

Sul recesso della P.A. durante il periodo di prova

di D. Serra - 21 Marzo 2024

La Sezione Lavoro della Cassazione, con la recente sentenza n. 2833 del 30 gennaio 2024, che qui si segnala, ha affrontato la questione del recesso, nel pubblico impiego, da parte della P.A., durante il periodo di prova.

Di essa discuteremo, dopo aver esaminato, brevemente, l'istituto del patto di prova, con riferimento, in particolare, ovviamente, al pubblico impiego.

Le parti del contratto individuale di lavoro possono pattuire un periodo di prova, al fine di sperimentare reciprocamente la convenienza di quel rapporto prima che lo stesso divenga definitivo (A. Frignone-M. Rendina, *il patto di prova*, Padova, 1993; C. Assanti, *il contratto di lavoro in prova*, Milano 1957; T. Vettor, *Il patto di prova*, in *Arg. Dir. Lav.*, 3, 2010, 805 ss.).

Il periodo di prova, durante il quale le parti possono liberamente recedere (recesso *ad nutum*), è istituito che trova applicazione in materia di lavoro sia pubblico che privato: la giurisprudenza ha affermato la vincolatività generalizzata della prova, tenuto conto che quest'ultima costituisce istituto di carattere generale, la cui applicazione non può essere esclusa addirittura nemmeno nei confronti di pubblici impiegati immessi in ruolo per effetto di disposizioni di legge e non a seguito di pubblico concorso.

Il patto di prova, da intendersi quale elemento accidentale del contratto, trova la sua generale disciplina nell'art. 2096 c.c.

Il patto di prova, secondo tale articolo, deve risultare da atto scritto; l'imprenditore e il prestatore di lavoro sono rispettivamente tenuti a consentire e a fare l'esperimento che forma oggetto del patto di prova; durante il periodo di prova, ciascuna delle parti può recedere dal contratto, senza l'obbligo di preavviso o d'indennità.

L'assunzione in prova deve risultare da atto scritto *ad substantiam*: l'art.4, comma 1, del R.D.L. n. 1825 del 13 novembre 1924 sanciva l'esigenza di un patto di prova avente forma scritta, altrimenti l'assunzione del lavoratore sarebbe stata a tempo indeterminato.

È indispensabile che la stipulazione del patto avvenga in un momento anteriore o coevo alla costituzione del rapporto; è invece ammessa la non contestualità della sottoscrizione, purché, naturalmente, avvenga prima dell'esecuzione del contratto: la stipulazione successiva all'inizio del rapporto, come l'inosservanza della forma scritta comporta la nullità del patto di prova, con conseguente ed automatica assunzione definitiva, fin dall'origine, del lavoratore.

Il periodo di prova, anche se comporta una limitazione del diritto al mantenimento del posto, non costituisce clausola vessatoria da approvarsi espressamente per iscritto, essendo la clausola in parola finalizzata a consentire ad entrambe le parti di valutare la convenienza di pervenire alla costituzione definitiva del rapporto e mirando dunque a tutelare l'interesse di

entrambi i contraenti e non solo l'interesse di chi l'abbia predisposta, come avviene per la fattispecie prevista dall'art. 1341 c.c. (Cass 27 febbraio 1990, n. 1513; Cass. 16 luglio 1988, n. 4686).

La giurisprudenza ha sostanzialmente aderito all'orientamento della dottrina prevalente, considerando il patto di prova quale condizione sospensiva potestativa (Cass. 6 febbraio 1984, n. 913 e Cass. 11 novembre 1998, n. 6096; Corte Cost. 28 luglio 1976, n. 204, in *Riv. Giur. Lav. e Prev. Soc.*, 1976, II, 691).

La pattuizione di un periodo di prova è compatibile con la costituzione di un rapporto di lavoro a tempo determinato, non sussistendo alcun motivo per rendere inattuabile e immeritevole di tutela l'interesse a sottoporre tale rapporto ad un esperimento iniziale.

Riguardo al rapporto di lavoro a tempo parziale, cui il patto di prova può essere pacificamente apposto nei limiti e con le modalità previste per i lavoratori a tempo pieno, salvo esplicite previsioni della contrattazione collettiva o del contratto individuale, la durata del periodo di prova non deve essere ridotta proporzionalmente alla diminuzione dell'orario.

