di investire in tecnologie e di gestire nel modo ottimale le risorse produttive a propria disposizione – vi è stata l'immobilità della nostra economia nazionale.

L'interesse alla diffusione della prova non può di certo rinvenirsi in aziende, circa 4 milioni ovvero il 95% del totale oggi operante nel nostro territorio, che occupano meno di 15 dipendenti ed hanno ampia libertà di assumere e licenziare dipendenti, subendo solo le conseguenze della tutela obbligatoria ex Legge n. 604/66.

In queste realtà si potrà assumere personale con contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato senza sottostare, di fatto, ad alcun vincolo. Conferma a tale assunto si rinviene nei dati ISTAT, che individuano in circa due anni la durata media dei contratti di lavoro a tempo

indeterminato.

Nemmeno le medie e grandi imprese, però, hanno mostrato interesse ad un recupero della clausola della prova come scappatoia, temporalmente circoscritta, dalla tutela reale sancita dall'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori, ovvero dall'obbligo di reintegrazione del prestatore in caso di licenziamenti illegittimi.

Se infatti la dinamicità del mercato concorrenziale presuppone la capacità per le aziende di gestire in modo flessibile ed efficiente le proprie risorse, e quindi anche il personale, si sarebbe dovuto prediligere uno strumento, quale il lavoro in prova, che consente di non vincolarsi *ab origine* con un lavoratore "sconosciuto", ma permette l'incardinarsi di un rapporto stabile qualora il dipendente sia risultato valido e capace durante l'esperimento.

L'efficienza produttiva e la sopravvivenza sul mercato non possono prescindere da un serio investimento sul capitale umano, ovvero dalla formazione professionale e personale del dipendente il cui rendimento è essenziale nell'organizzazione datoriale e non possono prescindere dalla possibilità di "liberarsi", senza gravose ed irreversibili conseguenze, del lavoratore che non sia adatto a ricoprire l'occupazione offerta.

Con amarezza si deve prendere atto che gran parte degli imprenditori, piuttosto che concentrare gli sforzi nella ricerca di strumenti legali in grado di soddisfare l'esigenza di efficienza produttiva dell'impresa e quella di sopravvivenza del lavoratore, si preoccupano di cercare la soluzione migliore con cui aggirare la normativa vigente.

Questa è un'ulteriore ragione che ha determinato la crisi del lavoro in prova.

La mentalità volta ad ottenere il massimo risultato senza il minimo sforzo, latente nel nostro Paese, ha determinato la perdita d'importanza di un istituto, quale la clausola di prova, che consentirebbe invece di operare senza vincoli, per un periodo di tempo più che sufficiente ai fini della valutazione delle capacità ed attitudini del lavoratore.

Il ricorso smodato a tutte quelle forme contrattuali di lavoro definite atipiche,

caratterizzate dalla durata predeterminata del rapporto, se non addirittura dall'assenza di un vincolo di subordinazione diretto tra lavoratore ed utilizzatore della prestazione, come nel caso della somministrazione di lavoro, ha avuto l'unico scopo di ridurre il costo del lavoro.

Strumenti che erano quindi stati introdotti e regolati, anche attraverso il Decreto Biagi, con lo scopo di favorire un primo ingresso nel mercato del lavoro postulando una definitiva occupazione, si sono trasformati in una malcelata violazione delle norme inderogabili di legge poste a tutela del lavoratore subordinato.

Stessa sorte è toccata al contratto di lavoro a termine, usato in sostituzione del rapporto di lavoro dipendente a tempo indeterminato, in ipotesi prive del carattere della temporaneità dell'esigenza aziendale che dovrebbe giustificare il ricorso a tale fattispecie.

Il diffondersi del lavoro atipico in Italia, nel corso degli ultimi quindici anni, ha comportato la crisi del nostro sistema di ammortizzatori sociali inadeguato a tutelare i soggetti con carriere lavorative discontinue ed ha ulteriormente peggiorato la stabilità occupazionale che tanto il nostro Legislatore si era premurato di proteggere, attraverso l'inasprimento delle sanzioni per i licenziamenti e la previsione di apposite procedure per attuarli.

