

Le conseguenze del recesso nel contratto di apprendistato. Quando l'interprete deve colmare il vuoto di disciplina*

Nicoletta De Angelis

1. Il recesso dal contratto di apprendistato. Inquadramento generale. 195
2. Il recesso del datore durante il periodo di formazione. Gli effetti derivanti dalla sua illegittimità e dal contestuale accertamento dell'inadempimento datoriale nell'erogazione della formazione. 197
3. Dalla previsione legislativa della libera recedibilità può ricavarsi un contributo alla sistemazione teorica del contratto di apprendistato? 206
4. Il difficile equilibrio tra la disciplina della risoluzione del rapporto all'esito del periodo di apprendistato e l'insorgenza di cause interdittive del licenziamento. 210

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 390/2019

1. Il recesso dal contratto di apprendistato. Inquadramento generale.

L'ampia revisione delle regole relative al contratto di apprendistato, ad opera del d.lgs. n. 81/2015, non ha interessato l'impianto sostanziale della disciplina del recesso. Quest'ultima è rimasta pressoché immutata, fatta eccezione per un aspetto, peraltro rilevante, che in passato aveva richiamato l'attenzione degli studiosi della materia.

L'art. 2, comma 1, lett. l) del d.lgs. n. 167 del 2011 con un'anomala formulazione aveva previsto che le parti potessero recedere, in costanza del periodo di formazione, solo per giusta causa o giustificato motivo. Ciò lasciava intendere che anche gli apprendisti per poter recedere lecitamente, prima della scadenza della fase di apprendistato, avrebbero dovuto addurre una giustificazione in caso di dimissioni.

La norma aveva un notevole peso specifico in quanto introduceva una peculiare ipotesi di dimissioni, le quali avrebbero dovuto essere sorrette sempre da una giusta causa o da un giustificato motivo. Quindi, in dottrina, ci si era interrogati in particolare su quale fattispecie potesse rappresentare la scriminante tra i due diversi tipi di giustificazione e soprattutto cosa dovesse intendersi per giustificato motivo soggettivo di dimissioni⁴³⁹.

La questione si poneva non solo da un punto di vista teorico interpretativo, investendo, altresì, risvolti pratici di non poco rilievo connessi all'ipotetico obbligo di risarcimento del danno incombente sul lavoratore in caso di assenza di "giustificate" dimissioni. In questa direzione, una parte della contrattazione collettiva si era orientata nel senso di introdurre espressa previsioni in merito all'obbligo di risarcimento in capo al lavoratore⁴⁴⁰.

Il legislatore del 2015 corregge il tiro ed elimina l'enigmatica formulazione, lasciando inalterato il solo richiamo al recesso ai sensi dell'art. 2118 c.c.⁴⁴¹ all'esito della fase formativa.

Rimossa l'anomalia relativa alla possibilità riconosciuta alle "parti" di recedere durante il periodo formativo solo per giusta causa o giustificato motivo, l'unica deviazione rispetto alla disciplina standard resta quella di sottrarre il recesso del datore al regime vincolistico, una volta ultimata la formazione.

Già solo tale disposizione testimonia che il carattere alluvionale della disciplina generale del contratto di apprendistato si è riverberato sulla materia del recesso. La legge, in vero, non tratteggia

⁴³⁹ La nozione di giustificato motivo era stata sicuramente mutuata dal legislatore in maniera sbrigativa dalla disciplina dei licenziamenti individuali pertanto, in dottrina era stato osservato che la previsione dell'art. 1, comma 2 lett. l) del d.lgs. n. 167/2011 non potesse imporre un risarcimento a carico dell'apprendista allorché quest'ultimo avesse rassegnato le proprie dimissioni senza giustificazione. In tal senso si veda: Rauser P., *Apprendistato e cessazione del rapporto*, in *DPL*, n. 21/2013, 1341 e ss.; Garofalo D., *Del tirocinio (o apprendistato). Art. 2130-2134*, in Cagnasso O, Vallebona A. (a cura di), *Del lavoro*, in Gabrielli E. (diretto da), *Commentario al Codice civile*, UTET, 2013, 373 ss., nonché Carinci F., *E tu lavorerai come apprendista. (L'apprendistato da contratto "speciale" a contratto "quasi unico")*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".it*, 145/2012, 58.

⁴⁴⁰ Ad esempio, l'Accordo per la disciplina contrattuale dell'apprendistato professionalizzante nel settore centri elaborazione dati del 24 aprile 2012, modificato e integrato ai sensi del d.lgs. n. 81/2015, prevede che: «L'apprendista che, senza giusta causa o giustificato motivo interrompa il rapporto prima della scadenza del periodo di formazione è tenuto al risarcimento del danno nei confronti del datore di lavoro. In ogni caso il risarcimento non potrà avere un valore superiore a due mensilità di retribuzione». La persistenza di questo enunciato si traduce in una previsione peggiorativa per il lavoratore ad opera dell'autonomia collettiva.

⁴⁴¹ L'art. 42 comma 4 recita: "Al termine del periodo di apprendistato le parti possono recedere dal contratto, ai sensi dell'art. 2118 c.c., con preavviso decorrente dal medesimo termine".

un quadro organico di essa lasciando piuttosto all'interprete il compito di ricavarla da alcune frammentarie previsioni. Tuttavia, se il legislatore in tema di recesso all'esito del periodo formativo detta una regola, sia pure discutibile⁴⁴², preferisce tacere del tutto sulle modalità che debba seguire il datore di lavoro che voglia recedere dal rapporto durante il periodo di apprendistato.

In assenza di una espressa formulazione legislativa, pare potersi applicare il regime ordinario sulla scorta di quanto disposto dal comma 3 dello stesso articolo 42, dove il legislatore laconicamente afferma che: "durante l'apprendistato trovano applicazione le sanzioni previste dalla normativa vigente per il licenziamento illegittimo". Orbene, se è consentito applicare il regime sanzionatorio, di conseguenza potranno valere le regole generali quanto ai requisiti sostanziali di legittimità del recesso⁴⁴³.

Più difficile risulta trovare una soluzione al silenzio della legge sulle dimissioni del lavoratore durante la fase di formazione.

L'attuale costruzione del testo normativo induce a ritenere che l'apprendista possa ricorrere all'art. 2118 c.c. solo ad apprendistato concluso. Ciò genererebbe uno squilibrio ingiustificato nei confronti del lavoratore apprendista perché dovrebbe ammettersi che durante il periodo di formazione questi possa recedere solo ai sensi dell'art. 2119 c.c., mentre gli verrebbe preclusa la possibilità, riconosciuta a tutti i lavoratori subordinati, di dimettersi senza obbligo di giustificazione, dando un preavviso al datore di lavoro.

