

Corte di cassazione

Nullità della prova, illegittimità e conseguenze del licenziamento

Pierluigi Rausei - Adapt professional fellow

La Suprema Corte - nella recente sentenza n. 17921 del 12 settembre 2016(1) - si è pronunciata sul tema delle conseguenze del licenziamento illegittimamente intimato, perché in esito al mancato superamento di un periodo di prova disciplinato da uno specifico patto, ritualmente apposto al contratto di lavoro, tuttavia affetto da un vizio sostanziale che ne provoca la nullità.

La pronuncia in esame, dunque, si palesa interessante su entrambi i profili di analisi, sia quelli afferenti alla validità di un patto di prova apposto al contratto individuale di lavoro, sia quelli propriamente attinenti al sistema sanzionatorio in materia di licenziamenti illegittimi.

Il patto di prova

Come noto il contratto individuale di lavoro è stipulato fra il datore di lavoro e il lavoratore dando avvio al rapporto di lavoro fra le parti contraenti che lo stesso accordo disciplina.

Fra le clausole che possono essere apposte al contratto di lavoro vi è il patto di prova(2), in

base all'art. 2096, c.c. il quale prevede che “*l'assunzione del prestatore di lavoro per un periodo di prova deve risultare da atto scritto*” (3).

Il patto di prova deve intendersi stipulato nell'interesse di entrambe le parti contraenti, esso infatti costituisce una garanzia per il datore di lavoro (che ha la possibilità di verificare, per un congruo periodo, la capacità del lavoratore di adempiere ai compiti che devono essergli affidati), ma rappresenta anche una garanzia per il lavoratore (che può rendersi conto del tipo di prestazione che gli viene richiesta, dell'ambiente di lavoro, delle modalità del lavoro e conseguentemente della rispondenza della retribuzione all'onerosità del lavoro).

In realtà, la norma tiene conto del fatto che, di norma nel concreto delle esperienze aziendali, il patto di prova tutela soprattutto il datore di lavoro e quindi è ferma nel porre limiti alla prova, sia imponendone la stipulazione per atto scritto, sia ponendo, direttamente o indirettamente, dei limiti alla durata del periodo di prova(4).

(1) Cassazione civile, sez. lavoro, 12 settembre 2016, n. 17921, Presidente Luigi Macioce, Estensore Annalisa Di Paolantonio, Centro formazione professionale “San Giovanni Apostolo” contro D.G.

(2) Per approfondimenti in materia si rinvia a: T. Vettor, *Il patto di prova*, in *Adl*, 2010, n. 3; A. Bolognesi, *Art. 2096. Assunzione in prova*, in G. Alpa, V. Mariconda (a cura di), *Codice civile commentato. Libro V*, II ed., Milano, 2009; G. Bascherini, *Il patto di prova*, in P. Cendon (a cura di), *Il diritto privato nella giurisprudenza. Lavoro*, Vol. I, *Le fonti*, Torino, 2009; L. Iero, *Patto di prova e precedente svolgimento di identiche mansioni*, in *Lav. giur.*, 2009, n. 4; G. Bulgarini d'Elci, *Sul licenziamento durante la prova*, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2007, n. 4; M. Grassi, *Il patto di prova*, in G. Amoroso, V. Di Cerbo, A. Maresca (a cura di), *Il diritto del lavoro*, vol. I, Milano, 2004; L. Menghini, *La clausola di prova*, in F. Carinci (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario del lavoro*, Torino, 1998; A. Brignone, M. Rendina, *Il patto di prova*, Padova, 1993; P.A. Varesi, *Sub art. 2096 Cod. Civ.*, in P.A. Varesi, M. Roccella, *Le assunzioni. Prova e termine nei rapporti di lavoro. Artt. 2096-2097. Il Codice civile. Commentario* (diretto da P. Schlesinger), Milano, 1990.

(3) “Ad integrare l'atto scritto richiesto *ad substantiam* per i contratti formali non è sufficiente un qualsiasi documento, ma è necessario uno scritto contenente la manifestazione di vo-

lontà di concludere il contratto, posto in essere dalle parti al fine specifico di manifestare tale volontà. Conseguentemente non è idoneo ad integrare l'atto scritto necessario per l'assunzione in prova di un lavoratore una dichiarazione di quietanza contenente la precisazione che il rapporto di lavoro si è interrotto durante il periodo di prova previsto dal contratto collettivo; del resto una simile dichiarazione è inidonea ai fini in esame anche perché la previsione del patto di prova da parte della contrattazione collettiva non comporta l'inclusione di tale patto nel contratto individuale, se in quest'ultimo manca l'esplicita stipulazione per iscritto del patto di prova” (Cass., 15 dicembre 1997, n. 12673).