A pena di nullità, la clausola in questione deve contenere la specifica indicazione delle mansioni che ne costituiscono l'oggetto, dovendo il lavoratore preventivamente conoscere il contenuto della prova cui sarà sottoposto e sulla cui base verrà valutato dal datore di lavoro: la necessaria specificazione delle mansioni può ritenersi pienamente soddisfatta mediante il rinvio per *relationem* alla classificazione dei lavoratori contenuta nel contratto collettivo, purché tale riferimento sia effettuato alla nozione più dettagliata delle qualifiche, livelli e profili del sistema di inquadramento.

L'ordinamento impone la predeterminazione della durata massima di detto periodo: l'art. 2096 c.c., tuttavia, nulla dice in proposito; esso, semmai, contempla la previsione di una durata minima, durante la quale le parti non potranno esercitare la facoltà di recesso libero (comma 3): l'art. 4 del R.D.L. n. 1825 del 1924, che non è stato tacitamente abrogato dall'art. 2096 c.c., prevede che il termine massimo è fissato in sei mesi per gli impiegati di grado più elevato e in tre mesi per tutti gli altri impiegati.

Il periodo di prova è preordinato ad accertare non solo l'attitudine professionale del lavoratore, ma anche il suo complessivo comportamento: gli obblighi fondamentali di fedeltà, correttezza e diligenza cui egli, anche in prova, è soggetto, secondo la Suprema Corte, investono non solo e non tanto la prestazione lavorativa, quanto (e soprattutto) la personalità del prestatore d'opera.

Anche il datore di lavoro, durante tale periodo, è destinatario di obblighi, essendo, in particolare, tenuto al dovere-da assolvere secondo correttezza e buona fede-di mettere il lavoratore in condizione di dimostrare le sue attitudini professionali, in relazione alle mansioni per le quali è stato assunto.

I giudici hanno affermato l'illegittimità della nuova apposizione del patto quando, stante tra le parti un precedente rapporto, il prestatore venga assegnato alle medesime mansioni svolte, o ancora, abbia già superato la prova.

La giurisprudenza propende per non includere nel calcolo i giorni di assenza relativa a: malattia e infortunio; gravidanza e puerperio; permessi; sciopero; godimento delle ferie annuali; cassa integrazione guadagni; e, viceversa, per il conteggio dei riposi settimanali e delle festività.

Durante il periodo di prova il lavoratore gode, in tutti i casi di sospensione del rapporto, del relativo diritto al trattamento economico e all'interdizione al potere di recesso, vigendo il c.d. periodo di comportamento; a questi dovrà inoltre essere riconosciuto il diritto a maturare ogni forma di retribuzione differita e, in particolare, all'accantonamento del trattamento di fine rapporto e al suo pagamento, anche nel caso di recesso durante il periodo di prova.

La facoltà di recesso potrà verificarsi in ogni momento, vale a dire non solo al termine, ma anche nel corso del patto di prova, salvo che questo sia stato stabilito per un tempo minimo necessario (art. 2096, comma 3, c.c.); l'esercizio del potere di recesso non necessita di forma scritta né deve essere motivato, atteso che come ha chiarito la Corte cost. (sentenza 4 dicembre 2000, n. 541), la sua disciplina esula dall'ambito di applicazione della generale normativa limitativa dei licenziamenti individuali: il giudice delle leggi ha, tuttavia, affermato la possibilità di contestare la legittimità del recesso; per la Consulta la natura discrezionale di questo recesso, in altri termini, non significa che lo stesso possa esercitarsi al di fuori di alcun limite, potendo infatti il lavoratore assumerne la invalidità ogni qualvolta non sia consentita ex art. 2096 c.c., comma 2, la effettuazione dell'esperimento, oppure l'esperimento non abbia avuto durata adeguata o sia stato positivamente superato dal lavoratore o, ancora, il recesso sia imputabile a un motivo illecito, o estraneo all'esperimento, ed in particolare a forme di discriminazione illegittime.

È stato considerato legittimo, nel corso del periodo di prova, il recesso datoriale, nel caso in cui, pur provando il lavoratore di aver eseguito la prestazione in maniera tecnicamente ineccepibile, la valutazione negativa sia derivata dal giudizio del complessivo comportamento di quest'ultimo.

L'onere di provare l'illegittimo recesso spetta al lavoratore in base alla regola generale di cui all'art. 2697 c.c., diversamente da quanto avviene per ogni altro tipo di licenziamento.

Prima della riforma del pubblico impiego, l'art. 2096 c.c., trovava applicazione solo nel rapporto di lavoro privato. Anche nel pubblico impiego, tuttavia, già la L. n. 93 del 1983, art.20 (legge quadro sul pubblico impiego) stabiliva che il lavoratore nominato e assunto in servizio non acquisiva immediatamente la stabilità, subordinando l'iscrizione a ruolo al superamento, con esito positivo di un periodo di prova.