L'argomento sembra ancora in cerca di una compiuta regolamentazione. Guardando a ritroso, si può riconoscere una maggiore coerenza su questo peculiare aspetto alle indicazioni contenute nel d.lgs. n. 276/2003; l'art. 48, comma 3, lett. c) e d), del testo di legge in parola riferiva le regole concernenti l'estinzione del rapporto al solo datore di lavoro⁴⁴⁴, escludendo in questo modo qualsiasi incomprensione relativa al recesso del lavoratore. È proprio questa precedente indicazione normativa che lascia intendere che anche all'apprendista possa applicarsi il regime di dimissioni ordinario e che l'omissione compiuta dal legislatore del 2015 sia solo il frutto delle eccessive e ripetute manipolazioni della disciplina. Se, infatti, si volesse dare adito all'equivoco prodotto dal

⁴⁴²V. Piccinini A., Centamore G., *Apprendistato: l'illegittimità del recesso ad nutum con l'art. 30 della Carta di Nizza*, in *RGLPS*, 2011 p. 688.

⁴⁴³ In argomento era intervenuta, con riferimento al regime previgente, la giurisprudenza di merito riconnettendo la facoltà di recesso alla natura dell'apprendistato quale rapporto di lavoro a tempo indeterminato; cfr. Trib. Milano 28 aprile 2003, in *GM*, 2004, 72, secondo cui: «Durante il rapporto di apprendistato si applicano, quanto alla stabilità del rapporto, le regole normali in materia di licenziamento che, quindi, deve essere giustificato sul piano oggettivo e soggettivo, mentre solo alla fine del periodo convenuto per l'apprendimento il recesso del datore di lavoro è libero in quanto connesso alla valutazione che questi fa dell'esito dell'apprendistato» Trib. Torino 13 aprile 2005 in *GP*, 2006, 1, 84.

Sul punto è intervenuta più di recente la giurisprudenza della Suprema Corte, con Cass., Sez. Lav., 13 luglio 2017, n. 17373, in *LG*, 2/2018, 161 con nota di Chietera F., sancendo che la natura di rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato riconosciuta dall'ordinamento al contratto di apprendistato comporta l'applicazione della normativa che governa il licenziamento nei rapporti di lavoro a tempo indeterminato, come già in precedenza riconosciuto dalla Corte costituzionale con riferimento alla legge n. 604/1966. I giudici di legittimità richiamano espressamente le sentenze additive di accoglimento della Corte Costituzionale del 28 novembre 1973 nr. 169 e del 4 febbraio 1970 n. 14 in *www.dejure.it*, per effetto delle quali l'intero *corpus* di norme di cui alla legge 604/1966 è stato esteso al contratto di apprendistato, proprio sul presupposto della sua assimilabilità all'ordinario rapporto di lavoro.

⁴⁴⁴ Le menzionate lett. c) e d) espressamente prevedevano la "possibilità per il datore di lavoro di recedere dal rapporto di lavoro al termine del periodo di apprendistato ai sensi di quanto disposto dall'art. 2118 del codice civile"; nonché il "divieto per il datore di lavoro di recedere dal contratto di apprendistato in assenza di una giusta causa o di un giustificato motivo".

silenzio in materia del d.lgs. n. 81, si dovrebbe concludere per una inspiegabile disparità di trattamento tra lavoratori.

Per quanto il d.lgs. n. 81/2015 non abbia stravolto in maniera incisiva la struttura generale della disciplina del recesso, lasciando inalterate talune problematiche ad essa sottese e anzi, per certi versi, creandone di nuove, su un diverso versante ne ha profondamente alterato il codice genetico.

La riforma del 2015, infatti, sottrae ai contratti collettivi (nello specifico agli accordi interconfederali ovvero ai contratti collettivi nazionali di lavoro stipulati dalle associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale) anche la materia del recesso e del preavviso, affidandone la regolamentazione alla legge e all'autonomia delle parti⁴⁴⁵.

Con specifico riguardo al preavviso, è stato osservato che, pur rimanendo confermata la previsione secondo la quale durante quel periodo continua a trovare applicazione la disciplina generale del contratto di apprendistato⁴⁴⁶, non è più nella disponibilità delle parti sociali l'individuazione dei giorni di preavviso⁴⁴⁷. Tuttavia un simile cambio di indirizzo non pare avere inciso più di tanto sulle modalità concrete con cui deve essere esercitato.

Del resto, l'espresso richiamo all'art. 2118 - il quale prevede che le parti possano recedere dando il preavviso nel termine e nei modi stabiliti dagli usi o secondo equità - riabilita la contrattazione collettiva a dettare i termini del preavviso, in assenza di diversa volontà degli agenti contrattuali.

Dalla lettura dell'attuale normativa si evince che il preavviso debba essere formalizzato al momento della scadenza del periodo formativo e, dunque, proprio da quel momento esso comincia a decorrere, analogamente a quanto previsto anche all'art. 2 comma 1 lett. m del t.u. n. 167/11⁴⁴⁸, rispetto al quale era intervenuto anche il Ministero del lavoro⁴⁴⁹ specificando che il momento in cui deve essere dato il preavviso decorre dall'ultimo giorno del periodo formativo.

2. Il recesso del datore durante il periodo di formazione. Gli effetti derivanti dalla sua illegittimità e dal contestuale accertamento dell'inadempimento datoriale nell'erogazione della formazione.

La disciplina del licenziamento durante la fase formativa, come è stato già accennato, non è espressamente contemplata dal d.lgs. n. 81/2015. Cionondimeno, il richiamo al piano sanzionatorio lascia supporre anche l'inevitabile applicazione dei presupposti formali e sostanziali in tema di licenziamento. Peraltro, la specificità dell'utilizzo delle classiche causali in questo contesto contrattuale assume finanche un carattere tipizzato in ordine all'introduzione di una nuova ipotesi di

⁴⁴⁵ Infatti, l'art. 42, comma 5, nel ribadire che la disciplina del contratto di apprendistato è rimessa ad accordi interconfederali ovvero ai contratti collettivi nazionali di lavoro stipulati dalle associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, contestualmente sottrae alla contrattazione collettiva alcune materie: durata minima, piano formativo, recesso, preavviso, normativa in caso di licenziamento.

⁴⁴⁶ Tale precisazione in effetti era già contenuta nella l. n. 92/2012.