(4) In merito alla durata del periodo di prova, a livello legislativo generale troviamo due disposizioni: a) l'art. 4, comma 4, Rdl 13 novembre 1924, n. 1825 (convertito in legge 18 marzo 1926, n. 562) secondo il quale “il periodo di prova non può in nessun caso superare: 6 mesi per gli institori, procuratori, rappresentanti a stipendio fisso, direttori tecnici o amministrativi ed impiegati di grado e funzioni equivalenti; 3 mesi, per tutte le altre categorie di impiegati”; b) l'art. 10, legge 15 luglio 1966, n. 604 nel quale si dispone che le norme previste per i prestatori di lavoro che rivestono la qualifica di impiegati e di operai, “per quelli assunti in prova, si applicano dal momento in cui l'assunzione diviene definitiva e, in ogni caso, quando

Approfondimenti

Nullità formale

L'atto scritto è richiesto non solo ai fini probatori, ma *ad substantiam* con l'ovvia conseguenza che in mancanza della stipulazione del patto di prova per atto scritto, il contratto di lavoro dà automaticamente vita ad un rapporto definitivo (Cass., S.U., 9 marzo 1983, n. 1756) (5).

Circa il momento della stipulazione del patto di prova in forma scritta, la giurisprudenza (Cass. 26 novembre 2004, n. 22308, ma anche 12 ottobre 1983, n. 5939) ha affermato che tale essenziale requisito di forma deve sussistere sin dall'inizio del rapporto di lavoro, senza alcuna possibilità di equipollenti o sanatorie, potendosi ammettere soltanto la non contestualità della sottoscrizione di entrambe le parti prima dell'esecuzione del contratto, ma non anche la successiva documentazione della clausola orale mediante la sottoscrizione, originariamente mancante, di una delle parti, atteso che ciò si risolverebbe nella (inammissibile) convalida di un atto nullo, con

sostanziale diminuzione della tutela del lavoratore.

Mancando la dovuta forma, si tratta di un atto nullo e che tale rimane anche se, per ipotesi, il lavoratore avesse interesse a considerare valido il patto di prova concordato verbalmente.

È appena il caso di ricordare che, trattandosi di nullità assoluta, non esiste alcuna possibilità di provare con altri mezzi l'esistenza di una volontà delle parti di stabilire il patto di prova.

Va segnalato anche che "*l'onere posto dall'art. 2096, c.c. - secondo cui l'assunzione in prova deve risultare da atto scritto (richiesto ad substantiam) - può dirsi osservato soltanto se quest'ultimo contiene la specifica, e non generica, indicazione delle mansioni in relazione alle quali l'esperimento deve svolgersi*" (Cass. 15 gennaio 1986, n. 200, ma anche 4 dicembre 2007, n. 25264) (6); se ne deve dedurre che in mancanza di tale specificazione il patto di prova non esiste e il contratto di lavoro è da considerare definitivo sin dall'inizio (7).

sono decorsi 6 mesi dall'inizio del rapporto di lavoro". In merito al coordinamento fra le due norme, la giurisprudenza (Cass. 28 ottobre 1975, n. 3625) ha affermato che "l'art. 10 della legge n. 604/1966, precisando che la stessa si applica a tutti i prestatori di lavoro e, per quelli assunti in prova, dal momento in cui l'assunzione diviene definitiva e, in ogni caso, trascorsi 6 mesi dall'inizio del rapporto di lavoro, non ha inteso dettare una nuova disciplina del contratto di assunzione in prova, lasciando così validità al dettato dell'art. 4, Rdl 13 novembre 1924, n. 1825". Abbiamo di conseguenza due limiti "massimi" di durata del periodo di prova: uno riguardante tutti i lavoratori che è di 6 mesi e un altro, riguardante gli "*impiegati non aventi funzioni direttive*" che è di 3 mesi. Al di sotto di tali limiti valgono le norme contrattuali collettive e individuali da interpretare tenendo presente che le individuali non possono modificare le collettive a danno del lavoratore e che deve ritenersi interesse del lavoratore ottenere quanto prima possibile la definitività del rapporto. In pratica la durata del periodo di prova prevista dalla contrattazione collettiva deve ritenersi un periodo "*massimo*" (come del resto è di norma chiaramente sancito nei contratti collettivi). In merito alla computabilità o meno nel periodo di prova del tempo durante il quale la prestazione lavorativa rimane sospesa si può affermare che tali periodi non devono essere computati, salvo che per le domeniche o, comunque, i giorni non lavorativi (a meno che la pattuizione abbia espressamente stabilito la durata del periodo di prova in "*giorni di effettivo lavoro*"). La durata del periodo di prova è spesso stabilita dai contratti collettivi in misura diversa a seconda del livello di inquadramento del lavoratore: tanto più elevato è il livello tanto più lungo è il periodo di prova. Nel caso in cui il lavoratore, ufficialmente inquadrato ad un determinato livello, svolga, durante il periodo di prova, attività di un livello inferiore per il quale è previsto un minor periodo, la prova deve intendersi superata al raggiungimento di tale minor periodo. In merito alla possibilità o meno di prorogare o rinnovare il periodo di prova si può dire che la cosa può essere prevista dai contratti collettivi a patto che la durata totale della prova (proroga e/o rinnovo compresi) non superi i limiti previsti dalle disposizioni legi-

