

Motivi di legittimità del recesso

Licenziamento al termine del periodo di prova

Salvatore Servidio - Esperto tributario del processo del lavoro

Dati del processo

La sentenza 18 gennaio 2017, n. 1180, della Corte di cassazione, offre lo spunto per un approfondimento sulla tematica del licenziamento del lavoratore in prova e, in particolare, sulla rilevanza del positivo superamento dell'esperimento al fine di valutare la legittimità del recesso.

In punto di fatto, la sentenza affronta il caso di un informatore farmaceutico licenziato per mancato superamento della prova, il quale sosteneva nell'opposizione l'illegittimità del provvedimento espulsivo in considerazione del positivo superamento della prova e dell'esistenza di un motivo estraneo a fondamento del recesso (ovvero, l'esuberanza di personale a seguito dell'unificazione di due linee di prodotti).

La Corte d'Appello, pur rilevando l'ampia discrezionalità del datore di lavoro in ordine alla valutazione delle capacità professionali del dipendente assunto in prova, aveva accertato il positivo superamento della medesima e la mancanza di elementi sufficienti a dimostrare l'esistenza di un motivo estraneo alla prova, confermando la sentenza di primo grado, che aveva rigettato la domanda di reintegrazione nel posto di lavoro e condannato il datore di lavoro al risarcimento del danno nella misura di dieci mensilità della retribuzione globale di fatto. Tale soluzione, argomentando che all'illegittimo recesso poteva fare seguito solo il risarcimento del danno, in quanto la tutela reale di cui all'art. 18, legge 20 maggio 1970, n. 300 (Statuto dei lavoratori) avrebbe potuto derivare solo da un recesso intimato per un motivo illecito o estraneo alla prova, mentre le risultanze istruttorie non erano univoche in tal senso.

Il lavoratore, ricorrendo per Cassazione, deduce principalmente, per quanto di interesse, violazione dell'art. 2096 c.c. e insufficiente e contraddit-

toria motivazione circa un fatto controverso decisivo per il giudizio, lamentando che la Corte d'appello abbia ritenuto non fornita la prova dell'esistenza di un motivo estraneo all'esperimento probatorio, in quanto il positivo superamento della prova era di per sé sufficiente a costituire presunzione dell'esistenza di un motivo estraneo, a cui conseguirebbe l'applicazione della tutela predisposta dall'art. 18, legge n. 300/1970.

A sua volta, nel ricorso incidentale, il datore di lavoro deduce vizi di motivazione in ordine ad un fatto controverso decisivo per il giudizio e rileva che, in relazione al preteso positivo superamento della prova, l'argomentazione della Corte d'appello, pur premettendo che durante il periodo di prova vi sono ampi margini di discrezionalità concessi al datore di lavoro al fine di valutare la prestazione del dipendente, avrebbe contraddittoriamente ritenuto insufficiente quanto emerso in ordine allo stile del lavoratore, non coerente con il modello da adottare nell'ambito dei rapporti con gli interlocutori e con i colleghi.

Patto di prova nel contratto di lavoro

Si premette che il patto di prova è disciplinato dall'art. 2096 Codice civile, ed è un patto con il quale le parti di un contratto di lavoro subordinato prevedono un periodo di lavoro durante il quale si effettueranno reciproche valutazioni in merito alla convenienza di un eventuale rapporto di lavoro definitivo.

Le norme di riferimento generale, oltre l'art. 2096 Codice civile, che dà le caratteristiche essenziali del patto di prova, sono l'art. 10, legge 15 luglio 1966, n. 604, sui licenziamenti individuali, che ne indica la durata massima e l'art. 1, D.Lgs. 26 maggio 1997, n. 152 (Attuazione della direttiva 91/533/Cee concernente l'obbligo del datore di lavoro di informare il lavoratore delle

Approfondimenti

condizioni applicabili al contratto o al rapporto di lavoro) che conferma l'obbligo della forma scritta, nonché l'art. 4, D.Lgs. 9 aprile 2008, n. 81 (Testo unico sulla sicurezza del lavoro), che esclude la computabilità dei lavoratori in periodo di prova ai fini dell'applicabilità di taluni particolari obblighi in materia di sicurezza ed igiene del lavoro.