⁴⁴⁷ Cfr. Buratti U., Rosolen G., *Apprendistato e recesso: una prima lettura del d.lgs. n. 81/2015*, in BA, 15 luglio 2015.

⁴⁴⁸ Diversamente, l'art. 49 del d.lgs. n. 276/2003 sanciva che il termine del rapporto con l'apprendista dovesse coincidere con il termine del periodo di apprendistato e pertanto in caso di recesso il periodo di preavviso andava prestato entro la fine dell'apprendistato e non successivamente.

⁴⁴⁹ Con nota n. 40/0025014 del 13 luglio 2012.

giustificato motivo di licenziamento (senza precisazione della natura soggettiva o oggettiva dello stesso), per il mancato raggiungimento degli obiettivi formativi.

L'art. 42, comma 3 disciplina infatti, per la sola tipologia di apprendistato per la qualifica e il diploma professionale, il diploma di istruzione secondaria superiore e il certificato di specializzazione tecnica superiore, un generico giustificato motivo di licenziamento in caso di mancato raggiungimento degli obiettivi formativi, attestato dall'istituzione formativa⁴⁵⁰. La disposizione non brilla per chiarezza di intenti. Se lo scopo del legislatore era quello di inserire un'ulteriore fattispecie che può essere invocata dal datore di lavoro durante la fase formativa per recedere legittimamente, è evidente che il mancato raggiungimento degli obiettivi formativi può essere valutato solo all'esito della fase formativa (che nell'apprendistato di primo tipo coincide con il conseguimento del titolo di studio); inoltre, in quel frangente il datore sarebbe già assistito dalla facoltà di recedere *ad nutum*⁴⁵¹ e l'unico vantaggio che trarrebbe dall'attuale formulazione della norma sarebbe quello di eludere la rigida regola temporale legata all'esercizio del recesso libero⁴⁵².

In ogni caso, l'applicabilità delle classiche causali di licenziamento, sia sotto il profilo soggettivo che oggettivo, pone un problema di relativizzazione in ordine alla speciale posizione del lavoratore apprendista.

Da un punto di vista soggettivo, c'è da interrogarsi quanto a una necessaria attenuazione dell'obbligo di diligenza. Il datore, infatti, non dovrà trascurare che l'apprendista, essendo un lavoratore ancora non pienamente formato, risponderà alle direttive impartitegli in maniera meno puntuale rispetto a un dipendente che ha già acquisito le competenze necessarie allo svolgimento di una determinata mansione.

Sul diverso versante del giustificato motivo oggettivo di licenziamento nel contratto di apprendistato viene in rilievo la difficoltà di adottare il meccanismo del *repechage*. In particolare, se all'interno di un'azienda si procede alla soppressione della posizione lavorativa per la quale l'apprendista si stava formando, sarà complicato per il datore di lavoro ricollocarlo all'interno dell'organico aziendale in considerazione altresì di quell'orientamento dei giudici di legittimità secondo cui "l'utilizzo del lavoratore deve avvenire nella qualifica per cui è stato stipulato il rapporto di apprendistato e l'eventuale variazione di qualifica comporta (finanche, *ndr*) il venir meno delle agevolazioni previste dalla legge"⁴⁵³.

Inoltre, il mancato completamento della formazione professionale, attribuibile a un fatto del datore di lavoro, produce (come si anticipava poc'anzi) un notevole problema in termini di invalidità del contratto di apprendistato nonché di tutele da adottare.

⁴⁵⁰ Secondo Chietera F., *Licenziamento in costanza di apprendistato e apparato sanzionatorio*, in *LG*, 2/2018 161 e ss., si tratta di un'ipotesi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, con la quale il datore di lavoro non potrà che prendere atto dell'attestazione di contenuto negativo fornita dall'istituzione formativa, provvedendo per l'effetto a risolvere il rapporto di lavoro con l'apprendista.

⁴⁵¹ Oltre al dato normativo anche la giurisprudenza di legittimità si è da sempre assestata sul principio per il quale quando il datore di lavoro alla scadenza del rapporto di apprendistato, decida di recedere dal contratto non sono richiesti né la giusta causa né il giustificato motivo, venendo a cessare per esaurimento, a cagione del compimento dello stesso, anche la causa negoziale del rapporto (cfr. Cass. N. 4553/1983; Cass. N. 2213/1986 entrambe in *www.dejure.it*).

⁴⁵² Secondo qualcuno la *ratio* di una simile introduzione è da ricercare nell'esigenza di rinsaldare il collegamento tra la finalità formativa e quella occupazionale del contratto di apprendistato. Sul punto si veda Carbone M.A., Carollo L., Donà S., Fragnoli D., Ryzha I., Serrapica C., *Il contratto di apprendistato nel d.lgs. 81/2015*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, n. 286/2015.

⁴⁵³ Cfr. Cass. n. 15055/2010, in *BA*, 22 luglio 2010.

Preliminarmente, occorre soffermarsi sui possibili scenari in termini di sanzioni che si profileranno ogni qual volta l'apprendista ritenga illegittimo il licenziamento intimato dal datore di lavoro in costanza del periodo formativo, alla stregua di quanto accade anche per i rapporti di lavoro ordinari, in base ai diversi gradi di tutela offerti attualmente dall'ordinamento, nonché in base al momento in cui è sorto il rapporto.

Il legislatore del 2015, forse proprio per non impegolarsi nel complesso apparato sanzionatorio attualmente vigente, si affida alla sibillina previsione dell'art. 42, comma 3. In essa si legge che: "Durante l'apprendistato trovano applicazione le sanzioni previste dalla normativa vigente per il licenziamento illegittimo".

L'interprete, dunque, è chiamato ad una meticolosa opera di ricostruzione, per arrivare a delineare in maniera netta l'impianto sanzionatorio da applicare al datore di lavoro inadempiente il cui recesso sia stato qualificato in sede giudiziaria come illegittimo.

A ben guardare, potranno applicarsi le sanzioni previste dagli artt. 2, 3 e 4 del d.lgs. n. 23/2015 per i rapporti sorti dopo il 7 marzo 2015, e quelle contemplate dall'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, come modificato dalla l. n. 92/2012 o dall'art. 8 della l. n. 604/66, per le assunzioni avvenute prima di tale data. Anche se vale la pena evidenziare che la disciplina residuale potrà essere ancora applicata solo per quei contratti di apprendistato professionalizzante stipulati nel settore dell'artigianato, per i quali la durata massima può essere di cinque anni (invece dei canonici tre previsti per tutti gli altri settori) o per i contratti di apprendistato di terzo tipo, per i quali la durata non è fissata dalla legge ma dalle associazioni dei datori e dei lavoratori comparativamente più rappresentative di concerto con l'istituzione formativa, le quali potrebbero prevedere appunto una durata maggiore.

