

il Giurista del Lavoro

6
2007

Mensile di approfondimento giuridico, fiscale, previdenziale e assicurativo in materia di lavoro

Sommario

- La Cassazione rivede i criteri differenziatori fra associazione in partecipazione e lavoro subordinato
di Piero Gualtierotti 2
- Ancora sul versamento del T.F.R. al fondo di tesoreria istituito presso l'Inps
di Luigi Pelliccia 9
- Patto di prova e forma scritta nel pubblico impiego
di Pietro Scudeller 17
- Contributo S.S.N. e giurisdizione tributaria
L'Inps si arrende, ma permangono dubbi di legittimità
di Pasquale Scuderi 21
- Compensi erogati ad un amministratore unico di società. Dubbi fiscali
di Carla Petrucci 24
- Osservatorio Giurisprudenziale
Approfondimenti su sentenze di particolare interesse
a cura di Romina Dalzini 26
- Ultime dalla Cassazione
Rapida panoramica delle ultime pronunce della Suprema Corte
a cura di Romina Dalzini 30

Patto di prova e forma scritta nel pubblico impiego

PIETRO SCUDELLER

L'art. 2096, primo comma, codice civile, richiede la forma scritta¹ per il patto con il quale si condizionano il contratto di lavoro subordinato al favorevole esito di un periodo di prova. Ci si chiede cosa accada ad un contratto di assunzione nel settore del pubblico impiego che non contenga espressamente tale previsione pattizia: se ne potrà dedurre la durata a tempo indeterminato del rapporto, come notoriamente avviene nell'impiego privato, oppure potrà risultare sufficiente il rinvio alle previsioni del contratto collettivo, quando esse prevedano il periodo di prova come necessario?

Per rispondere al quesito occorre prendere le mosse dall'art. 2, secondo comma, del D.Lgs. 30 marzo 2001 n. 165 (Testo Unico sul pubblico impiego), il quale prevede che i rapporti di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche sono disciplinati dalle disposizioni del capo I, titolo II, del libro V del codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, fatte salve le diverse disposizioni contenute nel decreto.

L'art. 2096 c.c. è compreso nel capo espressamente richiamato e dunque trova applicazione anche ai rapporti di pubblico impiego.

Ma la soluzione del problema posto richiede un'analisi più approfondita, risultando del tutto insufficiente fermarsi al richiamo suddetto.

La questione è strettamente collegata, infatti, a quella, più ampia, della efficacia dei contratti collettivi nel pubblico impiego.

Il comma 3 dello stesso articolo, infatti, aggiunge: *"I rapporti individuali di lavoro di cui al comma 2 sono regolati contrattualmente. I contratti collettivi sono stipulati secondo i criteri e le modalità previste nel titolo III del presente decreto; i contratti individuali devono conformarsi ai principi di cui all'articolo 45, comma 2 (omissis)"*.

Viene dunque richiamato il cosiddetto principio di contrattualità, basato sull'accordo delle parti, come fonte normativa dei rapporti di lavoro pubblici privatizzati. Le fonti contrattuali sono due:

(1) Il contratto è nullo, a norma dell'art. 1418 c.c. quando è privo di uno dei requisiti indicati nell'art. 1325 c.c., tra i quali vi è quello della forma, "quando risulta che è prescritta dalla legge sotto pena di nullità": in questi casi si parla di forma quale requisito *ad substantiam*, cioè per la validità del contratto. Ne sono esempi gli articoli 1350 e 1351 c.c. Quando invece la forma scritta è richiesta solo per la prova del contratto, si parla di requisito della forma scritta *ad probationem*: ne sono esempi espressi l'art. 1967 c.c. (transazione) e l'art. 2596 c.c. (patto di non concorrenza): ne conseguono le limitazioni alle prove, nel processo, di cui agli artt. 2725 (prova testimoniale) e 2729 (prova per presunzioni), residuando la possibilità della prova del contratto solo per confessione o giuramento. "La diversa funzione comporta che, al di fuori della lite, il contratto che pretende la forma *ad probationem*, pur se concluso oralmente, è suscettibile di esecuzione, di accertamento e di ricognizione in quanto valido ed efficace" (Così FRANCESCO GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2004, p. 898). Nei casi in cui l'espressione del legislatore è meno chiara, come avviene nel 2096 c.c. ("deve risultare da atto scritto"), si è discusso se il requisito della forma scritta sia da ritenere *ad substantiam* o *ad probationem*, risultando peraltro quasi unanime l'opinione in giurisprudenza che si tratti di forma *ad substantiam*: in tal senso, infatti, cfr. Cass. n. 2357/03, Cass. n. 1122/02, Cass. n. 5591/01, Cass. n. 12673/97, Cass. n. 730/97, Cass. n. 6982/87, Cass. n. 200/86, Cass. n. 4578/86, Cass. n. 4906/85, Cass. n. 653/84, Cass. Sez. Un. n. 1756/83, Cass. n. 3699/82, App. Milano 16/11/2000, Trib. Torino 11/07/00, Trib. Milano, 31/1/1997. In senso contrario, cioè per ritenerlo requisito *ad probationem*, cfr. Cass. n. 3192/82.

da un lato i contratti collettivi, disciplinati in altre disposizioni della legge di riforma, dall'altro lato il contratto individuale, che deve essere stipulato secondo quanto il contratto collettivo statuisce.