Il patto di prova è stipulato per lo più a favore del datore di lavoro in quanto consente di mettere alla prova le effettive capacità del futuro lavoratore: il datore avrà la possibilità di valutare aspetti e caratteristiche del lavoratore e della prestazione (come la puntualità negli orari, la precisione, il modo di relazionarsi con i colleghi e l'ambiente di lavoro) che nel corso del successivo rapporto non potranno essere oggetto di riconsiderazione e ripensamento, salvo che non si tramutino in una giusta causa o giustificato motivo di licenziamento.

Durante il periodo di prova il prestatore di lavoro deve ricevere lo stesso trattamento dal punto di vista normativo che dovrebbe spettargli in caso di assunzione definitiva. Il lavoratore pertanto sarà tenuto ad eseguire gli stessi compiti svolti dagli altri lavoratori di identica qualifica, dal punto di vista qualitativo e da quello quantitativo; sarà previsto a suo favore, ad esempio, il trattamento di fine rapporto, le ferie retribuite, nonché eventuali premi annuali.

Il patto può essere contenuto in un contratto a tempo indeterminato o determinato, così come in un contratto di apprendistato o in altra tipologia di contratto che consenta l'inserimento nel mondo del lavoro.

Circa le condizioni di validità del patto di prova, il periodo di prova, per essere valido, deve:

- avere forma scritta in mancanza della quale è prevista la nullità del patto stesso e la trasformazione in rapporto di lavoro in definitivo;
- essere anteriore o contestuale al contratto di assunzione (il patto successivo è nullo);
- deve contenere l'indicazione specifica delle mansioni che il lavoratore deve svolgere durante il periodo stesso e sulle quali il datore esprimerà la propria valutazione;
- non deve essere stipulato per un periodo maggiore di 3 mesi, per gli impiegati che non abbiano funzioni direttive, ovvero per il periodo previsto dalla disciplina sindacale; comunque non può

avere durata superiore a 6 mesi (art. 10, legge n. 604/1966).

Al riguardo, è consolidato l'orientamento della Corte di cassazione secondo cui la forma scritta, necessaria a norma dell'art. 2096 Codice civile per il patto di 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 (Cass. 26 novembre 2004, n. 22308; 10 ottobre 2006, n. 21698; 22 ottobre 2010, n. 21758).

Occorre poi sottolineare che il patto di prova costituisce un "elemento accidentale" del contratto, che non sussiste né può produrre effetto se non espressamente previsto dalle parti nel contratto individuale; a mente dell'art. 2096 Codice civile, poi, scaduto il termine di durata della prova, ciascuna parte può recedere dal rapporto, l'assunzione divenendo in caso contrario definitiva.

Comportamento delle parti

Durante il periodo di prova, ciascuna delle parti può recedere dal contratto senza obbligo di preavviso o di indennità. Se è prevista una durata minima della prova, il recesso non può essere esercitato prima della decorrenza del termine, se non per giusta causa.

In caso di recesso del datore di lavoro, la legge non prevede un obbligo di motivazione.

L'unico limite è costituito dal divieto di recesso per motivi non inerenti alla prova e, comunque, per motivi discriminatori. Al lavoratore deve essere data la possibilità di dimostrare le proprie attitudini e capacità a svolgere le mansioni a lui assegnate.

Il lavoratore può sempre chiedere spiegazioni più approfondite sul recesso ma non può mettere in discussione la facoltà del datore di valutare, a propria discrezione la prova effettuata.

Una volta terminato il periodo di prova, qualora nessuna delle parti manifesti l'intenzione di recedere, il rapporto di lavoro diviene definitivo e le prestazioni eseguite vengono considerato a tutti gli effetti ai fini dell'anzianità del lavoratore.

Come sopra riportato, il datore di lavoro può recedere liberamente ma il licenziamento deve ritenersi illegittimo qualora egli non abbia consentito effettivamente l'esperimento costituente

la prova, non assegnando al lavoratore le mansioni per cui si doveva fare la valutazione, oppure qualora non gli abbia concesso un lasso di tempo ragionevole per consentirgli di superare la prova.

È inoltre illegittimo il licenziamento del lavoratore in prova - assunto in base alla legge 2 aprile 1968, n. 482 - qualora il recesso sia stato determinato o comunque influenzato dal suo stato di invalidità (Cass. 27 gennaio 2004, n. 1458).