Analogha considerazione deve essere fatta per i controversi casi di conversione, successivi all'entrata in vigore del d.lgs. n. 23/2015, di contratti di apprendistato in contratti a tempo indeterminato. L'ambigua formulazione adottata dal legislatore proprio all'art. 1 comma 2 del d.lgs. n. 23/2015⁴⁵⁴, desterà problemi applicativi fino a quando non sarà maturato il quinquennio dall'entrata in vigore del decreto legislativo medesimo. Certamente, è rimasta priva di un'univoca interpretazione la reale intenzione del legislatore circa l'utilizzo del termine "conversione"⁴⁵⁵.

Al di là delle diverse osservazioni proposte⁴⁵⁶, l'impiego di questo termine da parte del legislatore costituisce, ad avviso di chi scrive, un valido presupposto sul quale fondare l'utilizzabilità della

⁴⁵⁴ Disposizione che estende l'applicazione della disciplina del d.lgs. n. 23/2015 anche ai casi di conversione, successiva all'entrata in vigore del medesimo decreto n. 23/2015, ai contratti a tempo determinato o di apprendistato in contratti a tempo indeterminato.

⁴⁵⁵ La dottrina si è divisa tra chi ha sostenuto che il termine conversione dovesse essere tradotto in accezione negativa quale sanzione applicabile al datore per la violazione degli obblighi formativi (sebbene il dato normativo nulla dicesse al riguardo), si veda in particolare: Tiraboschi M., *Il contratto a tutele crescenti: spazi di applicabilità in caso di apprendistato e somministrazione di lavoro*, in Carinci F., Tiraboschi M., *I decreti attuativi del Jobs Act: prima lettura e interpretazioni*, ADAPT University Press, 2015, pp. 110-112; Cester C., *I licenziamenti nel Jobs Act*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 273/2015, 25, e tra chi invece presuppone che esso debba essere inteso in senso ampio, comprensivo anche del concetto di prosecuzione volontaria del rapporto; sul punto si veda: Marazza M., *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel jobs act*, ADL, 2015, n. 2, p. 319; Levi A., *La politica di riordino dei tipi contrattuali, il rilancio occupazionale e la nuova disciplina dell'apprendistato*, MGL, 2015, 817. Dello stesso avviso sembrerebbe anche Maresca A., *Assunzione e conversione in regime di tutele crescenti*, GLav, 2015, n. 12, 12 ss.

conversione quale soluzione sanzionatoria aggiuntiva, oltre quanto previsto dal dato normativo, nei casi di inadempimento da parte del datore degli obblighi formativi. L'impiego del termine conversione (con specifico riguardo ai contratti di apprendistato) vuole riferirsi con molta probabilità a quei casi in cui il contratto è stato impugnato per carenza della formazione e, all'esito della fase giudiziaria, il giudice abbia ritenuto di convertire, appunto, il contratto di apprendistato in contratto a tempo indeterminato ordinario. Tale opzione, infatti, come si dirà meglio in seguito, è quella maggiormente caldeggiata dalla giurisprudenza. In questo senso si condivide l'opinione di chi ritiene che il termine in questione debba essere inteso in senso tecnico inequivocabile e maggiormente coerente anche rispetto ai criteri di delega⁴⁵⁷, quale sinonimo di sanzione (in linea anche con quanto espresso per il contratto a tempo determinato) e non già quale sinonimo di prosecuzione del rapporto all'esito del periodo di apprendistato⁴⁵⁸. Così verrebbe ammessa dallo stesso legislatore, sia pure solo implicitamente, un'ulteriore opportunità di sanzionare il datore che abbia violato il contenuto formativo del contratto, oltre a quanto espressamente previsto dall'art. 47, comma 1.

Muovendo da tale assioma, è lecito, a questo punto, interrogarsi sulla possibile convivenza dei regimi di tutela prescritti dalla attuale normativa in materia di licenziamento con la conversione sanzionatoria per omessa formazione, diffusamente ammessa dai giudici.

Accanto alle problematiche tradizionali, infatti, si pone il caso specifico di illegittimità del rapporto per carenza della formazione, soprattutto all'indomani dell'entrata in vigore della disciplina del contratto a tutele crescenti.

Occorre premettere che la giurisprudenza eleva la formazione ad elemento costitutivo del contratto, facendo discendere dalla carenza di essa la mancanza della causa del contratto stesso, il quale dovrà essere considerato nullo ai sensi dell'art. 1418, comma 2, c.c. Pertanto, applicando le regole del diritto comune, i giudici ne ricavano che l'omessa formazione professionale nel contratto di apprendistato determina la sussistenza di un ordinario contratto di lavoro subordinato *ab origine*⁴⁵⁹.

⁴⁵⁷La legge delega n. 183/2014, nel definire il campo di applicazione della nuova disciplina fa espresso riferimento ai soli "nuovi assunti". Per un approfondimento di tale aspetto si rinvia a *Luciani V., La riforma dell'apprendistato: contratto a tutele crescenti e "rioridino" delle fonti di regolazione*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'antona".IT – 301/2016, 5.

⁴⁵⁸A poco varrebbero le considerazioni, sia pure lecite, di quanti hanno sostenuto che in tal modo verrebbe privilegiato quel datore di lavoro che abbia agito scorrettamente, in quanto si vedrebbe applicata una tutela, in caso di licenziamento qualificato illegittimo in sede giudiziaria, a lui più favorevole, diversamente da quanti decidano di fare proseguire il rapporto, ai quali si continuerebbe ad applicare, in caso di recesso, ritenuto illegittimo in sede giudiziaria, la disciplina previgente rispetto al contratto a tutele crescenti. Al riguardo si veda Pasqualetto E., *Il sistema sanzionatorio dell'apprendistato*, in Brollo M., Cester C., Menghini L. (a cura di), *Legalità e rapporti di lavoro. Incentivi e sanzioni*, EUT, 2016, 399 ss.

Per evitare una simile sperequazione Confindustria, con la circolare n. 19831 del 9 marzo 2015, indica come altamente consigliabile, in tutte le possibili ipotesi di prosecuzione, la formale chiusura del precedente rapporto, al termine del periodo di formazione, per avviare subito dopo un nuovo rapporto a tempo indeterminato, là dove una trasformazione senza soluzione di continuità renderebbe inapplicabile il più tenue regime delle tutele crescenti dando luogo, ove ne sussistano i requisiti dimensionali, all'applicazione del regime di stabilità reale di cui all'art. 18 l. 300/1970, sia pure nella versione della riforma del 2012.