slative.

(5) "La forma scritta necessaria, a norma dell'art. 2096 c.c., per il patto di assunzione in prova è richiesta *ad substantiam*, e tale essenziale requisito di forma, la cui mancanza comporta la nullità assoluta del patto di prova, deve sussistere sin dall'inizio del rapporto, senza alcuna possibilità di equipollenti o sanatorie, potendosi ammettere solo la non contestualità della sottoscrizione di entrambe le parti prima della esecuzione del contratto, ma non anche la successiva documentazione della clausola verbalmente pattuita mediante la sottoscrizione, originariamente mancante, di una delle parti, atteso che ciò si risolverebbe nella inammissibile convalida di un atto nullo, con sostanziale diminuzione della tutela del lavoratore" (Cass., 26 luglio 2002, n. 11122).

(6) "Il patto di prova apposto al contratto di lavoro, oltre a dover risultare da atto scritto, deve contenere la specifica indicazione delle mansioni che ne costituiscono l'oggetto, la quale può essere operata anche per relationem alle declaratorie del contratto collettivo che definiscano le mansioni comprese nella qualifica di assunzione e sempre che il richiamo sia sufficientemente specifico" (Cass., 20 maggio 2009, n. 11722); in tal caso le parti, nell'effettuare il richiamo al Ccnl, devono individuare la nozione più dettagliata delle mansioni oppure lo specifico profilo professionale (Cass., 12 gennaio 2005, n. 427). Cfr. però Trib. Milano, 18 dicembre 2006 secondo cui "l'indicazione specifica delle mansioni oggetto della prova costituisce uno dei requisiti di validità del patto, sebbene non indicato espressamente nell'art. 2096 c.c., in quanto è indispensabile per il controllo giudiziale del recesso datoriale in prova; il riferimento al livello di inquadramento del Ccnl di settore, nel caso in cui questo comprenda molteplici profili professionali, non è sufficiente in quanto privo di specificità".

(7) La giurisprudenza ha chiarito che il contenuto del patto di prova deve prevedere l'indicazione precisa e specifica delle mansioni affidate al dipendente, dovendo avere la prova ad oggetto compiti esattamente identificati fin dall'avvio del rapporto di lavoro (Cass., 10 ottobre 2006, n. 21698 e Cass. 19 agosto 2006, n. 17045).

Nullità sostanziale

D'altra parte, la giurisprudenza della Suprema Corte ha maturato un consolidato orientamento rispetto all'individuazione della causa che legittima e giustifica la valida apposizione del patto di prova al contratto di lavoro, affermando che col patto di prova l'ordinamento tutela l'interesse di entrambe le parti del rapporto di lavoro a sperimentarne effettivamente la convenienza, da ciò si fa derivare l'insussistenza della causa nel patto di prova sottoscritto a fronte di una verifica già positivamente intervenuta, con riferimento alle stesse mansioni, per aver svolto il lavoratore, per un periodo ritenuto congruo, le stesse mansioni (8) a favore del medesimo datore di lavoro (Cass. 17 luglio 2015, n. 15059; Cass. 25 marzo 2015, n. 6001; Cass. 5 marzo 2015, n. 4466) (9). In ogni caso la giurisprudenza ha anche chiarito che non rilevano, ai fini della dichiarazione di nullità del patto di prova, né la differente natura del rapporto di lavoro in ragione del quale il lavoratore è stato chiamato a svolgere la stessa attività poi messa nuovamente alla prova, né la diversa qualificazione giuridica dei rispettivi contratti di lavoro (Cass. 29 luglio 2005, n. 15960). Non ha rilievo giustificativo neppure la differente denominazione delle mansioni, dovendosi indagare esclusivamente l'identità oggettiva delle stesse (Cass. 1° settembre 2015, n. 17371). Sulla scorta di tale orientamento, dunque, la Suprema Corte nella sentenza n. 17921/2016 ha dichiarato la nullità del patto di prova apposto ad un contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato per attività di insegnamento del tutto simile a quella affidata nel biennio precedente nelle forme del contratto di collaborazione a progetto, in quanto essendo l'attività lavorativa in concreto svolta in precedenza del tutto sovrapponibile a quella assoggettata al patto di prova è