I contratti collettivi diventano dunque fonti di diritto specifiche e peculiari del rapporto d'impiego pubblico.

Il contratto collettivo obbliga sia l'amministrazione che gli appartenenti alle categorie alle quali il contratto si riferisce, ad uniformarsi alle clausole in essi contenute, quando concludono un contratto di lavoro individuale.

Sicché *"l'attuazione dei nuovi principi si traduce nell'assicurare l'incontrastato predominio della normativa propria dei contratti collettivi² (...) Quanto disposto dal legislatore sui rapporti tra contrattazione collettiva e contratto individuale di lavoro non impedisce dunque di osservare che tale parallelismo è solo frutto di simmetria esteriore e di apparenza, in quanto il contratto collettivo è fonte normativa pubblicistica la quale si inquadra, nella gerarchia delle fonti, come produzione normativa propria dell'ordinamento statale"*.

"I contratti collettivi sostituiscono in gran parte la legge, quale fonte normativa della regolamentazione giuridica del pubblico impiego. Al riguardo, è di grande rilevanza la parificazione, che viene effettuata dal legislatore, tra legge e contratti collettivi, ai fini del ricorso per Cassazione: la violazione del contratto collettivo è equiparata alla violazione di legge"³ (cfr. 5° comma dell'art. 63 del T.U. sopra citato).

"Quanto statuito dalle leggi di riforma viene dunque ad istituire una gerarchia delle fonti normative, nell'ambito del pubblico impiego, la quale è in grado di vanificare quel richiamo alle norme civilistiche che dovrebbero caratterizzare la riforma stessa, in quanto identificantesi con la privatizzazione del rapporto lavorativo.

Il criterio interpretativo basato sul principio di specificità è valido per tutta l'ermeneutica giuridica.

"Per le norme civilistiche opera nella sua pienezza quel principio di specificità, per cui esse sono sempre troppo generiche nei confronti di quelle più esplicite di diritto pubblico⁴..."

"La fonte primaria della regolamentazione giuridica del rapporto di lavoro, che viene richiamata, è il contratto collettivo, il quale costituisce la base di quello individuale, che al primo deve attenersi".

"Il richiamo alle norme civilistiche compiuto dal legislatore è soltanto mediato, rispetto a quello compiuto in riferimento alle norme dei contratti collettivi di lavoro, ai quali è invece deferita la regolamentazione giuridica immediata e diretta del rapporto (...) La normativa di diritto civile richiamata dal legislatore ha una funzione soltanto complementare e ausiliaria, per cui viene in considerazione esclusivamente là dove non vi siano norme più specifiche, contenute nei contratti collettivi, le quali statuiscono in proposito (...) Il richiamo alle norme del codice civile relative al rapporto di lavoro è destinato a restare in gran parte inattuato, in quanto le norme stesse sono sostituite da norme di diritto pubblico, quali sono non solo quelle contenute nella contrattazione collettiva, ma anche nella preesistente legislazione pubblicistica, che si applica in via transitoria..."

Il richiamo globale alle norme del codice civile rende queste ultime, nella loro genericità, concretamente inapplicabili⁵.

Alla luce di tali premesse, un'applicazione automatica dell'art. 2096 c.c. risulta dunque molto più dubbia; occorre far riferimento in via prioritaria alla disciplina del patto di prova contenuta nel contratto collettivo applicabile al rapporto.

Sovente nei contratti collettivi per il pubblico impiego il periodo di prova è previsto come ne-

(2) ALESSANDRO CATELANI, *Il pubblico impiego*, in "Trattato di diritto amministrativo" diretto da GIUSEPPE SANTANIELLO, Vol. XXI, Cedam 2003, pp. 40-41.

(3) ALESSANDRO CATELANI, op. cit. in nota 1, pp. 69-70.

(4) Lo stesso Autore afferma poco prima (p. 43 op. cit.) che *"Solo la tutela sindacale è in grado di modificare radicalmente l'istituzionale situazione di inferiorità dei dipendenti e di salvaguardare in maniera realmente efficace il privato..."* *"La tutela sindacale accordata ai lavoratori trova il suo necessario completamento nell'attribuzione al giudice ordinario della competenza a decidere sulle controversie tra pubblica amministrazione e i propri dipendenti"*.