Tale legge si limitava ad affermare la necessità che la durata della prova fosse congrua ed identiche per le medesime qualifiche, rinviando la disciplina dell'istituto alla legislazione di settore o di formazione secondaria.

Elementi comuni a tutto il settore del pubblico impiego, ferma la varietà della disciplina nei vari settori, erano:

-la durata dell'esperimento che doveva essere calcolata con riferimento esclusivo al servizio effettivamente prestato;

-nel caso in cui l'esperimento si fosse concluso negativamente, la prova poteva e, in alcuni settore doveva essere prorogata;

-il giudizio conclusivo doveva essere motivato, anche se talvolta con motivazione generica per non compromettere la posizione futura del lavoratore;

– la prova si intendeva superata se al termine non veniva comunicato l'esito negativo o la proroga;

– l'impiegato in prova aveva gli stessi doveri e diritti dell'impiegato di ruolo ed il suo trattamento economico era pari a quello iniziale della qualifica corrispondente.

Il sistema delineato dalla legge si distingueva dall'art. 2096 c.c., per l'automaticità della prova nonché per la funzione più ampia, anche di formazione, attribuita al periodo di verifica. Come per l'impiego privato, tuttavia, il servizio in prova veniva calcolato nella anzianità ed al superamento della prova seguiva la stabilità del rapporto.

Il D.Lgs. 3 febbraio 1993, n. 29 e il successivo D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165, hanno stabilito, infine, che i rapporti di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche sono disciplinate dalle disposizioni del capo 1, titolo 2, del libro V del codice civile, estendendo anche al pubblico impiego la disciplina del patto di prova prevista per l'impiego privato.

Tutte le assunzioni alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche, sono, quindi, assoggettate all'esito positivo di un periodo di prova, e ciò avviene *ex lege* e non per effetto di patto inserito nel contratto di lavoro dall'autonomia contrattuale: l'autonomia contrattuale è abilitata, esclusivamente, alla determinazione della durata del periodo di prova.

Il periodo di prova consente all'amministrazione di accertare se il giudizio espresso in sede concorsuale sulla preparazione del candidato trovi conferma nelle capacità e nelle attitudini di cui egli dia prova, in relazione alle mansioni inerenti al posto: è ininfluenza ai fini della prova il brillante superamento dell'esame concorsuale (Cons. Stato, Sez.VI, 14 ottobre 1998, n. 1392, in *Cons. St.*, 1998, I, 1563; Tar Liguria, Sez. II, 12 ottobre 1995, n. 412).

La Cassazione ha affermato che nel caso di mobilità volontaria è illegittima la pretesa di un nuovo patto di prova nell'amministrazione destinataria, ove il patto di prova sia stato già superato nell'amministrazione di provenienza (Cass., sez. un., sent. 12 dicembre 2006, n. 26420, in *Foro it.*, 2007, I, 1177, con nota di Perrino).

È esonerato dal periodo di prova il dipendente che abbia acquisito una posizione di lavoro nella categoria immediatamente superiore a seguito di progressione verticale.

Le differenze di maggiore momento rispetto al lavoro privato riguardano il regime del recesso, dove i contratti collettivi hanno introdotto due regole particolari: la previsione di una durata minima garantita pari alla metà del periodo di prova, sola decorsa la quale è consentito a ciascuna delle parti di recedere senza obbligo di preavviso né di indennità sostitutiva, e, soprattutto, l'obbligo dell'amministrazione di motivare il recesso: la necessità per la pubblica amministrazione recedente di motivare il recesso costituisce un significativo profilo di specialità rispetto al settore privato laddove, per contro, il datore non ha alcun obbligo di motivazione.

Opinione consolidata equipara il mancato intervento di un atto di recesso alla scadenza del termine massimo del periodo di prova ad un'esplicita presa d'atto del superamento della prova.

La giurisprudenza di legittimità ha avuto occasione di affermare – in tema di rapporti di lavoro privatizzati alle dipendenze della P.A. - che il recesso del datore di lavoro nel corso del periodo di prova ha natura discrezionale e dispensa dall'onere di provarne la giustificazione, il che lo differenzia dal recesso assoggettato al regime della l. n. 604 del 1996, fermo restando che l'esercizio del potere di recesso deve essere coerente con la causa del patto di prova, che consiste nel consentire alle parti del rapporto di lavoro di verificarne la reciproca convenienza. Ne consegue che non sarebbero configurabili un esito negativo della prova ed un valido recesso qualora le modalità dell'esperimento non risultassero adeguate ad accertare la capacità lavorativa del prestatore in prova ovvero risultasse il perseguimento di finalità discriminatorie o altrimenti illecite, incombendo, comunque, sul lavoratore, l'onere di dimostrare la contraddizione tra recesso e funzione dell'esperimento medesimo (Cass. n. 21586 del 2008).