stato ritenuto che la sperimentazione di attitudini e qualità professionali del lavoratore era stata già effettuata durante lo svolgimento del contratto di collaborazione coordinata e continuativa a progetto.

Obblighi delle parti

Il datore di lavoro e il lavoratore che hanno stipulato il patto di prova sono rispettivamente tenuti a consentire e ad effettuare l'esperimento che ne forma oggetto (art. 2096, comma 2, c.c.). Non sembra, in effetti, possibile interrompere la prova prima che sia trascorso un periodo di tempo tale da permettere un compiuto esperimento della capacità professionale del lavoratore. Circa la congruità del periodo si tratta di una considerazione di fatto che sfugge ad una precisa determinazione, se non in presenza di specifiche fattispecie non solo in relazione al tipo di lavoro, ma addirittura delle caratteristiche del singolo lavoratore.

La valutazione della congruità della durata della prova deve essere stabilita caso per caso, per cui "la prova può consistere in un preliminare accertamento pratico e cioè nell'esecuzione dimostrativa delle più elementari operazioni comprese nelle mansioni di avviamento, in quanto il datore di lavoro non ha l'onere di esporre a pericolo materiali e attrezzature, affidandoli a lavoratore inesperto, né ha alcun onere di provvedere all'addestramento ed alla preparazione professionale dei dipendenti che risultino sprovvisti delle più elementari cognizioni tecniche proprie della loro qualifica; pertanto, ove un accertamento preliminare all'inserimento del lavoratore nella produzione, sia sufficiente a dimostrare il difetto - nel lavoratore - di un minimo di bagaglio tecnico, la prova deve ritenersi validamente espletata e indiscutibile l'esito negativo della stessa, con conse-

(8) L'accertamento della uguaglianza effettiva delle mansioni svolte in precedenza con quelle inerenti al contratto cui è apposto il patto di prova è rimesso in via esclusiva al giudice di merito (Cass. n. 17371/2015 e Cass. n. 6001/2015). "Il patto di prova apposto al contratto di lavoro mira a tutelare l'interesse di entrambe le parti contrattuali a sperimentare la reciproca convenienza al contratto, sicché deve ritenersi illegittimamente apposto un patto in tal senso che non sia funzionale alla suddetta sperimentazione per essere questa già avvenuta con esito positivo nelle specifiche mansioni e per avere in precedenza il lavoratore prestato per un congruo tempo la propria opera per il datore di lavoro" (Cass., 8 gennaio 2008, n. 138).

(9) "Nel lavoro subordinato, il patto di prova tutela l'interesse di entrambe le parti del rapporto a sperimentarne la conve-

nienza, dovendosi ritenere l'illegittimità del fatto ove la suddetta verifica sia già intervenuta, con esito positivo, per le specifiche mansioni in virtù di prestazione resa dallo stesso lavoratore, per un congruo lasso di tempo, a favore del medesimo datore di lavoro. Ne consegue che la ripetizione del patto di prova in due successivi contratti di lavoro tra le stesse parti è ammissibile solo se essa, in base all'apprezzamento del giudice di merito, risponda alla suddetta causa, permettendo all'imprenditore di verificare non solo le qualità professionali, ma anche il comportamento e la personalità del lavoratore in relazione all'adempimento della prestazione, elementi suscettibili di modificarsi nel tempo per l'intervento di molteplici fattori, attinenti alle abitudini di vita o a problemi di salute" (Cass., 22 giugno 2012, n. 10440).

Approfondimenti

guente legittimità del licenziamento” (Cass. 20 dicembre 1982, n. 7031).

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

Non è richiesta alcuna formalità per la conferma definitiva in servizio del lavoratore assunto con patto di prova (10). Infatti nell’ultimo comma dell’art. 2096, c.c. si legge che “*compiuto il periodo di prova, l’assunzione diviene definitiva e il servizio prestato si computa nell’anzianità del prestatore di lavoro*”. Il computo dell’anzianità

si deve intendere a tutti gli effetti di legge e contrattuali (11).