In caso di licenziamento intimato per mancato superamento del periodo di prova quando il relativo patto non sia stato validamente apposto, è stata dichiarata la nullità del patto di prova per mancata specificazione delle mansioni che avrebbe dovuto svolgere il lavoratore, con conseguente conversione in via definitiva dell'assunzione sin dal suo inizio (Cass. 5 marzo 2013, n. 5404). Da ciò ne deriva che il licenziamento, basato esclusivamente sul mancato superamento del periodo di prova, è da ritenersi illegittimo per mancanza di giusta causa o giustificato motivo.

Ne consegue quindi che il licenziamento intimato a motivo del mancato superamento della prova quando non sussista un valido patto in tal senso, sia viziato sotto il profilo dell'inidoneità della causale addotta a giustificazione del recesso. Occorre infatti ribadire che il recesso per mancato superamento della prova si iscrive nell'eccezionale fattispecie di recesso *ad nutum* di cui all'art. 2096 Codice civile, esentato dall'applicabilità dell'ordinaria disciplina di controllo delle ragioni del licenziamento; il licenziamento, posto al di fuori di tale area, è invece normalmente soggetto alla verifica giudiziale della sussistenza, o meno, della giusta causa o del giustificato motivo (Cass. 19 agosto 2005, n. 17045). In tale ambito, tuttavia, il richiamo al mancato superamento della prova è totalmente inidoneo a costituire giusta causa o giustificato motivo, ed il vizio è tale da determinare l'applicazione della tutela reintegratoria e risarcitoria, prevista dal quarto comma del nuovo art. 18, legge n. 300/1970 - come modificato dalla legge 28 giugno 2012, n. 92, applicabile *ratione temporis* - per le ipotesi più evidenti di discostamento del recesso dalle relative fattispecie legittimanti (Cass. 3 agosto 2016, n. 16214).

La sentenza n. 1180/2017

Nel decidere la vertenza, con la sentenza n. 1180/2017, la sezione lavoro ha respinto il ricorso principale del lavoratore ed ha accolto quello incidentale del datore di lavoro, affermando che il licenziamento al termine del periodo di prova non può avvenire per ragioni non attinenti all'esito della prova e/o alle mansioni espletate durante la prova. Il lavoratore può contestare il licenziamento al termine del periodo di prova se ritiene che l'esito della prova stessa sia stato valutato in modo errato dall'azienda, ma lo deve dimostrare.

Nello specifico della vicenda, la Suprema Corte ha precisato i limiti del potere discrezionale del datore di lavoro ai fini del recesso nel periodo di prova. La "clausola di prova" (come viene denominata dalla sezione lavoro nella sentenza in esame) è un istituto giuridico disciplinato dall'art. 2096 Codice civile, ed è un patto con il quale le parti di un contratto di lavoro subordinato si impegnano ad un periodo sperimentale di lavoro al fine di consentire una miglior valutazione riguardo alla convenienza reciproca di un eventuale rapporto di lavoro definitivo. Può considerarsi un elemento accidentale peculiare del contratto di lavoro, risultante dalla combinazione di elementi propri del termine e della condizione.

A tale riguardo, il giudice di legittimità ha preliminarmente ribadito il principio secondo cui il licenziamento intimato nel corso o al termine della prova, attuato per ragioni inerenti la negativa valutazione delle capacità e del comportamento professionale del lavoratore, non deve essere motivato, neppure in caso di contestazione in ordine alla valutazione della capacità e del comportamento professionale del lavoratore stesso; 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. 14 ottobre 2009, n. 21784).

In tema di periodo di prova, il datore di lavoro e il lavoratore, nella fase genetica del rapporto di lavoro, prima di firmare il contratto definitivo di assunzione, possono concordare un periodo di prova lavorativo tutte le volte in cui vi sia, da

Approfondimenti

parte del datore di lavoro, la necessità di valutare le caratteristiche e le qualità del lavoratore, dove in particolare l'interesse prevalente è la sperimentazione e la valutazione, da parte del datore di lavoro, delle caratteristiche e delle qualità del lavoratore, nonché del proficuo inserimento di quest'ultimo nella struttura aziendale. Al termine di tale periodo, l'azienda ha la libertà di licenziare il lavoratore anche senza una specifica motivazione e senza riconoscergli il preavviso, qualora sia insoddisfatto dell'esito della sperimentazione. Il licenziamento al termine della prova, in sostanza, può avvenire anche senza una giusta causa.