Anche i giudici di merito hanno statuito che le assunzioni alle dipendenze delle P.A. sono assoggettate *ex lege* all'esito positivo di un periodo di prova; nel caso di recesso motivato dal mancato superamento della prova, il dipendente che contesti la decisione datoriale deve provare l'inadeguatezza delle modalità dell'esperimento, oppure il positivo esperimento della prova ovvero, ancora, la sussistenza di un motivo illecito, escludendo che l'obbligo di motivazione possa far gravare l'onere della prova sul datore di lavoro e che la valutazione discrezionale dell'amministrazione possa essere oggetto di un sindacato, non potendo il lavoratore limitarsi a contestare il giudizio espresso dal datore di lavoro in ordine al mancato superamento della prova (Tribunale Firenze, 17 novembre 2021, n. 759).

Veniamo, ora, alla sentenza della Sezione Lavoro della Corte di Cassazione.

Essa, sostanzialmente, ribadisce che, nell'ambito del lavoro pubblico contrattualizzato, l'obbligo datoriale dell'amministrazione di motivare il recesso, non esclude né attenua la discrezionalità dell'ente nella valutazione dell'esperimento, ed è finalizzato alla verificabilità giudiziale della coerenza delle ragioni del recesso rispetto, da un lato, alla finalità della prova e, dall'altro, all'effettivo andamento della prova stessa, fermo restando che grava sul lavoratore l'onere di dimostrare il perseguimento di finalità discriminatorie o altrimenti illecite o la contraddizione tra recesso e funzione dell'esperimento medesimo, e che, in tema di licenziamento nullo perché ritorsivo, il motivo illecito addotto ex art. 1345 c.c. deve essere determinante, cioè costituire l'unica effettiva ragione di recesso, ed esclusivo, nel senso che il motivo lecito formalmente addotto risulti insussistente nel riscontro giudiziale.

Nel caso di specie, il giudice di appello, nel confermare la sentenza del Tribunale di Lecce che aveva disposto la reintegra e il risarcimento del danno, in favore di un dirigente della Camera di Commercio, licenziato durante il periodo di prova, ha, dapprima, escluso la sussistenza delle condizioni per la legittimità del recesso per mancato superamento della prova e, poi, ha ravvisato la sussistenza degli elementi ritorsivi: la sentenza d'appello era stata censurata dalla Camera di Commercio, con riguardo alla statuizione che al lavoratore non erano stati assegnati compiti poteri e responsabilità, conferenti con le mansioni per cui era stato assunto, come specificate nel contratto, con la conseguenza che l'ente datoriale non avrebbe consentito l'espletamento della prova su mansioni e con modalità idonee ad accertare veramente la

capacità lavorativa del dirigente; per la Camera di Commercio, la Corte territoriale aveva ommesso di considerare, che, secondo il consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità, la pubblica amministrazione datrice di lavoro è sempre titolare del potere di valutazione discrezionale, sia sulle capacità tecniche che sulla personalità ed idoneità del lavoratore ad adempiere gli obblighi discendenti dal rapporto di lavoro, in ragione della funzione del patto di prova.

La Cassazione, nel rigettare il ricorso della Camera di Commercio, ha ritenuto che la Corte d'Appello, nel caso di specie, dopo aver valutato le prove raccolte in giudizio, ha, in modo logico e coerente, indicato le ragioni per le quali ha ritenuto, in fatto, che fosse provata la mancata assegnazione delle mansioni convenute nel contratto di lavoro e la finalità ritorsiva del recesso.

In conclusione, non possiamo che ribadire quanto scritto nel 2011 (D. Serra, *Periodo di prova nel pubblico impiego: l'obbligo di motivazione del recesso*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 7/11 pp. 675 e segg.), ossia che sarà sempre e soltanto il lavoratore a dover provare l'invalidità del recesso, dimostrando il positivo superamento del periodo di prova ovvero l'imputabilità del recesso ad un motivo estraneo e perciò illecito o ancora il fatto che la prova si sia svolta con tempi e modalità inadeguate rispetto alla funzione del patto.

Dionisio Serra, cultore di diritto del lavoro nell'Università degli Studi di Bari "Aldo Moro"

Visualizza il documento: [Cass., 30 gennaio 2024, n. 2833](#)