⁴⁵⁹Peraltro, la giurisprudenza è unanime nel ritenere che incombe sul datore di lavoro la prova della legittimità del contratto di apprendistato. Ciò rende più agevole per il lavoratore avviare un procedimento per nullità dell'apprendistato per omessa formazione in quanto spetta al datore di lavoro provare che l'inadempimento della formazione non possa essere a lui imputato. Cfr. Cass. n. 22624/2015 inedita a quanto consta.

L'intento dei giudici, che aderiscono in larga parte a questo orientamento, è nello specifico quello di punire le imprese che abbiano voluto abusare dei vantaggi connessi al contratto di apprendistato, trascurando di adempiere gli obblighi formativi imposti dalla normativa e dalla funzione sociale propria di questa tipologia contrattuale.

Pur ritenendo condivisibile l'arresto giurisprudenziale che include la conversione tra le sanzioni in caso di omessa formazione giova ricordare che il comma 1 dell'art. 47, rubricato in maniera generica "disposizioni finali", si limita a fare derivare dalla mancanza di erogazione della formazione da parte del datore una mera sanzione di natura civile, trascurando l'indirizzo della giurisprudenza, oramai ampiamente sedimentato, che propende per la conversione del rapporto in caso di nullità del patto formativo.

Dalla lettera della legge, infatti, non si ricava alcun riferimento alla conversione del rapporto in contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, probabilmente perché una simile precisazione sarebbe andata in contrasto con quanto affermato nel precedente art. 41, ove si legge in maniera inconfutabile che l'apprendistato è (già) "un contratto di lavoro a tempo indeterminato"⁴⁶⁰.

In ogni caso, volendo dare spazio a una più ampia interpretazione⁴⁶¹, non si può sottacere che la sanzione civile, contemplata dal legislatore all'art. 47 (con il quale si prevede che il datore sia tenuto a corrispondere la differenza tra la contribuzione versata e quella dovuta con riferimento al livello di inquadramento contrattuale superiore che sarebbe stato raggiunto dal lavoratore al termine del periodo di apprendistato, maggiorata del 100 per cento, con esclusione di qualsiasi sanzione per omessa contribuzione), avvalorata la conclusione a cui giungono i giudici, confermando che il rapporto intercorso tra le parti, persi i connotati dell'apprendistato, sia da ricondurre - almeno sotto il profilo previdenziale - ad un ordinario rapporto di lavoro a tempo indeterminato.

Dunque, il legislatore sembra voler sottintendere una simile conclusione pur senza esprimersi in maniera netta al riguardo, probabilmente anche per evitare di disincentivare i datori di lavoro dal ricorso a questa forma contrattuale, «sovraccaricando le imprese di costi aggiuntivi, quali quelli legati, appunto, alla riconduzione del rapporto ad un "ordinario" rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato»⁴⁶². Un'ultima argomentazione che milita a sostegno della tesi della convertibilità del rapporto è fornita sempre dall'art. 47, secondo il quale la sanzione civile ivi prevista esclude ogni altra sanzione per omessa contribuzione, riferendosi quindi in modo esplicito alle sole altre sanzioni di natura previdenziale ma non anche sanzionatoria.

⁴⁶⁰ In realtà questa stessa obiezione è stata già sollevata da Luciani V., *La riforma dell'apprendistato: contratto a tutele crescenti e "riordino" delle fonti di regolazione*, cit., con riguardo all'inappropriatezza della terminologia utilizzata nel d.lgs. n. 23/2015, ove si riferisce la conversione a tempo indeterminato ad una tipologia contrattuale, quale l'apprendistato, che è già definito dalla stessa legge a tempo indeterminato.

⁴⁶¹ Esclude l'operatività della conversione Pizzoferrato A., *Violazione degli obblighi formativi nel contratto di apprendistato: quali effetti e sanzioni?*, DL, 2006, 254.

⁴⁶² Così Pasqualetto E., *Il sistema sanzionatorio dell'apprendistato*, cit., la quale, a ulteriore riprova del fatto che il legislatore ritenga adeguato il sistema sanzionatorio consolidatosi dal 2003 ad oggi, si avvale del mancato accoglimento della proposta avanzata dalla XI Commissione permanente del Senato, con parere emesso in data 13 maggio 2015, con la quale si era suggerito di sostituire la sanzione della maggiorazione pari al cento per cento dei contributi scontati con le più blande sanzioni previste in caso di omissione contributiva.

Sebbene la soluzione della stabilizzazione del rapporto continui a essere letta in dottrina come di “esclusiva creazione giurisprudenziale”⁴⁶³ giova osservare che, andando al di là della mera lettura del dato testuale, possono rinvenirsi degli ulteriori indizi che portano a propendere per l’applicabilità di questo tipo di sanzione.

Al riguardo, non può essere trascurato il ruolo preminente che viene affidato agli organi di vigilanza: l’attività ispettiva in materia di apprendistato è attenta principalmente alla verifica della genuinità del contratto, cioè della effettiva realizzazione della causa formativa del rapporto.

In tal senso la circolare del Ministero del Lavoro n. 5/2013 consente agli ispettori del lavoro di procedere al “disconoscimento del rapporto di apprendistato e alla sua riconduzione alla forma comune di rapporto di lavoro, cioè al contratto a tempo indeterminato con la conseguenziale applicazione delle sanzioni amministrative previste per l’irregolare assunzione dei lavoratori subordinati”, ogniqualvolta riscontrino il grave inadempimento formativo da parte del datore di lavoro.

I limiti della gravità del suddetto inadempimento si ricavano *a contrario* proprio dall’art. 47 del d.lgs. n. 81/2015, il quale precisa che il personale ispettivo del Ministero del lavoro e delle politiche sociali adotta, in luogo della più grave sanzione amministrativa, un provvedimento di disposizione, ai sensi dell’art. 14 del d.lgs. n. 124 del 2004⁴⁶⁴, nel caso in cui rilevi un inadempimento nella erogazione della formazione prevista nel piano formativo individuale. Ciò fa presumere che una simile ipotesi si riferisca a un inadempimento meno grave e quindi ancora recuperabile, tanto che viene concesso un termine al datore di lavoro entro il quale regolarizzare la propria posizione.

Gli ispettori quindi si trovano nella delicata posizione di dover compiere un accertamento circa il diverso peso da attribuire al comportamento del datore, per valutare l’entità del suo inadempimento agli obblighi formativi.