Tralasciando il malcostume della frode alla legge, la dottrina ha ipotizzato che nelle altre ipotesi di uso del lavoro atipico, la causa del disinteresse verso la prova fosse la possibilità di avvalersi di tali tipologie contrattuali per compiere una sorta di "prova di fatto" del dipendente, senza alcun vincolo.

Sarebbe infatti possibile verificare, per tutta la durata prefissata del contratto, l'energia lavorativa del singolo rispetto alle mansioni affidategli e preventivamente valutare il suo grado di diligenza e la sua capacità di conferire un rendimento utile per l'azienda.

Ma la verità è che con il massiccio ricorso al lavoro flessibile si elimina il rischio di trovarsi a fare i conti con le norme vigenti in materia di licenziamento individuale, evitando di costituire un rapporto di lavoro sin da

subito potenzialmente stabile e definitivo, con tutti i costi retributivi, previdenziali ed assistenziali che ne deriverebbero.

Nei paragrafi precedenti ho evidenziato come il lavoro flessibile non sia in grado di sostituire la funzione residua della prova: non più individuabile nella libera recedibilità, vista la polverizzazione del nostro sistema produttivo, quanto piuttosto nella possibilità di valutazione reciproca offerta alle parti.

Il lavoratore assunto con contratto di lavoro destinato a risolversi automaticamente, infatti, non avrà lo stimolo ad impegnarsi con tutte le forze per dimostrare le proprie capacità e potenzialità, avendo consapevolezza che, quasi certamente, riceverà un benservito dal datore.

Quest'ultimo a sua volta, se animato da intenti fraudolenti, non avrà interesse ad inserire realmente il dipendente nell'organigramma produttivo ed a sottoporlo ad un'attenta analisi afferente la sua preparazione, nonché la sua fedeltà e diligenza. Avrà semplicemente il bisogno di avvalersi di manodopera, più o meno qualificata, di cui liberarsi nel breve termine senza alcuna conseguenza.

La flessibilità in entrata serve agli imprenditori ad aggirare il periodo massimo di prova fissato in sei mesi, garantendosi la possibilità di testare più a lungo le attitudini del lavoratore, ma soprattutto di garantirsi un polmone di lavoro con il quale fronteggiare il precario andamento del ciclo economico, senza temere di incappare nelle maglie delle procedure previste per i licenziamenti individuali e/o collettivi.

Ora, a fronte del sistema di gestione del mercato del lavoro fondato sulla cosiddetta *flexecurity* cui l'Unione Europea ha attribuito importanza centrale, sarebbe stato compito delle parti sociali occuparsi di trovare soluzioni alternative alla disoccupazione, al lavoro irregolare, ma anche al via via crescente ricorso a forme di lavoro temporaneo.

Si è invece scelto di arroccarsi dietro il fronte protettivo dell'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori, ritenendolo intangibile ed immodificabile, svuotandolo però contemporaneamente del suo contenuto.

Il rimedio della reintegrazione nel posto di lavoro in caso di licenziamento

illegittimo, infatti, ha forza e significato soltanto se esistono rapporti di lavoro a tempo indeterminato, altrimenti non ha alcuna ragione di esistere. La situazione economica attualmente vigente dimostra che la rigidità in uscita determina una disincentivazione delle assunzioni soprattutto nelle micro e piccole imprese, interessate a rimanere assoggettate alla sola tutela obbligatoria ed a non superare la pericolosa soglia dei 15 dipendenti. E' inutile ostinarsi a mantenere con le unghie e con i denti un sistema di protezione dell'occupazione anacronistico, che ci rende non competitivi sul mercato internazionale e non al passo con la normativa vigente nei più importanti Stati parte dell'Unione Europea.

L'occupazione va sostenuta non attraverso la rigidità nei licenziamenti, quanto piuttosto tramite lo stimolo all'economia ed alla sua crescita, con l'investimento nelle nuove tecnologie, nelle fonti di energia pulita ed in tutti quei settori che consentano un mantenimento in vita sano delle imprese.

Un intervento correttivo sarebbe dunque necessario, per stimolare gli imprenditori a stipulare, di nuovo e preferenzialmente, contratti di lavoro a tempo indeterminato con un recupero ed un potenziamento della clausola della prova.