(5) ALESSANDRO CATELANI, op. cit. in nota 1, p. 87-92.

cessario: nell'art. 14bis del C.C.N.L. per il personale degli enti locali, ad esempio, si legge: "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... ecc."

Si potrebbe dunque ritenere che si tratti di un periodo di prova che inerisce necessariamente a qualsiasi rapporto di impiego regolato dal contratto collettivo, indipendentemente dalla volontà delle parti individuali che, come s'è visto, deve riprodurre quella delle parti collettive, senza possibilità per l'amministrazione datrice di lavoro di sottrarsi al periodo di prova neppure volendolo.

Al libero patto di prova regolato dall'art. 2096 c.c. nel rapporto privato, sembra sostituirsi nel rapporto "privatizzato", ma pubblico, il periodo di prova obbligatorio.

Pertanto, anche riguardo alla forma del contratto individuale, "di norma, i contratti individuali di lavoro ricalcano le previsioni di quelli collettivi, senza effettivi e concreti margini di autonomia, limitandosi ad indicare gli estremi - o a riprodurre il contenuto - degli accordi collettivi applicabili...". Come si vede, non resta spazio per molto altro; d'altronde, la stessa materiale individuazione dello specifico ufficio di destinazione e delle mansioni iniziali non è necessariamente riportata nel contratto, almeno di norma, e ciò per evidenti esigenze di flessibilità. La flessibilità costituisce, a sua volta, criterio guida per l'organizzazione delle amministrazioni pubbliche...⁶.

Se così stanno le cose, la mancanza di espresso patto di prova nella lettera di assunzione del dipendente pubblico non dovrebbe comportare l'applicabilità dell'art. 2096 c.c. e dovrebbe consentire l'esperimento della prova, con conseguente valido recesso nel caso di mancato superamento, per la prevalente efficacia della previsione del contratto collettivo, rispetto a quello individuale.

Ma la questione dell'efficacia dei contratti collettivi nel pubblico impiego rimane invero una questione aperta: in un caso di rivendicazione da par-

te di un lavoratore dipendente del Ministero dei Trasporti della categoria di quadro, chiesta in virtù dell'art. 2095 c.c. e sostenendo la nullità delle previsioni del contratto collettivo che non prevedevano detta categoria professionale, per ritenuto contrasto con la norma imperativa del codice civile, la recente sentenza della Cassazione Sezione Lavoro, n. 14193 del 5 luglio 2005, respingeva la richiesta del lavoratore, ritenendo invece inapplicabile al rapporto l'art. 2095 c.c. richiamato. Affermava infatti la Corte che "la non applicabilità della disciplina speciale è determinata dalla sostituzione con la disciplina negoziale, operazione nella quale la contrattazione collettiva non incontra limitazioni derivanti dai principi e dalle regole del lavoro subordinato privato". Quindi "la norma di cui all'art. 2095 c.c. in nessun modo può ritenersi condizionante le scelte operate dai contratti collettivi 1998-2001" (che non prevedevano la categoria di quadro rivendicata dal lavoratore).

Con nota di commento critica a tale sentenza⁷ il Prof. Antonio Vallebona giungeva tuttavia a conclusioni opposte: "L'errore" (della Cassazione) "è palese. Invero la legge prevede espressamente che «i rapporti di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche sono disciplinati dalle disposizioni del capo I, titolo II, del libro V del codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa». In tal modo è estesa al lavoro pubblico privatizzato la disciplina del lavoro privato con la sua tipica inderogabilità anche nei confronti della contrattazione collettiva".

Anche nella valutazione dell'efficacia dell'art. 2095 c.c. si rileva dunque lo stesso contrasto tra disciplina contrattualcollettiva da un lato, e disciplina del codice civile dall'altro, che si sta evidenziando in relazione al caso del tutto analogo dell'efficacia dell'art. 2096 c.c.

In ipotesi dunque di fattispecie di contratto individuale che non contenga un espresso patto di prova, ovvero che richiami l'articolo del contratto collettivo che prevede il periodo di prova, o rinvii genericamente alle disposizioni normative pre-

(6) AA. VV. in *L'impiego pubblico*, Le nuove leggi amministrative, commenti a prima lettura coordinati da VITTORIO ITALIA, Giuffrè, 2003, p. 118-119.

(7) Pubblicata sul *Mass. Giur. Lav.* n. 1-2 Genn.-Febbr. 2006, pag. 63 e ss.

viste dalle leggi e dai contratti collettivi di lavoro nel tempo vigenti, si potrà concludere per la legittimità del periodo di prova, ed in ipotesi dunque anche del relativo recesso datorile per mancato superamento della prova, oppure si dovrà concludere in senso contrario?