Licenziamento per mancato superamento della prova

Il Codice civile (art. 2096, comma 3) prevede che durante il periodo di prova ciascuna delle parti può recedere dal contratto senza obbligo di preavviso o d’indennità (12), ciò anche dopo il D.Lgs. n. 23/2015 che non trova applicazione nel caso di recesso durante o al termine del periodo di prova.

L’obbligo di comunicare in forma scritta il licenziamento (con i motivi che lo sorreggono), matura in capo al datore di lavoro soltanto dopo che l’assunzione del lavoratore diviene definitiva e, in ogni caso, decorsi i sei mesi (limite massimo legale) dall’inizio della prestazione lavorativa oggetto della prova (13).

Non vi è, quindi, durante il periodo di prova la necessità di motivare il licenziamento, “il recesso del datore (licenziamento) durante il periodo di prova rientra così nella cosiddetta area della re- cedibilità acausale, o *ad nutum*: il datore è titolare di un diritto potestativo, il cui esercizio legittimo non richiede giustificazione” (Cass., S.U., 2 agosto 2002, n. 11633) (14).

(10) “Se deve ritenersi incontestata l’applicabilità della disciplina del rapporto di lavoro subordinato con riferimento al patto di prova, va ricordato, conseguentemente, che il recesso del datore di lavoro nel periodo di prova opera come condizione sospensiva potestativa apposta al negozio di assunzione, il cui esercizio discrezionale resta sottratto alla disciplina limitativa dei licenziamenti individuali, sia per ciò che concerne la necessità della giusta causa o del giustificato motivo, sia per ciò che concerne gli oneri rispettivi dell’adozione della forma scritta, della motivazione e della prova a carico del datore di lavoro” (Cass. 21 aprile 1993, n. 4669).

(11) Per quanto riguarda il rapporto di lavoro domestico, l’art. 5, comma 4, legge 2 aprile 1958, n. 339 afferma che “*il lavoratore, che ha superato il periodo di prova senza aver ricevuto disdetta, s’intende automaticamente confermato*”.

(12) In caso di risoluzione del rapporto di lavoro prima di aver superato la prova, al lavoratore competono, oltre alla normale retribuzione corrente, anche il trattamento di fine rapporto, i ratei di ferie maturati, l’indennità di anzianità e non fruiti e i ratei delle mensilità aggiuntive maturati, ciò in base alla dichiarazione di parziale illegittimità costituzionale dell’art. 2096, comma 3, c.c., e dell’art. 10, legge n. 604/1966 che li escludevano (la Corte costituzionale, con sentenza 16-22 dicembre 1980, n. 189, ha dichiarato “l’illegittimità costituzionale dell’art. 2096, terzo comma, c.c. nella parte in cui non riconosce il diritto alla indennità di anzianità di cui agli artt. 2120 e 2121 stesso Codice, al lavoratore assunto con patto di prova nel caso di recesso dal contratto durante il periodo di prova medesimo”).

(13) “Non è fondata, con riferimento agli artt. 2, 3, 24, 35 e 38 cost., la questione di legittimità costituzionale dell’art. 10,

legge 15 luglio 1966, n. 604 e dell’art. 2096 c.c., in quanto vedono che le garanzie di cui alla legge n. 604/1966 per il caso di licenziamento si applichino ai lavoratori in prova soltanto dal momento in cui l’assunzione diviene definitiva e, in ogni caso, quando sono decorsi sei mesi dall’inizio del rapporto di lavoro e perciò escludono (secondo costante giurisprudenza) che durante il periodo di prova il licenziamento del lavoratore debba avvenire con la forma scritta, in quanto la specialità del rapporto di lavoro in prova si proietta sulla disciplina del recesso del datore di lavoro per esito negativo della prova e lo distingue rispetto al rapporto definitivo e al relativo licenziamento, con la conseguenza che tale diversità tra rapporto di lavoro in prova e definitivo rende evidente sia l’assenza di qualsiasi violazione del principio di eguaglianza sia l’inconsistenza del richiamo agli art. 2 e 35 Cost.” (Corte cost., 4 dicembre 2000, n. 541).

(14) “A norma degli artt. 2096, c.c. e 10 della legge n. 604/1966, il rapporto di lavoro subordinato costituito con patto di prova è sottratto, per il periodo massimo di sei mesi, alla disciplina dei licenziamenti individuali ed è caratterizzato dal potere di recesso del datore di lavoro, la cui discrezionalità si esplica senza obbligo di fornire al lavoratore alcuna motivazione, neppure in caso di contestazione, sulla valutazione delle capacità e del comportamento professionale del lavoratore stesso” (Cass., 17 novembre 2010, n. 23224). Si tenga presente però che per Cass., 27 febbraio 2008, n. 5103, “il mancato superamento del periodo di prova costituisce un giustificato motivo di licenziamento, che deve essere esplicitamente indicato come tale; l’atto di recesso del datore, infatti, ha natura formale e deve contenere una motivazione completa e inequivoca”.