La giurisprudenza della Cassazione è consolidata nell'affermare che la causa del patto di prova è quella di tutelare l'interesse di entrambe le parti del rapporto a sperimentarne la convenienza, sicché detta causa risulta insussistente ove la verifica sia già intervenuta, con esito positivo, per le medesime mansioni, in virtù di prestazione resa dal lavoratore, per un congruo lasso di tempo, a favore dello stesso datore di lavoro (in tal senso fra le più recenti, cfr. Cass. 5 marzo 2015, n. 4466; 25 marzo 2015, n. 6001; 17 luglio 2015, n. 15059). È stato anche precisato che il principio è applicabile ogniqualvolta il prestatore venga chiamato a svolgere la medesima attività, senza che rilevino la natura e la qualificazione dei contratti stipulati in successione (Cass. 29 luglio 2005, n. 15960) nonché la diversa denominazione delle mansioni (Cass. 1° settembre 2015, n. 17371) e senza che in sede di legittimità possa essere censurato l'accertamento di eguaglianza effettiva delle mansioni, in quanto riservato al sovrano apprezzamento del giudice di merito (v. Cass. 12 settembre 2016, n. 17921).

Limiti alla discrezionalità del datore di lavoro nel patto di prova

In base a quanto sopra esposto, pur essendo il datore di lavoro - come è stato sostenuto - titolare di un "diritto potestativo", il cui esercizio legittimo non richiede giustificazione (Cass., S.U., 2 agosto 2002, n. 11633), tuttavia, il fatto che il licenziamento al termine della prova può avvenire anche senza una giusta causa, non significa che il lavoratore sia esposto al capriccio dell'azienda, afferma la sezione lavoro nella sentenza

n. 1180/2017 in commento, avendo anche in questa situazione la possibilità di difendersi.

Infatti, è escluso che la libertà di recesso nel caso di lavoratore in prova comporti la totale discrezionalità del datore di lavoro, in quanto, come stabilito dalla Corte costituzionale con la sentenza 22 dicembre 1980, n. 189, la nullità del licenziamento può essere pronunciata laddove il lavoratore dimostri il positivo superamento dell'esperimento nonché l'imputabilità del licenziamento ad un motivo illecito.

È stata, infatti, la giurisprudenza costituzionale ad incidere significativamente sulla disciplina del recesso in periodo di prova.

Così, secondo la richiamata sentenza n. 189/1980 della Consulta, il lavoratore può contestare il licenziamento alla fine del periodo di prova tutte le volte in cui ritiene e sappia dimostrare:

- il positivo superamento dell'esperimento e,
- nello stesso tempo, che il licenziamento è avvenuto per un motivo illecito ossia per ragioni non attinenti all'esito della prova e/o alle mansioni espletate durante la prova (ad esempio per via della mancanza di disponibilità del dipendente a prestarsi per compiti esorbitanti dalle sue funzioni).

La libertà nel recesso non significa perciò che esso sia a totale discrezione del datore di lavoro. Con la sentenza n. 189/1980, la Corte costituzionale ha infatti ritenuto infondata la questione di costituzionalità degli artt. 2096, comma terzo, Codice civile e 10, legge n. 604/1966, nelle parti in cui consentono il recesso immotivato del datore dal rapporto di lavoro in prova, non contrastino con gli artt. 3, commi primo e secondo, 4, 25 e 41, comma secondo, Cost., a patto di riconoscere la sindacabilità del concreto esercizio del recesso operato dall'imprenditore in costanza del periodo di prova e l'annullabilità dell'atto nel quale si esprime, tutte le volte che il lavoratore "ritenga e sappia dimostrare il positivo superamento dell'esperimento nonché l'imputabilità del licenziamento ad un motivo illecito".

Pertanto, la sezione lavoro, sulla scorta del dettato della Corte costituzionale, ha affermato che il licenziamento intimato nel corso o al termine del periodo di prova, avendo natura discrezionale, non deve essere motivato, neppure in caso di contestazione in ordine alla valutazione della capacità e del comportamento professionale del lavoratore stesso, aggiungendo tuttavia che incom-

be 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 un motivo illecito e quindi, estraneo alla funzione del patto di prova (Cass. 27 giugno 2013, n. 16224), circoscrivendo la libertà di recesso nell'ambito della funzione cui il patto di prova è finalizzato. In sostanza, l'imprenditore, durante il periodo di prova è sottratto alla disciplina limitativa del licenziamento individuale per quanto riguarda l'onere dell'adozione della forma scritta e non richiede pertanto una formale comunicazione delle ragioni di recesso.