A mio parere sarebbe innanzitutto necessario un intervento del Legislatore volto a rimuovere il termine massimo di durata della prova, ad oggi pari a sei mesi, ai sensi della Legge sull'Impiego Privato del 1924, non espressamente abrogata dall'art. 2096 c.c.

In questo modo si eliminerebbe l'interesse datoriale alla sottoscrizione di tutti quei contratti di lavoro definiti atipici, caratterizzati dalla temporaneità della loro vigenza. La durata di essi potrebbe infatti essere assorbita dalla durata della prova o addirittura superata da essa, garantendo una gestione flessibile del personale, rispondente alla rapidità di cambiamento delle condizioni sul mercato internazionale.

Potendo poi il datore avvalersi della facoltà di recedere senza preavviso né indennità per un prolungato periodo di tempo, non ci sarebbe più convenienza ad usare in modo fraudolento il lavoro atipico, sottoponendosi

comunque al rischio di un contenzioso, nel corso del quale il lavoratore avrebbe la possibilità di dimostrare la vera natura della sua attività.

I ruoli dei Tribunali italiani sono colmi di falsi contratti di lavoro a progetto dissimulanti rapporti di lavoro subordinato, così come di rapporti di lavoro part-time in realtà a tempo pieno e così via.

Allo stesso modo il prolungamento della prova darebbe la possibilità al datore di lavoro di tornare ad investire sulla qualità del proprio dipendente, patrimonio essenziale per la produttività.

Il lavoratore, assunto a tempo indeterminato con clausola di prova, verrebbe sottoposto ad un controllo sulla sua condotta professionale e personale per un periodo tale da vanificare i tentativi dello stesso di mostrarsi diverso da quello che è e di mettere in mostra doti di pazienza, collaboratività e precisione che non gli appartengono.

L'estensione dell'esperimento permetterebbe di disincentivare da un lato l'uso fraudolento del lavoro atipico e dall'altro di avere una reale contezza della consistenza tecnico-professionale e caratteriale della persona-lavoratore.

Queste sono le ragioni che hanno spinto Boeri-Garibaldi, Ichino, Pallini e Leonardi ad elaborare delle proposte di contratto unico di lavoro, ovvero di un contratto a tempo indeterminato reso meno oneroso da una maggior flessibilità iniziale. Con predisposizione di un periodo di prova esteso anche a 12 mesi e l'operatività di una tutela solo indennitaria in caso di licenziamento del dipendente per i successivi due anni.

Solo al termine del triennio tornerebbero ad operare, a seconda delle dimensioni dell'azienda del datore, la tutela obbligatoria o la tutela reale previste dalla legislazione vigente in materia di licenziamenti individuali.

Non bisogna però sottovalutare la posizione del lavoratore che, a fronte di un periodo di prova di durata superiore rispetto agli attuali sei mesi, sarebbe posto in una condizione di prolungata "precarietà" occupazionale, che potrebbe comunque essere utilizzata in modo distorto dal datore.

La contrattazione collettiva dovrebbe svolgere, per questo motivo, un ruolo

essenziale di mediazione tra gli interessi datoriali, da ricondursi all'ottenimento dell'assenza di vincoli e della massima riduzione possibile del costo del lavoro, e gli interessi dei lavoratori subordinati, tesi ad ottenere un'occupazione che sia il più stabile e redditizia possibile.

Si potrebbe prevedere, in sede collettiva, una differenziazione della maggior durata della prova basata sulla qualifica attribuita ai dipendenti, con maggior attenzione per la professionalità individuale rispetto a quella dimostrata in passato con la mera distinzione tra operai ed impiegati, che ha caratterizzato la contrattazione post-corporativa e di diritto comune.

Sempre le organizzazioni sindacali rappresentative dei lavoratori potrebbero ottenere dalla parte datoriale la rinuncia alla stipulazione di contratti di lavoro a termine o di altra natura flessibile, o ancora la garanzia del mantenimento in essere di parte dei contratti di lavoro a tempo indeterminato, stipulati con periodo di prova, offrendo in cambio un prolungamento della fase di sperimentazione.

Chiaramente sarebbe opportuno elaborare un sistema di vigilanza sulla corretta esecuzione della prova e del contratto di lavoro in cui essa si inserisce, per evitare che al termine di un esperimento annuale, o perché no anche biennale, il lavoratore possa essere messo alla porta per un "costruito" esito negativo della sperimentazione.