Va evidenziato, tuttavia, che, seppure la norma esoneri il datore di lavoro dall'obbligo di motivare il recesso durante il periodo di prova, nel caso in cui il periodo di prova non venga portato a termine, la controparte può invocare il mancato assolvimento dell'obbligo di consentire (o di fare) l'esperimento secondo la norma e quindi richiedere il risarcimento dei danni oppure ottenere una sentenza che dichiara superato il periodo di prova e che, conseguentemente, il contratto va considerato come definitivo dall'origine.

Tali conseguenze non si verificano se la parte recedente riesce a dimostrare che, malgrado non sia stato portato al termine previsto il periodo di prova, le circostanze sono tali da evidenziare chiaramente che la prova ha dato esito negativo e che comunque tale esito negativo si sarebbe avuto anche protraendo la prova fino alla sua scadenza contrattuale (15).

In giurisprudenza si trova confermato un indirizzo ormai consolidato in materia di motivo lecito di recesso del datore di lavoro in periodo di prova, secondo cui "il potere discrezionale del datore di lavoro di recedere nel corso del periodo di prova è legittimamente esercitato quando rifletta l'accertamento e la valutazione non soltanto degli elementi di fatto concernenti la capacità professionale del lavoratore, ma anche degli elementi concernenti il comportamento complessivo dello stesso, quale è desumibile anche dalla sua correttezza e dal modo in cui si manifesta la sua personalità" (Cass. 21 luglio 2001, n. 9948) (16). Nell'ipotesi di recesso del datore di lavoro, prima del compimento del periodo di prova del lavoratore, la declaratoria della sua illegittimità non comporta che il contratto di lavoro debba essere considerato stabilmente costituito, bensì il

mero proseguimento del rapporto in prova fino alla scadenza del relativo periodo, previo scomputo del tempo successivo a quello del recesso per cui sia mancata la prestazione (Cass. 21 gennaio 1985, n. 233).

I limiti giurisprudenziali al recesso

D'altra parte, la giurisprudenza ha delineato con nettezza fattispecie di recesso illegittimo in una serie di pronunce di merito e di legittimità, oltre all'ipotesi del patto di prova nullo che ha formato oggetto della sentenza Cass. n. 17921/2016.

Ad esempio, con riferimento alle ipotesi in cui *la prova non sia stata effettivamente svolta*: vale a dire se il lavoratore dimostra in giudizio che non è trascorso un tempo sufficiente a consentire al datore di lavoro di valutare capacità e attitudini di quello a svolgere le mansioni affidate (Trib. Milano, 4 giugno 2007), oppure se il lavoratore non è stato messo in condizioni tali di svolgere la prova non essendogli state assegnate in concreto le mansioni (Cass., 8 febbraio 2000, n. 1387), o ancora per aver svolto la prova in merito a mansioni differenti da quelle assegnate (Cass., 12 dicembre 2005, n. 27310).

Altra ipotesi di illegittimità del recesso si ha quando *la prova sia stata superata positivamente*, vale a dire nei casi in cui prima di recedere il datore di lavoro ha comunicato al lavoratore l'avvenuto superamento della prova ovvero se da altri elementi possa ricavarsi tale superamento, anche sulla base dei principi di correttezza e buona fede nello svolgimento della prestazione lavorativa (Cass., 21 luglio 2001, n. 9948).

Ancora illegittimo è il recesso durante la prova quando *la condotta datoriale può essere ricon-*

(15) "Il licenziamento intimato prima della scadenza del periodo di prova, motivato dal mancato superamento di quest'ultima, è contestabile dal lavoratore solo provando il positivo superamento dell'esperimento o l'inadeguatezza di quest'ultimo, ovvero l'imputabilità del recesso ad un motivo estraneo ad esso. Essendo stato intimato il licenziamento in un periodo in cui il Legislatore ha sancito la libera recedibilità *ad nutum*, senza necessità di giustificazione e senza possibilità di sindacato giudiziale sulla stessa, il giudice può solo verificare se le modalità della prova siano state tali da renderla manifestamente inidonea o se i risultati siano stati tali da rendere manifestamente errata e pretestuosa la valutazione negativa ed evidente che la prova è stata superata positivamente, ma non può sostituirsi al datore di lavoro né nella scelta delle mansioni, né nella valutazione dei risultati della prova. Pertanto in caso di licenziamento comminato a tre giorni dal termine del semestre, la durata della valutazione della prova non può che ritenersi positi-

va" (Tribunale di Torino, 30 gennaio 2007).