In giurisprudenza si trovano alcune, rare, sentenze che hanno affrontato la questione: ad esempio T.A.R. Toscana, 12 novembre 2002 n. 2692 (in Foro amm., TAR 2002, 3649): "L'istituto privatistico del patto di prova di cui all'art. 2096 c.c. appare inconfigurabile nel caso di instaurazione del rapporto di pubblico impiego... ed, in ogni caso, le modalità di espletamento dell'attività lavorativa da parte del pubblico dipendente, ivi compreso il lavoro reso nel periodo di prova, ai fini della conferma della stabilità del rapporto di lavoro erano (e sono in parte) disciplinati da una normativa del tutto specifica, in ragione della specialità del rapporto di pubblico impiego".

In un altro caso (sentenza Tribunale di Treviso, Sezione Lavoro, n. 202/04 dell'11 maggio 2004) il giudice ha risolto il problema sulla base del rilievo della presenza della previsione dell'assunzione in prova contenuta nel bando di concorso in base al quale l'assunzione è poi avvenuta; ciò sulla scorta di quella giurisprudenza della Cassazione (ad esempio Cass. Sez. Lav. 8.05.2002 n. 6577 e Cass. Sez. Lav. 30.10.2000 n. 14318) secondo la quale il bando di concorso per l'assunzione del personale si configura come una proposta di contratto che, ai sensi dell'art. 1326, comma primo, c.c., diviene irrevocabile, consentendo l'incontro delle volontà e quindi la conclusione del contratto, nel momento in cui la Pubblica Amministrazione viene a conoscenza dell'accettazione della controparte, che si realizza con il conseguimento di un risultato positivo in seguito all'espletamento delle prescritte prove.

Il bando di concorso viene quindi ad essere parte sostanziale dell'accordo contrattuale tra le parti e la successiva formale lettera di assunzione del

lavoratore può non contenere un'espressa clausola di prova, se essa era già presente nel bando.

Ciò che peraltro confermerebbe la necessità del patto di prova nel contratto individuale, ai sensi dell'art. 2096 c.c., non bastando la previsione del contratto collettivo che indichi il periodo di prova come necessario ed ineludibile anche per la P.A. ed un generico rinvio ad esso nel contratto individuale.

Affrontando il problema da altra angolatura, occorre chiedersi altresì quando una forma scritta possa dirsi integrata nella fattispecie concreta.

Anche sotto tale profilo i problemi che si pongono appaiono tutt'altro che di facile soluzione: se da un lato infatti si tende ad ammettere la sufficienza di un rinvio ad atti diversi (c.d. contratto per relazione)⁸, dall'altro lato si afferma che "il rinvio incontra il limite della preclusione di dichiarazioni contrattuali prive della forma dovuta. Il documento non può quindi far proprio un altro documento che non sia sottoscritto dalle parti. È inammissibile, così, il rinvio ad un allegato non firmato o il rinvio al contenuto di un documento redatto e firmato da una sola parte o di un documento di terzi"⁹.

Il problema dunque rimane aperto ed in quanto tale meritevole di essere segnalato. Esso si può così riassumere: se sia sufficiente la previsione del periodo di prova come obbligatorio nel contratto collettivo, in virtù della suddetta particolare forza normativa, equiparabile alla legge, del contratto collettivo nel rapporto di pubblico impiego privatizzato; se invece serva anche, e risulti nel contempo sufficiente, un richiamo o un rinvio nel contratto individuale ad altro documento, quale il bando di concorso, o alle norme collettive, ammettendosi l'integrazione del contratto per *relationem*; o ancora se sia in ogni caso necessario un espresso patto di prova nel contratto individuale, eventualmente comprendendo nella nozione di quest'ultimo anche il bando di concorso secondo la teoria, sopra richiamata, della fattispecie a formazione successiva¹⁰ della volontà contrattuale.

(8) Cfr., ad esempio Cass. Sez. Lav. 9 giugno 2006 n. 13455; Cass. civ. 11 dicembre 2005 n. 22898; Trib. Roma 10 aprile 2003, in *Dir. lav.* 2003, II, 182, nota di RUSSO; Trib. Brescia 5 giugno 2001, in *Lav. nelle p.a.* 2001, 872, nota di MENEGATTI.

(9) MASSIMO BIANCA, *Diritto civile*, 3, Il contratto, pagg. 288-289. Dello stesso parere FRANCESCO GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2004, p. 896.

(10) Per alcuni esempi di siffatta fattispecie, cfr. Cass. civ., 12 giugno 2006 n. 13551; Cass. trib. 14 aprile 2004 n. 7080, in *Foro it.* 2004, I, 3112; Cass. pen., Sez. V, 13 ottobre 1980, in *Giust. pen.* 1981, III, 486.