Si potrebbe ipotizzare la costituzione di un organo collegiale di controllo, prevista dal contratto collettivo, composto da un rappresentante del datore, uno del lavoratore ed un soggetto terzo, avente il compito di vigilare costantemente sullo svolgimento dell'esperimento e sul suo esito, combattendo intenti fraudolenti di chi assume con lavoro in prova.

Le rappresentanze sindacali, di comune accordo, potrebbero riconoscere ai componenti del detto organo un potere di accesso sul luogo di lavoro, con modalità che non interferiscano con il corretto svolgimento dell'attività produttiva, esercitabile per verificare che il lavoratore sia posto in condizione di svolgere le mansioni oggetto della prova e che egli svolga i suoi compiti con fedeltà e diligenza.

Accertando la sussistenza delle condizioni necessarie al concreto espletamento dell'esperimento e vigilando costantemente sul reale sforzo del dipendente e sull'utilità della sua prestazione per l'impresa, si potrà riscontrare, tramite dati oggettivi e *super partes*, la veridicità e la fondatezza di un'eventuale valutazione negativa del lungo esperimento da parte del datore di lavoro.

Questa potrebbe essere una modalità attraverso cui assicurare l'uso corretto del lavoro in prova, inteso quale strumento per la verifica dell'attitudine del dipendente allo svolgimento delle mansioni lui assegnate, al fine di incardinarlo definitivamente nell'organizzazione datoriale.

Ma altre soluzioni potrebbero senza dubbio essere trovate attraverso un aperto confronto tra le parti sociali, animato dalla volontà delle stesse di rinunciare ciascuna a qualcosa per convergere su un obiettivo comune, ovvero quello di procedere con l'ormai inevitabile riforma del mercato del lavoro.

La riabilitazione della clausola della prova non potrà che passare attraverso un intervento deciso del Legislatore volto ad eliminare l'attuale limite semestrale di durata e ad innalzare lo stesso ad almeno 12 mesi, con rinvio alla contrattazione collettiva cui riconoscere la facoltà di derogare anche *in peius* rispetto alla normativa quadro oggi incarnata dall'art. 2096 c.c.

Questo sistema di flessibilità sindacalmente controllata potrà dare i migliori frutti se la natura conflittuale del rapporto tra le parti sociali che caratterizza il nostro Paese, si trasformerà in un confronto di natura partecipativa e collaborativa, come già auspicato dai più illustri studiosi del diritto del lavoro, tra i quali il Prof. Giancarlo Perone ed il Prof. Antonio Vallebona.

BIBLIOGRAFIA

- ABBATE G.M.**, *“La funzione della clausola di prova nel contratto di lavoro”*, in Tutela lav., 1967;
- ABELLO L.**, *“Della locazione di opere”*, Torino, 1910, volume II, pag. 377;
- ALIBRANDI A.**, *“Appunti in margine all’art. 2096 c.c.”*, in Arch. Civ., 1992, pag. 3;
- ANDREOLI M.**, *“Il recesso unilaterale dal contratto impiegatizio prima del periodo di prova”*, in Massimario di giurisprudenza del lavoro, s. 2., 14 (1938), n. 5;
- ARIOTI BRANCIFORTI M.**, *“Patto di prova: invalidità in caso di stipulazione non contestuale al contratto di lavoro”*, in Giurisprudenza Italiana 2004, pag. 489;
- ASSANTI C.**, *“Il contratto di lavoro a prova”*, Milano, Giuffrè Editore, 1957;
- BAGNASCO P.**, *“Il lavoro intermittente”*, in Guida Utile I nuovi istituti contrattuali: una lettura ragionata della Legge Biagi, 2005, <http://impiego.formez.it>;
- BALELLA G.**, *“Lezioni di legislazione del lavoro”*, Roma, 1927;
- BARASSI L.**, *“Il diritto del lavoro”*, Milano, 1949, volume II;
- BARASSI L.**, *“Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano”*, Milano, 1917, II edizione, volume II;
- BELLINI G.**, *“Periodo di prova nelle pubbliche amministrazioni”*, su Altalex quotidiano di informazione giuridica, 27 ottobre 2008;
- BELLINI G.**, *“Periodo di prova: illegittimo il recesso se non si rispettano le mansioni”*, in LaPrevidenza.it, 27 dicembre 2007;
- BERTON F., RICHIARDI M., SACCHI S.**, (a cura di), *“Flessibilità del lavoro e precarietà dei lavoratori in Italia”*, in Rivista Italiana di Politiche Pubbliche, n. 1/2009;
- BIAGI M.**, *“Il Libro bianco sul mercato del lavoro e la sua attuazione legislativa. Una riflessione sul cambiamento”*, in convegno A.I.D.LA.S.S., Firenze 18 gennaio 2002;
- BIAGI M.**, *“Flessibilità per creare lavoro”*, pubblicazione scritti risalenti al