Nell’ottica di agevolare questo compito, il Ministero del lavoro ha elaborato due griglie di ipotesi all’interno delle quali vengono messi in correlazione il momento in cui viene compiuto l’accertamento e il *quantum* di formazione non erogata. Nonostante il supporto di una simile previsione, resta per gli organi ispettivi la difficoltà di stabilire la portata dell’obbligo formativo che deve essere soppesata anche in considerazione della tipologia di apprendistato nonché dell’obiettivo formativo che con essa si vuole perseguire.

In buona sostanza, ci troviamo dinanzi ad una dicotomia di non poco momento: da un lato il precetto normativo che riconnette all’inadempimento datoriale solo una sanzione di tipo economico, dall’altro l’interpretazione giurisprudenziale che propende per la conversione del rapporto, nonché la possibilità riconosciuta agli ispettori del lavoro di riqualificare lo stesso.

In effetti, se, in corso di ispezione, l’apprendistato non risulta essere genuino per mancanza dell’elemento della formazione agli ispettori sarà consentito richiedere la riqualificazione del rapporto. In sede giudiziaria, invece, il giudice che non sarà riuscito ad accertare la diversa volontà

⁴⁶³ Mondelli M., *Apprendistato: inadempimento degli obblighi formativi*, DP, 2007, 777.

⁴⁶⁴ Si tratta di un provvedimento con il quale viene assegnato al datore un congruo termine entro il quale egli è tenuto a recuperare la formazione non erogata, pena l’irrogazione di una sanzione amministrativa ex art. 11, comma 1, d.P.R. n. 520/1955.

delle parti, e voglia applicare scrupolosamente la legge, potrà adottare come strumento sanzionatorio solo quello proposto dall'art. 47 del d.lgs. n. 81/2015.

Come si è già detto, la giurisprudenza propende per la conversione del contratto nella maggior parte dei casi, ritenendo la formazione un elemento indefettibile dello stesso. I giudici del merito hanno elaborato negli anni dei veri e propri indici presuntivi, (quali, ad esempio, lo svolgimento da parte del lavoratore di attività routinarie ed elementari o anche la circostanza che il dipendente abbia già in precedenza svolto le mansioni oggetto della formazione nel contratto di apprendistato), in virtù dei quali pervengono a qualificare il contratto di apprendistato come non genuino, arrivando per lo più ad applicare la conversione sanzionatoria dello stesso.

In dottrina, c'è chi si mostra scettico sull'operatività della conversione forzata del rapporto⁴⁶⁵: la conseguenza infatti sarebbe quella di privare il contratto di quel contenuto formativo tipico che lo caratterizza, per cui la riqualificazione del rapporto è ammessa solo allorché sia stata appurata l'intenzione dei contraenti di simulare la stipulazione di un contratto di apprendistato. Secondo questa lettura sarebbe necessario accertare in giudizio l'esistenza di un vero e proprio accordo simulatorio tra i contraenti, in virtù del quale potrà farsi valere la regola di cui all'art. 1414 c.c. la quale prevede, con riguardo alla simulazione relativa, che se le parti hanno voluto concludere un contratto diverso da quello apparente, tra di esse avrà efficacia il contratto dissimulato, purché ne sussistano i requisiti di sostanza e di forma.

Ma, limitare la conversione alla sola ipotesi della simulazione vera e propria appare riduttivo.

Va rilevato che l'apprendista non avrebbe alcun vantaggio ad accettare l'accordo simulatorio, se non quello dell'assunzione: ciò lascia supporre che è sempre solo il datore a volere dissimulare un contratto diverso sicché l'inadempimento datoriale agli obblighi formativi già di per sé è sufficiente a determinare la conversione del rapporto, essendo evidente che lo stesso è stato sottoscritto dal datore con l'unico fine di ottenere le previste agevolazioni economiche e normative, senza che sia necessario per gli interpreti raggiungere in giudizio la prova dell'esistenza dell'accordo simulatorio tra le parti. Questo principio dovrebbe prevalere in tutte quelle ipotesi in cui non è più possibile coltivare la finalità formativa, per cui accanto alla sanzione amministrativa prevista dall'art. 47, comma 1, il contratto andrà convertito.

Di certo è significativo che in giurisprudenza l'unico inadempimento datoriale sanzionato con la conversione del contratto è quello relativo alla mancanza di erogazione della formazione. Negli altri casi di inosservanza da parte del datore delle regole riguardanti la forma e il contenuto del contratto di apprendistato nonché nei casi di violazione delle previsioni contrattuali collettive attuative dei principi relativi alla retribuzione, all'inquadramento del lavoratore e alla presenza del tutor o referente aziendale, è pacifica l'esclusiva applicazione della sanzione amministrativa pecuniaria da 100 a 600 euro.

Ovviamente, qualora si acceda alla tesi della conversione, in caso di omessa formazione, non può sottacersi il problema del coordinamento di tale sanzione con i meccanismi di tutela prescritti dall'ordinamento per il licenziamento illegittimo. In merito a ciò occorre articolare una serie di

⁴⁶⁵Carinci F., *Il contratto di apprendistato*, in Brollo M. (a cura di), *Il mercato del lavoro*, in Persiani M, Carinci F. (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, Cedam, 2013, 1024, secondo il quale la conversione dovrebbe essere impiegata solo a fronte di una situazione fraudolenta o comunque irrecuperabile.

ipotesi per valutare le diverse opzioni che possono delinearsi, a seconda che l'impugnativa sulla natura del contratto sia stata proposta nell'ambito di una più ampia richiesta di illegittimità del recesso, ovvero sia stata formulata dopo che il datore abbia già esercitato la facoltà di interrompere il rapporto all'esito della fase formativa.

Nello specifico, qualora il datore abbia esercitato il recesso in costanza di apprendistato, il lavoratore potrà impugnarlo, adducendone l'illegittimità e potrà contestualmente eccepire la nullità del contratto per carenza di formazione.

A questo punto, sarà necessario valutare di volta in volta le soluzioni ammesse per tutti i rapporti in vigore dal 7 marzo 2015: in caso di licenziamento discriminatorio, ovvero nullo o adottato in forma orale, si applicherà la reintegrazione c.d. "piena"; questo vuol dire che l'apprendista verrà reintegrato fino alla scadenza della fase formativa, al cui esito il datore potrà ancora esercitare il recesso libero. Ora, a meno che il periodo residuo non sia veramente di poco conto, si conviene con quella dottrina che ritiene che una volta ripristinato il rapporto riprenderà il periodo di formazione, per cui la valutazione della legittimità della condotta datoriale, rispetto all'adempimento degli obblighi formativi, andrà spostata all'esito del completamento del periodo formativo⁴⁶⁶.