(16) "Il periodo di prova è funzionalmente destinato alla verifica non solo delle qualità professionali, ma anche del comportamento e della personalità complessiva del lavoratore in relazione all'adempimento della prestazione. Nel corso dello stesso, il datore di lavoro ha la facoltà di esercitare il diritto di recesso, per il quale non sono previste particolari modalità, sia relative alla forma, sia relative a qualsiasi obbligo di motivazione. Il potere di recesso, pertanto, costituisce esercizio di un diritto potestativo discrezionale, esercitabile soltanto all'esito del superamento di detto periodo. Tuttavia, tale discrezionalità, non è illimitata, in quanto il datore di lavoro, insoddisfatto dell'esito della 'sperimentazione', deve provare la sussistenza di un motivo idoneo al recesso, quale l'inidoneità del lavoratore in prova a svolgere le mansioni assegnategli, o l'adozione di un comportamento contrario alle regole di correttezza professionale" (Tribunale di Modena, 7 novembre 2006, n. 265).

Approfondimenti

dotta ad un motivo illecito. Proprio in merito all'imputabilità del licenziamento ad un motivo illecito la giurisprudenza (Cass. 8 febbraio 1985, n. 1017) ha affermato che il recesso dell'imprenditore in periodo di prova, pur essendo sottratto alla disciplina limitativa dei licenziamenti individuali non è tuttavia rimesso al *merum arbitrium* del datore di lavoro, atteso che da un lato deve essere collegato all'esito dell'esperimento, che del patto di prova costituisce la causa tipica e, dall'altro, non può essere diretto ad eludere norme imperative né essere fondato su motivo illecito determinante (17).

Ulteriore ipotesi di illegittimità si ha quando il recesso è riconducibile ad una ragione discriminatoria, ad esempio quando il lavoratore che si ritiene discriminato fornisce dimostrazione di fatti dai quali si può presumere la denunciata discriminazione (Cass., 13 febbraio 2012, n. 2010). D'altronde, si è affermato anche che "per escludere il carattere discriminatorio del licenziamento per mancato superamento del periodo di prova, è necessario che il datore dimostri di non aver fatto un uso illecito delle proprie prerogative nella valutazione della prova e nell'esercizio del potere di recesso" (Tribunale Genova, 8 aprile 2011).

Analogamente di recesso illegittimo si parla se la motivazione è estranea al rapporto di lavoro, come nel caso di una invalidità del lavoratore; in tali circostanze se il lavoratore dimostra che il reale motivo del recesso risulta estraneo al rapporto di lavoro, il giudice è chiamato ad effettuare una valutazione sulla sua giustificatezza per accertare l'idoneità della scelta datoriale di mettere fine al periodo di prova e risolvere il rapporto di lavoro (Cass., 17 febbraio 2000, n. 1762).

Onere della prova e conseguenze del recesso illegittimo

Con specifico riferimento alla distribuzione dell'onere della prova nelle ipotesi di recesso del datore di lavoro sia durante che alla fine del periodo di prova, la giurisprudenza ha chiarito che

l'onere della prova, ai fini dell'annullamento del recesso per la sua illegittimità, grava interamente sul lavoratore (Cass., 12 marzo 1999, n. 2228), "incombe, pertanto, sul lavoratore licenziato, che deduca in sede giurisdizionale la nullità di tale recesso, l'onere di provare, secondo la regola generale di cui all'art. 2697 c.c., sia il positivo superamento del periodo di prova, sia che il recesso è stato determinato da motivo illecito e quindi, estraneo alla funzione del patto di prova" (Cass., 17 ottobre 2009, n. 21784).

Relativamente, invece, alle conseguenze del recesso illegittimo durante la prova o all'esito della stessa, la giurisprudenza si è trovata a delineare differenti soluzioni, in ragione delle singole fattispecie.

Così in caso di licenziamento illegittimo a causa del mancato superamento della prova è stato affermato che non trova applicazione la normativa sui licenziamenti individuali, ma dovendosi riconoscere il diritto del lavoratore a proseguire il periodo di prova, completandolo per la parte non ancora decorsa, e ad ottenere il pagamento della retribuzione omessa per il periodo residuo, nonché il risarcimento dei danni patiti, a titolo di responsabilità contrattuale, non potendosi applicare il diritto alla reintegrazione nel posto di lavoro a tutela del lavoratore in prova (Cass., 22 ottobre 1987, n. 7821).