Spetta dunque al lavoratore - che voglia impugnare il licenziamento dopo la prova - dimostrare l'esito positivo del superamento della prova stessa e il motivo illecito del licenziamento. Tali prove, ovviamente, devono essere portate al giudice nella causa contro l'azienda. Non si tratta di un compito facile, proprio perché la valutazione in ordine all'esito della prova è ampiamente discrezionale e rimessa al giudizio insindacabile dell'azienda. Pertanto la semplice prova da parte del lavoratore dell'esito positivo dell'esperimento non è di per sé sufficiente ad invalidare il recesso, ma serve anche la dimostrazione della mala fede dell'azienda.

Peraltro, nel caso di specie, sull'esito della prova, la Suprema Corte afferma che la motivazione della Corte territoriale - nell'affermare che la valutazione errata compiuta dal datore di lavoro in ordine all'esito della prova, costituisse di per sé motivo sufficiente per rendere il recesso invalido - è contraddittoria laddove, pur ammettendo che sussistano ampi margini di discrezionalità nella valutazione dell'esperimento, ha ritenuto il recesso illegittimo non in quanto esso era stato determinato da motivi ad essa estranei, ma in quanto la valutazione negativa espressa dal datore di lavoro sull'esito dell'esperimento non era giustificata, così contraddicendo le stesse premesse del ragionamento che si era posta e discostandosi dal corretto inquadramento giuridico della questione.

Conclusioni

In conclusione, si riassume che nella sentenza in esame la sezione lavoro ha evidenziato che, entro i limiti appena descritti, "la valutazione datoriale

in ordine all'esito della prova è ampiamente discrezionale, sicché la prova da parte del datore di lavoro dell'esito positivo dell'esperimento non è di per sé sufficiente ad invalidare il recesso, assumendo rilievo tale circostanza se ed in quanto manifesti che esso è stato determinato da motivi diversi".

Al riguardo, la Suprema Corte aveva già affermato che "l'avvenuto positivo superamento, da parte del lavoratore, dell'esperimento non è, di per sé solo, sindacabile in sede giudiziale, né può, di per sé, offrire la dimostrazione, pur presuntiva o per implicito, di un motivo illecito (ex artt. 1345 e 1418 Codice civile) del recesso del datore di lavoro in pendenza del periodo di prova", precisando che "un siffatto illecito motivo, quale ragione di nullità di quel recesso, può ritenersi provato in giudizio quando, oltre all'avvenuto positivo superamento dell'esperimento, siano dimostrati precisi e specifici fatti concreti i quali comprovino che il recesso non era in alcun modo ricollegabile all'esperimento stesso né al suo esito, ma era dovuto a ragioni del tutto estranee alla sua realizzazione ed alla causa del patto di prova e che integravano dunque così l'unico e determinante motivo (appunto illecito) della decisione del datore di recedere dal rapporto di lavoro" (Cass. 17 novembre 2010, n. 23224).

Peraltro, alla luce dei principi affermati dalla giurisprudenza di legittimità, non è del tutto pacifico che l'esistenza di un motivo estraneo alla prova possa essere automaticamente assimilato ad un motivo illecito (e, quindi, determinare l'illegittimità del recesso), essendo necessaria una verifica in concreto, posto che, ad esempio, il motivo estraneo potrebbe essere collegato a ragioni organizzative.

Infatti, in passato, pur rilevando un'evoluzione giurisprudenziale tesa a parificare il motivo estraneo alla prova al motivo illecito, la Cassazione ha evidenziato che il motivo estraneo all'esperimento non è però in sé motivo illecito ex art. 1345 Codice civile, né è a quest'ultimo equiparabile quanto all'inidoneità ad inficiare il recesso come affetto da vizio di nullità. Se così fosse, si avrebbe un'anomala ed ingiustificata stabilità e resistenza del rapporto in prova di fronte a quelle cause che sono riconducibili al giustificato motivo oggettivo di licenziamento. Si determinerebbe infatti una differenziazione di disciplina, di dubbia legittimità costituzionale, tra i

Approfondimenti

lavoratori in prova e lavoratori ordinari in danno di questi ultimi perché solo essi, e non anche i primi, sarebbero assoggettabili a licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo (Cass. 17 gennaio 1998, n. 402).