Analoga situazione si verificherà quando verrà adottata la tutela reintegratoria attenuata (accompagnata cioè da un risarcimento che non può superare le dodici mensilità), disposta per il caso di licenziamento disciplinare, ogniqualvolta si accerti l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore.

In altre parole, il ripristino del rapporto di lavoro, generalmente più oneroso per il datore quanto al regime sanzionatorio in caso di licenziamento⁴⁶⁷, dispenserà però quest'ultimo dalla sanzione amministrativa prevista dall'art. 47, comma 1, per l'inadempimento nella erogazione della formazione⁴⁶⁸. Come si è detto, infatti, solo nei casi in cui è prevista la reintegrazione la formazione potrà essere recuperata⁴⁶⁹ cosicché il contratto di apprendistato non sarà privato di quel contenuto formativo tipico che lo caratterizza⁴⁷⁰. Ma anche questa soluzione non è immune da ecce-

⁴⁶⁶ Cfr. Luciani V., *La riforma dell'apprendistato: rapporto con il contratto a tutele crescenti e "riordino" delle fonti di regolazione*, cit., 8.

⁴⁶⁷ L'art. 2 del d.lgs. n. 23/2015 prevede, oltre alla reintegrazione anche il versamento da parte del datore di un'indennità risarcitoria che non potrà essere inferiore a cinque mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto. Mentre, l'art. 3, comma 2 del medesimo decreto dispone, unitamente alla reintegrazione, un risarcimento che non potrà essere superiore alle 12 mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto.

⁴⁶⁸ In ogni caso dovrà considerarsi la durata del giudizio; la sentenza di reintegrazione potrebbe aversi a distanza di tempo dal momento in cui è intervenuto il recesso e ciò complicherebbe la possibilità del recupero della formazione in quanto potrebbe perdersi l'indispensabile requisito della continuità della stessa.

⁴⁶⁹ Quanto alla recuperabilità della formazione il giudice potrebbe avvalersi della griglia di riferimento elaborata dalla circolare del Ministero del lavoro n. 5/2013, per la quale diventa rilevante la percentuale di ore di formazione già realmente effettuate.

⁴⁷⁰ D'altro canto l'interesse ad un recupero della dimensione formativa traspare anche dall'ultima parte del comma 1 dell'art. 47 del d.lgs. n. 81/2015 ove si riconosce al personale ispettivo del Ministero del lavoro e delle politiche sociali la facoltà di adottare un provvedimento di disposizione, nel caso in cui rilevi un inadempimento nella erogazione della formazione prevista nel piano formativo individuale. Con tale provvedimento viene assegnato al datore di lavoro un congruo termine entro il quale è tenuto a recuperare la formazione non erogata, pena l'irrogazione di una sanzione amministrativa ex art. 11, comma 1, d.p.r. n. 520/1955. Per un'approfondita analisi si rinvia a Rausei P., *Quadro sanzionatorio delle tipologie contrattuali flessibili compreso l'apprendistato*, in Tiraboschi M (a

zioni, se si considera l'incoercibilità dell'ordine di reintegra del lavoratore. Tale incoercibilità relativizza appunto la tesi secondo cui è possibile recuperare la formazione attraverso la reintegrazione.

Va sottolineato tuttavia che il datore dell'apprendista potrà ancora avvalersi del recesso libero una volta conclusasi la fase di apprendistato. Questa opzione dovrebbe incentivare i datori di lavoro a ottemperare in modo effettivo all'ordine di reintegra disposto con sentenza, consapevoli della futura *chance* che ancora conservano di concludere definitivamente il rapporto senza dover addurre una giustificazione a fondamento di tale scelta. Sicché, nel caso specifico dell'apprendistato, il datore di lavoro per evitare il rischio di incorrere nella sanzione di cui all'art. 47, comma 1, preferirà non sottrarsi all'obbligo di reintegrazione.

Prima delle modifiche all'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, intervenute con la l. n. 92/2012 qualsiasi ipotesi di licenziamento illegittimo veniva sanzionata (sussistendo i requisiti dimensionali di cui alla medesima norma) con la reintegra nel posto di lavoro. In questo modo il datore di lavoro poteva ancora preservare la natura giuridica del contratto, recuperando la formazione.

Nella residuale casistica in cui veniva applicata dal giudice la tutela obbligatoria, il datore di lavoro avrebbe in ogni caso potuto evitare le gravi conseguenze connesse al proprio inadempimento agli obblighi formativi, offrendo al lavoratore la possibilità di ripristinare il rapporto per concludere il percorso formativo.

Oggi, con il nuovo quadro normativo, la situazione si complica, in particolar modo con riguardo al coordinamento tra la disciplina dell'apprendistato e l'applicazione della tutela indennitaria, prevista dall'art. 3, comma 1 del d.lgs. n. 23/2015.

La norma appena richiamata dispone che nei casi in cui risulti accertato che non ricorrano gli estremi del licenziamento per giustificato motivo oggettivo o per giustificato motivo soggettivo o giusta causa, il giudice dichiara estinto il rapporto alla data del licenziamento e condanna il datore di lavoro al pagamento di un'indennità non assoggettata a contribuzione volontaria, in misura non inferiore a sei e non superiore a trentasei mensilità⁴⁷¹. Come si evince dal testo di legge, in tali ipotesi, che dovrebbero essere peraltro le più ricorrenti, non è previsto il ripristino del rapporto. Pertanto, è evidente che l'attuale regime sanzionatorio produce un ulteriore effetto perverso in quanto sottrae il datore, ma anche il lavoratore, al recupero della formazione e ciò anche nei casi di apprendistato genuino, quando sia stata accertata la sola illegittimità del recesso.

Qualora invece si sia riscontrata in giudizio la violazione dell'obbligo della formazione da parte del datore, quest'ultimo potrà subire solo conseguenze economiche, per quanto gravose. Quando anche il giudice, in linea con l'orientamento prevalente⁴⁷², convertisse il contratto, ciò produrrebbe solo effetti economici. Il contratto non potrà iniziare *ex novo*, essendosi comunque estinto alla data del licenziamento; tuttavia al lavoratore saranno riconosciute le differenze retributive e contributive che gli sarebbero spettate se il contratto fosse stato stipulato *ab origine* come un

cura di), *Le nuove regole del lavoro dopo il Jobs Act*, Giuffrè, 2016, p. 305 e ss., il quale, nonostante il silenzio della legge, ritiene che se la formazione oggetto di disposizione non viene effettivamente recuperata, il datore di lavoro, oltre alla sanzione amministrativa, subirà anche la sanzione della trasformazione dell'apprendistato in un ordinario contratto di lavoro a tempo indeterminato in considerazione dell'accertato inadempimento degli obblighi formativi.