Al contrario è stato sostenuto che al lavoratore in prova illegittimamente licenziato spetta la tutela reale, se ricorrono le dimensioni aziendali previste dalla norma, se dimostra che il recesso non è dovuto al mancato superamento della prova, ma a motivi diversi, illeciti o comunque estranei alla prova (Corte d'Appello Venezia, 3 febbraio 2011).

Sul tema s'impone ora, dunque, anche Cass. n. 17921/2016, la quale ribadisce, primariamente, che la legittima recedibilità ha come inevitabile presupposto la circostanza obiettiva che il patto di prova deve essere stato validamente apposto, con la conseguenza che in difetto dei requisiti di sostanza o di forma prescritti dalla legge, la nul-

(17) "Se è vero che il licenziamento del lavoratore in prova rientra nell'area della recedibilità acausale, tuttavia non per questo può ammettersi che il datore possa esercitare del tutto arbitrariamente questo suo diritto. Il lavoratore, infatti, potrà sempre dimostrare che l'atto di recesso sia stato determinato da motivi illeciti, tra i quali anche lo svolgimento della prova con l'assegnazione di mansioni incompatibili con lo stato di in-

validità, e che esso sia stato adottato nonostante il positivo superamento del periodo di prova, portando così all'elusione della disciplina sul collocamento dei disabili e ponendo in essere un licenziamento in frode alla legge. Il lavoratore, però, non avrà diritto al reintegro, non trovando applicazione la tutela di cui all'art. 18, Statuto dei lavoratori" (Cass., 27 ottobre 2010, n. 21965).

lità del patto di prova, quale nullità della clausola apposta al contratto, individua una nullità parziale che non si estende all'intero contratto di lavoro, ma determina "la conversione (in senso atecnico) del rapporto in prova in rapporto ordinario ... e trova applicazione, ricorrendo gli altri requisiti, il regime ordinario del licenziamento individuale" (Cass. 18 novembre 2000, n. 14950).

Ne consegue, quindi, che il recesso intimato per ritenuto esito negativo della prova, sul presupposto erroneo della pretesa validità del patto di prova ovvero in ragione della errata convinzione della persistenza del periodo di prova (in realtà già scaduto), non rientra nel novero della recedibilità *ad nutum* ai sensi dell'art. 2096 c.c., ma piuttosto un licenziamento da assoggettarsi alla ordinaria verifica giudiziale circa la sussistenza di una giusta causa o di un giustificato motivo (nello stesso senso già Cass. 19 agosto 2005, n. 17045 e Cass. 22 marzo 1994, n. 2728).

La nullità del patto di prova - nell'analisi di Cass. n. 17921/2016 - non vanifica gli effetti del recesso, facendone automaticamente scaturire la ricostituzione del rapporto di lavoro, dovendo, piuttosto, trovare applicazione l'ordinaria disciplina in materia di licenziamenti e, conseguentemente - a seconda dei requisiti dimensionali rispettivamente richiesti dalle norme, in ragione dell'onere della prova gravante sul datore di lavoro - la tutela risarcitoria assicurata dall'art. 8, legge n. 604/1966 (per le aziende con più di 15

dipendenti) oppure la tutela reintegratoria prevista dall'art. 18 della legge n. 300/1970 (per le aziende fino a 15 dipendenti), in base alla disciplina concretamente applicabile alla singola fattispecie.

Su tale assunto, quindi, Cass. n. 17921/2016 ha enunciato lo specifico principio di diritto in ragione del quale, "il licenziamento intimato sull'erroneo presupposto della validità del patto di prova, in realtà affetto da nullità, riferendosi ad un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, non è sottratto alla applicazione della disciplina limitativa dei licenziamenti, per cui la tutela da riconoscere al prestatore di lavoro sarà quella prevista dalla legge n. 300/1970, art. 18, qualora il datore di lavoro non allegghi e dimostri la insussistenza del requisito dimensionale, o quella riconosciuta dalla legge n. 604/1966, in difetto delle condizioni necessarie per la applicabilità della tutela reale".

Ne consegue che il recesso per mancato superamento del periodo di prova concordato in una clausola sostanzialmente nulla rimane necessariamente disciplinato dalle norme in materia di licenziamenti individuali illegittimi, non ammettendo *sic et simpliciter* la ricostituzione del rapporto di lavoro, ma differenziando le tutele previste - risarcitoria o reintegratoria - in base ai livelli dimensionali e occupazionali dell'impresa interessata.