In questa ipotesi, infatti, vi è una sostanziale parificazione della posizione del lavoratore in prova a quella del lavoratore ordinario, con la conseguenza che il giudice dovrebbe effettuare una verifica sulla giustificatezza del motivo estraneo all'esperimento, non dissimile da quello sotteso all'art. 3, legge n. 604/1966.

La giurisprudenza di legittimità più recente, ivi inclusa la pronuncia n. 1180/2017 in esame, sembra tuttavia confermare un'interpretazione più rigorosa dei limiti al potere di recesso del datore di lavoro, assumendo che il motivo estraneo alla prova sia assimilabile al motivo illecito: tuttavia, se l'assunto di partenza è costituito dall'ampia discrezionalità del datore di lavoro in materia di recesso nel periodo di prova, come pure rilevato dalla Corte costituzionale (sentenza n. 189/1980), appare giuridicamente coerente sostenere che tale potere possa essere censurato solo in presenza di un motivo illecito *ex art. 1345 Codice civile* (ad esempio, motivi collegati all'età, al sesso, alla religione, ecc.) e dalla dimostrazione, a carico del lavoratore, che tale motivo sia

stato effettivamente l'unica ragione determinante del recesso.

Peraltro è da tenere presente che la recedibilità del datore (licenziamento) durante il periodo di prova, libera sia pure nei limiti indicati dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità, presuppone che il patto di prova sia stato validamente apposto, sicché ove difettino i requisiti di sostanza e di forma richiesti dalla legge, la nullità della clausola, in quanto parziale, non estendendosi all'intero contratto, 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). In altri termini il licenziamento intimato per asserito esito negativo della prova, sull'erroneo presupposto della validità della relativa clausola o in forza di errata supposizione della persistenza del periodo di prova, in realtà già venuto a scadenza, non può iscriversi nell'eccezionale recesso *ad nutum* di cui all'art. 2096 Codice civile bensì, non trovando applicazione l'art. 10, legge n. 604/1966, "consiste in un ordinario licenziamento soggetto alla verifica giudiziale della sussistenza o meno della giusta causa o giustificato motivo" (Cass. 22 marzo 1994, n. 2728 e 19 agosto 2005, n. 17045).

Cass. 18 gennaio 2017, n. 1180

Svolgimento del processo

La Corte d'appello di Venezia con la sentenza n. 433/2010 confermò la sentenza del Tribunale di Verona che aveva dichiarato illegittimo il licenziamento intimato il 13 settembre 2005 da G.S.K. Spa all'informatore farmaceutico G.C. per mancato superamento della prova e condannato la società al pagamento in suo favore a titolo di risarcimento dei danni della somma corrispondente a n. 10 mensilità della retribuzione globale di fatto, oltre alla rifusione delle spese di lite.

Nel rigettare l'appello principale proposto dal C. e quello incidentale proposto dalla società, la Corte territoriale ritenne che il lavoratore avesse dimostrato che la prova aveva avuto esito positivo; argomentò che all'illegittimo recesso poteva fare seguito solo il risarcimento del danno, in quanto la tutela reale di cui all'art. 18, legge n. 300/1970 - la cui applicazione era stata richiesta dal lavoratore - avrebbe potuto derivare solo da un recesso intimato per un motivo illecito o estraneo alla prova, mentre le risultanze istruttorie non erano univoche in tal senso.

Per la Cassazione della sentenza Giuseppe Catanzaro ha proposto ricorso, affidato a due motivi, cui ha resistito con controricorso G.S.K. Spa, che ha proposto altresì ricorso incidentale affidato ad un unico motivo, cui ha resistito a sua volta il C. con controricorso. G.S.K. Spa ha depositato anche memoria *ex art. 378 c.p.c.*

Motivi della decisione

Preliminarmente il ricorso principale e quello incidentale sono stati riuniti *ex articolo 335 c.p.c.*, in quanto proposti avverso la medesima sentenza.

1. Con il primo motivo del ricorso principale, si lamenta la nullità della sentenza per violazione degli artt. 112 c.p.c. e 2909 c.c.. Il ricorrente sostiene che la Corte d'appello non avrebbe potuto rimettere in discussione l'accertamento effettuato dal primo giudice, che aveva ritenuto l'esistenza di un motivo estraneo alla prova determinato dal ridimensionamento aziendale che aveva fatto seguito all'accorpamento di due linee di prodotti, in quanto nessuna specifica censura era stata avanzata in proposito da controparte.