2001 in materia di stabilità occupazionale, in Sole 24 ore, 17 marzo 2010;

BRIGNONE A., RENDINA M., *“Il patto di prova”*, CEDAM 1993;

BONARETTI L., *“Il patto di prova nel rapporto di lavoro privato”*, Giuffrè Editore 1987;

BUFFA F., CASSANO G., ROCCHINA, *“Risarcimento del danno nei rapporti di lavoro dopo le s.u.: mobbing, patto di prova, dequalificazione, discriminazione, molestia sessuale, licenziamento”*, Maggioli 2009;

BULGARINI D'ELCI G., nota a sentenza Tribunale Milano 4 giugno 2007, in D & L, anno XVI, n. 4, ottobre – dicembre 2007, pag. 1243;

BURSESE G.A., in *“Nuovo diritto”*, 1981, pag. 637;

CALABRO' E., voce Periodo di prova (dir. Priv.), Enciclopedia Diritto, Milano, 1983, Volume XXXIII;

CARINCI – DE LUCA TAMAJO – TOSI – TREU T., (a cura di), *“Il rapporto di lavoro subordinato”*, Torino, 1998;

CASSI' V., *“Il rapporto di lavoro in prova”*, Milano, 1950;

CASSI' V., *“L'arbitrium nel rapporto di lavoro in prova”*, in Dir. Lav., 1949, II;

CAVALLARO L., *“Precariare poco precariare tutti? Il lavoro secondo lavoce.info”*, su Liberazione del 12 maggio 2006;

CESSARI, *“Fedeltà, lavoro, impresa”*, pag. 20;

CESTER C., (a cura di), *“Diritto del lavoro. Commentario diretto da Franco Carinci”*, Volume II, *“Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento”*, II edizione, Utet Giuridica 2007;

CGIL Milano, *“Il patto di prova: cos'è e come funziona”*, su rivista “Appunti”, n. 3 gennaio 2001;

CGIL Servizi Vertenziali e Legali Milano e Lombardia, (a cura di), *“Patto di prova e precedente impiego come lavoratore temporaneo”*, in Note informative n. 39 dell'agosto 2007, pag. 51;

CIAN G. - TRABUCCHI A., (a cura di), *“Commentario breve al codice civile”*, Cedam, 2007, ottava edizione;

CIOCCOLO V., FURFARO P., PIRAS P., (a cura di), *“Il punto su....La riforma Biagi: il lavoro atipico e flessibile”*, ISFOL, Le monografie del CDS:

temi e strumenti, ottobre 2004;

CIRALLI A., *“Il periodo di prova”*, Firenze : R. Nocchioli, 1963;

CIRIOLI D., *“Le assunzioni si fanno con un test”*, in ItaliaOggi, Lavoro e Previdenza, del 4 giugno 2007, pag. 33;

DE LITALA L., *“Il contratto di lavoro”*, Torino, 1931;

DEL GIUDICE F., MARIANI F., IZZO F., (a cura di), *“Diritto del lavoro”*, Edizioni Giuridiche Simone XXVI Edizione, 2009, Capitolo 4, *“Il contratto individuale di lavoro”*;

DEL PUNTA R., *“Lavoro in prova”* (voce), Enciclop. Giur., Roma, 1990, XVIII;

DETTORI P., *“Forma del patto di assunzione in prova”*, in Mass. Giur. Lav., 1982, pag. 786;

DI PRIMA G., *“Sul patto di prova nel contratto di lavoro privato”*, in Lav. Prev. Oggi, 1976, pag. 1334;

ENCICLOPEDIA GENERALE MONDADORI, Voce *“assunzione in prova”*, Arnoldo Mondadori Editore, II edizione aggiornata 1986, Volume X, pag. 150;

FAVARETTO I. - CALCAGNINI G., *“Lo stato delle piccole imprese: Italia, Europa e Stati Uniti a confronto”*, Facoltà di Economia Università Urbino “Carlo Bo”, 22 aprile 2008, Conferenza Internazionale USA – UE - ITALIA;

FEDERICI A., *“Successione di rapporti e reiterazione della prova”*, in Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale 2005, 2, 257 ss.;

FEDERICI A., *“Prova preassuntiva”*, in Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale 2008, 2, 379 ss.;

FEZZI M., *“Patto di prova”*, DL Online Rivista telematica di diritto del lavoro, 2009;

FOSCHINI P., *“Via al contratto unico per i neoassunti si alla proposta di Ichino”*, su Corriere della Sera, 20 Dicembre 2008, pag. 3;

GHERA E., *“Diritto del lavoro. Il rapporto di lavoro”*, Cacucci Editore Bari, 2006;

GHERA E., *“Il nuovo diritto del lavoro. Subordinazione e lavoro flessibile”*,

Giappichelli Editore Torino, 2006;

GRECO P., *“Il contratto di lavoro”*, Trattato diretto da Vassalli, Torino, 1938;

ICHINO P., *“Periodo di prova e licenziamenti”*, su pietroichino.it, proposta n. 3, 1 maggio 2008;

I.S.T.A.T., *“Rapporto annuale. La situazione del Paese nel 2008”*, presentato dal Presidente dell’Istituto nazionale di statistica Prof. Luigi Biggeri, RTI Poligrafica Ruggiero S.r.l. - A.C.M. S.p.A, 26 maggio 2009, pag. 78 e ss;

IZAR A. V., *“Il patto di prova nel lavoro subordinato”*, febbraio 2003;

LA ROSA A. C., *“La disciplina del patto di prova”*, in *Lavoro Prev. Oggi*, 1983;

LEONARDI M. - PALLINI M., *“Contratto unico contro la precarietà”*, in nelmerito.com, 19 febbraio 2008;

LEVI DEVALI M., *“Il rapporto di lavoro”*, Milano, 1937, pag. 78;

LOI M. L., *“Brevi considerazioni del rapporto di lavoro in prova”*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1976, II, pag. 696;

MANCINI G. F., *“Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro”*, volume I, *“Individuazione della fattispecie. Il recesso ordinario”*, Giuffrè Editore, Milano, 1962;

MANDRONE E., *“La riclassificazione del lavoro tra occupazione standard e atipica: l’indagine Isfol Plus 2006”*, Studi Isfol, n. 2008/1 – marzo;

MASTRONARDI F., VERRILLI A., (a cura di), *“Diritto dell’Unione Europea. Aspetti istituzionali e politiche comuni”*, Edizioni Giuridiche Simone XVI edizione, luglio 2008;

MAZZONI G., *“Manuale di diritto del lavoro”*, Milano, 1977, volume II;

MENGONI L., *“Il contratto di lavoro nel diritto italiano”*, in *Il contratto di lavoro nei paesi della C.E.E.*, Milano, 1965;

MEOLI I., *“Periodo di prova”*, www.altalex.com/index.php?idnot=38850, 02 novembre 2007;

MEZZANZANICA M., *“Un contratto unico per tutti? Perché potrebbe non essere né sostenibile né conveniente”*, su ilsussidiario.net, 5 novembre

2008;

MISCIONE, *“La Corte Costituzionale sul patto di prova”*, in Giur. It., 1981, I, pag. 1;

MONTUSCHI L., *“Trattato di diritto privato”*, Torino, 1986, volume 15, tomo I;

MONTUSCHI L. - LASSANDRO D., *“La costituzione del rapporto di lavoro e il collocamento”*, in Trattato di diritto privato diretto da P. Rescigno, Torino, 2004;

MORO A., *“Contratti di lavoro temporaneo: critica alla proposta di Ichino”*, in Noisefromamerica.org, 11 maggio 2006;