Approfondimenti

2. Come secondo motivo, il ricorrente deduce violazione e falsa applicazione dell'articolo 2096 c.c. e insufficiente e contraddittoria motivazione circa un fatto controverso decisivo per il giudizio e lamenta che la Corte d'appello abbia ritenuto non fornita la prova dell'esistenza di un motivo estraneo all'esperimento probatorio, in quanto il positivo superamento della prova era di per sé sufficiente a costituire presunzione dell'esistenza di un motivo estraneo. Ribadisce che controparte si era limitata ad affermare che l'unificazione della linea diabetologica e cardiovascolare annunciata alla fine dell'agosto 2005 nel corso di un incontro tenutosi a Roma era divenuta operativa dal 1° ottobre 2005, senza negare che detta unificazione avesse comportato la soppressione di posti. A tutto ciò conseguirebbe l'applicazione della tutela predisposta dall'articolo 18, legge n. 300/1970.

3. A fondamento del ricorso incidentale, la società deduce insufficiente e contraddittoria motivazione in ordine ad un fatto controverso decisivo per il giudizio e argomenta che in relazione al preteso positivo superamento della prova la motivazione della Corte d'appello, pur premettendo che durante il periodo di prova vi sono ampi margini di discrezionalità concessi al datore di lavoro al fine di valutare la prestazione del dipendente, avrebbe contraddittoriamente ritenuto insufficiente quanto emerso in ordine allo stile dell'informatore scientifico, non coerente con il modello da adottare nell'ambito dei rapporti con gli interlocutori e con i colleghi, che pur era stato confermato in giudizio dal teste N.

4. Occorre esaminare in primo luogo il ricorso incidentale proposto da G.S.K. Spa, in quanto esso pone una questione che risulta logicamente preliminare rispetto a quelle oggetto del ricorso principale, che è stata esplicitamente affrontata dalla Corte territoriale ed in relazione alla quale la società è risultata soccombente.

5. L'unico motivo, che attiene all'ambito della valutazione giudiziale in ordine all'esito della prova, è fondato nel senso di seguito precisato.

5.1. Occorre premettere che nella fase genetica del rapporto di lavoro, le parti possono apporre una clausola di prova, disciplinata dall'art. 2096 del Codice civile, dove l'interesse prevalente è la sperimentazione e la valutazione, da parte del datore di lavoro, delle caratteristiche e delle qualità del lavoratore, nonché del proficuo inserimento di quest'ultimo nella struttura aziendale. Al termine del periodo, il datore di lavoro può licenziare il lavoratore, senza essere tenuto a motivare il licenziamento in modo specifico né a riconoscere il preavviso.

La libertà nel recesso non significa tuttavia che esso sia a totale discrezione del datore di lavoro: la Corte costituzionale nella sentenza n. 189/1980, ha ritenuto infondata la questione di costituzionalità degli artt. 2096, comma terzo, c.c. e 10, legge 15 luglio 1966, n. 604, nelle parti in cui consentono il recesso immotivato del datore dal rapporto di lavoro in prova, non contrastino con gli artt. 3, commi primo e secondo, 4, 25 e 41, comma secondo, Cost., a patto di riconoscere la sindacabilità del concreto esercizio del recesso operato dall'imprenditore in costanza del periodo di prova e l'annullabilità dell'atto nel quale si esprime, tutte le volte che il lavoratore "ritenga e sappia dimostrare il positivo superamento dell'esperimento nonché l'imputabilità del licenziamento ad un motivo illecito".

Facendo seguito a tale arresto, questa Corte ha affermato che il licenziamento intimato nel corso o al termine del periodo di prova, avendo natura discrezionale, non deve essere motivato, neppure in caso di contestazione in ordine alla valutazione della capacità e del comportamento professionale del lavoratore stesso, aggiungendo tuttavia che incombe 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 un motivo illecito e quindi, estraneo alla funzione del patto di prova (Cass. n. 21784 del 14 ottobre 2009, n. 16224 del 27 giugno 2013). Risultandone quindi circoscritta la libertà di recesso nell'ambito della funzione cui il patto di prova è finalizzato.