NAPOLETANO D., *“Il licenziamento dei lavoratori”*, Torino, 1966;

PAPALEONI, *“Durata della prova e autonomia sindacale”*, in Giust. Civ. 1982, I, pag. 95;

PERETTI GRIVA D. R., *“Del periodo di prova nel contratto di lavoro”*, in Monit. Trib., 1903, pag. 3;

PERONE G., *“Lineamenti di diritto del lavoro”*, “Evoluzione e partizione della materia tipologie lavorative e fonti”, Giappichelli Editore, Torino, 1999;

PERONE G., *“Lineamenti di diritto del lavoro”*, “Evoluzione e partizione della materia tipologie lavorative e fonti”, Appendice di aggiornamento, Seconda edizione, Giappichelli Editore, Torino, 2008;

PRETEROTI, *“Scarso rendimento: indice sintomatico e segno non equivoco della negligenza”*, in ADL, 2004, I, pag. 381;

QUAGLIARELLA D., *“Il periodo di prova nel lavoro subordinato e la prova pre-assuntiva”*, quagliarella.com/lav13.html, 16 luglio 2007;

RESCIGNO P., Voce *“Condizione-diritto-vigente”*, in Enciclopedia del Diritto, Milano, 1961, volume VIII, pag. 785;

RIVA SANSEVERINO L., *“Il lavoro nell'impresa”*, in Trattato di diritto civile diretto da Vassalli, Torino, 1960, pag.200;

RIVA SANSEVERINO L., *“Commentario del codice civile art. 2096”*, Bologna – Roma, 1977, pag. 258;

RIVA SANSEVERINO L., *“Corso di diritto del lavoro”*, Padova, 1937;

SALVI G., *“Patto di prova e prova preassuntiva”*, La Previdenza.it, 10

gennaio 2008;

SANTORO-PASSARELLI F., *“Nozioni di diritto del lavoro”*, Casa Editrice Jovene, Napoli, trentatreesima edizione, 1983, pag. 128;

SCOGNAMIGLIO R., *“Diritto del lavoro”*, Casa Editrice Jovene, Napoli, 1990, pagg. 163 e ss;

SIGNORINI E., *“Assunzione in prova : natura, requisiti, durata, recesso e ruolo della prova nella Riforma del lavoro”*, IPSOA 2004;

SUPPIEJ G., *“Il rapporto di lavoro”*, Padova, 1982, pag. 270;

TIRABOSCHI M., (a cura di), *“La Riforma Biagi del mercato del lavoro. Prime interpretazioni e proposte di lettura del d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276. Il diritto transitorio e i tempi della riforma”*, Milano, Giuffrè, 2004;

TOFFOLETTO A., *“Il periodo di prova nel contratto di lavoro operaio”*, Roma 1927;

TOFFOLETTO A., *“Il periodo di prova nella giurisprudenza”*, in Dir. Lav., 1927, II;

TOFFOLETTO A., *“Il periodo di prova natura giuridica”*, in Dir. Lav., 1927, II, pag. 636;

TORRENTE A., *“Commento al libro V del codice civile: art. 2096”*, Torino, 1962, pag. 126;

VALLEBONA A., *“Istituzioni di diritto del lavoro”*, Volume II, *“Il Rapporto di lavoro”*, Cedam 2008, sesta edizione, da pag. 91 a 94;

VALLEBONA A., *“Istituzioni di diritto del lavoro”*, Volume I, *“Il diritto sindacale”*, Cedam 2008, sesta edizione;

VARESI P. A., *Prova (patto di)*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche sez. commerciale*, Utet, Volume XI, pag. 424;

VARESI P. A. - ROCCELLA M., *“Il patto di prova nel rapporto di lavoro”*, sub artt. 2096 e 2097 c.c., in *Commentario al codice civile diretto da P. Schlesinger*, Milano, 1990;

WIKILABOR, *“Patto di prova”*, Dizionario dei diritti dei lavoratori, 11 dicembre 2009;

ZANGARI G., *“Il contratto di lavoro con clausola di prova”*, Giuffrè Editore 1965;

ZANGARI G., *“Il recesso dal rapporto di lavoro in prova. Studi sul contratto di lavoro con clausola di prova”*, Giuffrè Editore 1970;

ZARATTINI P., PELUSI R., (a cura di), *“Manuale Lavoro”*, 2006, a cura di Novecento Media.

Riferimenti normativi

- Decreto Luogotenenziale 2 settembre 1917, n. 1448, art. 10, comma 4[^] ;
- R.D.L. 1 luglio 1926, n. 1139, art. 51, contenente norme per l'attuazione della Legge sulla disciplina giuridica dei contratti collettivi di lavoro;
- R.D.L. n. 1825 del 13 novembre 1924, convertito nella Legge n. 562 del 18 marzo 1926 sull'impiego privato;
- Carta del Lavoro, promulgata dal Gran Consiglio del Fascismo il 21 aprile 1927, Dichiarazione XI e XX;
- R.D. n. 1251 del 6 maggio 1928, rubricato *“Norme per il deposito e la pubblicazione dei contratti collettivi di lavoro”*, art. 8;
- Legge 19 gennaio 1955, n. 25, *“Disciplina dell'apprendistato”*, in G. U. 14 febbraio 1955, n. 35, art. 9;
- D.P.R. 30 dicembre 1956, n. 1668, *“Approvazione del regolamento per l'esecuzione della disciplina legislativa dell'apprendistato”*;
- Legge 18 aprile 1962, n. 230, *“Disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato”*, pubblicata su Gazzetta Ufficiale del 17 maggio 1962, n. 125 ;
- Legge n. 604 del 15 luglio 1966, *“Norme sui licenziamenti individuali”*, art. 10, pubblicata su Gazzetta Ufficiale del 6 agosto 1966, n. 151;
- Legge 20 maggio 1970, n. 300, *“Norme sulla tutela della libertà e dignità dei lavoratori, della libertà sindacale e dell'attività sindacale nei luoghi di*

lavoro e norme sul collocamento", pubblicata su Gazzetta Ufficiale del 27 maggio 1970, n. 131;

- Legge n. 108 del 11 maggio 1990, "*Disciplina dei licenziamenti individuali*", pubblicata su Gazzetta Ufficiale del 11 maggio 1990, n. 108;

- Legge 7 agosto 1990, n. 241 "*Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi*", modificata ed integrata dalla Legge 11 febbraio 2005 n. 15 (G.U. n. 42 del 21/2/05) e dal D.L. 14 marzo 2005, n. 35 convertito con modificazioni dalla Legge del 14 Maggio 2005, n. 80 (G.U. n. 111 del 14/5/05, S.O.);

- D. Lgs. n. 152 del 26 maggio 1997, art.1, lettera e) su "*Attuazione della direttiva 91/533/CEE concernente l'obbligo del datore di lavoro di informare il lavoratore delle condizioni applicabili al contratto o al rapporto di lavoro*";

- Legge 12 marzo 1999, n. 68, "*Norme per il diritto al lavoro dei disabili*", Pubblicata nel Supplemento Ordinario n. 57/L alla Gazzetta Ufficiale 23 marzo 1999;

- D. Lgs. 30 marzo 2001, n. 165, "*Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*", pubblicato su Gazzetta Ufficiale del 9 maggio 2001, n. 106 - s.o. n. 112;

- D. Lgs. 25 febbraio 2000, n. 61, "*Attuazione della direttiva 97/81/CE relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo parziale concluso dall'UNICE, dal CEEP e dalla CES*" e successive modifiche, art. 4 comma 2[^];

- D. Lgs. 6 settembre 2001, n. 368, "*Lavoro a tempo determinato: attuazione della Direttiva 1999/70/CE*", pubblicato su Gazzetta Ufficiale del 9 ottobre 2001, n. 235, successivamente integrato dalla Legge del 24 dicembre 2007, n. 247 (c.d. collegato alla finanziaria 2007) e dalla Legge del 6 agosto 2008, n. 133;

- D. Lgs. 10 settembre 2003, n. 276, "*Attuazione delle deleghe in materia di occupazione e mercato del lavoro di cui alla Legge 14 febbraio 2003, n. 30*", pubblicato su Gazzetta Ufficiale n. 235 del 9 settembre 2003, n. 235, Suppl. Ordinario n.159.