Ne consegue che la valutazione datoriale in ordine all'esito della prova è ampiamente discrezionale, sicché la prova da parte del lavoratore dell'esito positivo dell'esperimento non è di per sé sufficiente ad invalidare il recesso, assumendo rilievo tale circostanza se ed in quanto manifesti che esso è stato determinato da motivi diversi.

5.2. Nell'ambito della valutazione consentita dall'art. 360, comma primo, n. 5 c.p.c. (nella formulazione vigente *ratione temporis*, anteriore alla modifica introdotta con il D.L. n. 83/2012, conv. nella legge n. 134/2012), pur non potendosi qui rivalutare il giudizio di merito effettuato dalla Corte veneziana sull'esito della prova, ampiamente argomentato, si rileva che la motivazione della Corte territoriale è però contraddittoria laddove, pur ammettendo che sussistano ampi margini di discrezionalità nella valutazione dell'esperimento, ha ritenuto il recesso illegittimo non in quanto esso era stato determinato da motivi ad essa estranei, ma in quanto la valutazione negativa espressa dal datore di lavoro sull'esito dell'esperimento non, era giustificata, così contraddicendo le stesse premesse del ragionamento che si era posta e discostandosi dal corretto inquadramento giuridico della questione.

Per tale motivo la censura, pur qualificata come vizio di motivazione, coglie il difetto di sussunzione in cui è incorso la Corte territoriale, laddove ha ritenuto che la valutazione errata compiuta dal datore di lavoro in ordine all'esito della prova, costituisca di per sé motivo sufficiente per rendere il recesso invalido, il che contraddice il corretto inquadramento giuridico della fattispecie sopra premesso.

Approfondimenti

6. Passando poi all'esame del ricorso principale, si rileva che esso presenta profili di inammissibilità per violazione delle prescrizioni desumibili dagli artt. 366 c. 1 n. 6 e 369 c. 2 n. 4 c.p.c. (nel testo che risulta a seguito delle modifiche apportate dal D.Lgs. n. 40/2006, operante *ratione temporis*), laddove non trascrive il contenuto degli atti che ivi vengono valorizzati (ed in specie, degli atti introduttivi del giudizio e della memoria di costituzione in grado d'appello).

6.1. Dalla trascrizione dei passaggi della memoria di costituzione con appello incidentale contenuta alle pagg. 22 e 23 del controricorso si evince tuttavia che il primo motivo non è fondato, in quanto alle pagine 14 e 15 della memoria di costituzione in appello con appello incidentale si affermava che l'unificazione delle linee diabetologica e cardiovascolare non aveva comportato la soppressione di alcuna posizione lavorativa, contrariamente a quanto affermato nella sentenza del tribunale, sicché "la presunta superfluità della posizione lavorativa del dottor C. non aveva alcun riscontro fattuale e/o probatorio". La valutazione dell'esistenza di un motivo illecito o estraneo all'esperimento faceva quindi parte del "*devolutum*" in sede di gravame.

7. Il secondo motivo, al di là degli evidenziati profili d'inammissibilità, resta assorbito per effetto dell'accoglimento del ricorso incidentale.

E difatti, l'aver la Corte territoriale ritenuto sufficiente a fini invalidanti del recesso il fatto che la prova avesse avuto esito positivo, l'ha indotta a non considerare se tale aspetto deponesse per l'esistenza di un motivo diverso da quello del mancato superamento dell'esperimento stesso, e quindi costituisse un elemento da valutare a tali fini, unitamente alle ulteriori risultanze.

8. Segue alle considerazioni svolte l'accoglimento del ricorso incidentale, il rigetto del primo motivo del ricorso principale, assorbito il secondo motivo, e la cassazione della sentenza impugnata in relazione al ricorso accolto.

Il giudice del rinvio dovrà quindi riesaminare le risultanze di causa, al fine di accertare se il recesso fosse illegittimo in quanto determinato da un motivo estraneo all'esperimento, anche considerando l'esito positivo che questo aveva avuto, e trarne le coerenti conseguenze, nonché giudicare sulle spese del presente giudizio.

P.Q.M.

La Corte accoglie il ricorso incidentale, rigetta il primo motivo del ricorso principale, assorbito il secondo motivo. Cassa la sentenza impugnata in relazione al ricorso accolto e rinvia, anche per le spese, alla Corte d'appello di Venezia in diversa composizione.