⁴⁷¹Secondo le modifiche operate dalla l. n. 96/2018 all'art. 3, comma 1 del d.lgs. n. 23/2015.

⁴⁷²V. per tutte: Trib. Prato, 11 aprile 2012, in D&L, 2012, 470, con nota di Ranfagni A.

contratto standard. In questo modo si incide sulla base di calcolo dell'indennità di licenziamento illegittimo che verrà computata in considerazione della retribuzione che sarebbe spettata al lavoratore ordinario e non di quella dell'apprendista; retribuzione che sarebbe stata in ogni caso inferiore o per effetto del sottoinquadramento o per effetto della riduzione percentuale proporzionata all'anzianità di servizio. Inoltre, al datore verrà comminata la sanzione amministrativa prevista dall'art. 47, comma 1, del d.lgs. n. 81/2015.

3. Dalla previsione legislativa della libera recedibilità può ricavarsi un contributo alla sistemazione teorica del contratto di apprendistato?

Una delle più significative peculiarità della disciplina del rapporto di apprendistato si concretizza proprio nella possibilità concessa al datore di lavoro di poter liberamente recedere (ai sensi dell'art. 2118 c.c.) all'esito della fase formativa. Si tratta, infatti, dell'unico esempio di contratto espressamente qualificato come a tempo indeterminato nel quale la disciplina limitativa dei licenziamenti, ed in specie la regola di necessaria giustificazione del recesso datoriale, svanisce nello spazio temporale del solo giorno coincidente con il termine del periodo formativo⁴⁷³ (termine peraltro da cui inizia a decorrere il dovuto preavviso), cedendo il passo a un regime di libera recedibilità, destinato a sua volta a evaporare allo scoccare della mezzanotte. In mancanza di recesso, infatti, il rapporto prosegue e acquisisce in via definitiva tutti i connotati di un ordinario contratto di lavoro a tempo indeterminato.

Tale regola, introdotta già con la legge n. 25/1955⁴⁷⁴ e stigmatizzata per svariati aspetti di cui meglio si dirà in seguito, ha resistito negli anni ai continui interventi correttivi succedutisi.⁴⁷⁵

La norma, a ben guardare, continua a definire il contratto che segue la mancata disdetta ex art. 2118 come "ordinario" contratto di lavoro a tempo indeterminato. Il legislatore non fa altro che ricondurre il rapporto che segue la fase formativa nell'alveo del contratto a tempo indeterminato, sottolineando in tal modo la peculiarità della fase di apprendistato caratterizzata da un'anima mista⁴⁷⁶.

Intorno a questa facoltà può manifestarsi una situazione solo apparentemente paradossale se si considera che un tipo di contratto, definito dallo stesso legislatore a tempo indeterminato, assume fin dall'origine la forma di "ordinario" rapporto di lavoro a tempo indeterminato solo nel

⁴⁷³Si esprime in questi termini Pasqualetto E, *Il licenziamento libero dell'apprendista al termine del periodo formativo: un dogma da superare*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'antona".IT – 384/2019.

⁴⁷⁴L'art. 19 della l. n. 25/1955 disponeva che: "Laddove al termine del periodo di apprendistato non venga data alcuna disdetta a norma dell'art. 2118 c.c., l'apprendista è mantenuto in servizio con la qualifica conseguita mediante le prove di idoneità ed il periodo di apprendistato è considerato utile ai fini dell'anzianità di servizio del lavoratore".

⁴⁷⁵Il comma 4 dell'art. 42 modifica il d.lgs. n. 167/2011, consentendo il recesso "al termine del periodo di apprendistato" e non più "al termine del periodo di formazione". Si tratta di una modifica esclusivamente terminologica giacché non muta dal punto di vista operativo il contenuto del precetto.

⁴⁷⁶E' appena il caso di segnalare che, rispetto alla disciplina del testo unico del 2011 (la quale pure adottava un'analogica dicitura con riguardo al contratto che segue la fase formativa), l'ordinarietà del rapporto oggi risulta modificata per alcuni aspetti significativi: basti pensare non solo al mutamento del paradigma delle tutele connesse al licenziamento illegittimo, le quali (seppur definite crescenti) risultano di fatto indebolite, ma anche alla nuova disciplina della professionalità dei dipendenti per effetto della modifica dell'art. 2103 c.c. a opera del d. lgs. n. 23/2015, per gli assunti dopo il 7 marzo 2015.

momento in cui supera la fase formativa e si affranca da quell'attributo di specialità che lo caratterizza. Tralasciando questa non insignificante differenza, l'assimilazione dell'apprendista al lavoratore ordinario sembra confermata altresì dalla disposizione del comma 3 dell'art. 42 d. lgs. n. 81/2015 che - come già si è detto - riconosce l'applicabilità della normativa vigente per il licenziamento illegittimo durante l'apprendistato. Questa disposizione smentisce quell'opzione interpretativa secondo la quale la fase dell'apprendistato per la sua specialità renderebbe inapplicabile il regime introdotto dal d.lgs. n. 23/2015 al licenziamento illegittimo⁴⁷⁷. D'altro canto è lo stesso d.lgs. n. 23 che all'art. 1 comma 1 nel delimitare il proprio campo di applicazione si riferisce ai lavoratori che rivestono la qualifica di operai impiegati e quadri assunti con contratto di lavoro a tempo indeterminato e, al di là delle espresse formulazioni legislative⁴⁷⁸, peraltro già contenute nel d.lgs. del 2011, è stato ampiamente acclarato⁴⁷⁹ che il contratto di apprendistato debba essere considerato a tutti gli effetti un contratto di lavoro a tempo indeterminato.

La doppia anima di questa tipologia contrattuale è stata sintetizzata nel concetto di contratto bifasico. Si tratta, in effetti, di un contratto caratterizzato da un primo periodo a causa mista, ove accanto all'obbligo retributivo è previsto anche quello formativo, mentre in un secondo momento, condizionato al mancato recesso da parte del datore, si rientra nell'ordinaria casistica del rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato⁴⁸⁰. È proprio nel punto di contatto tra queste due distinte fasi che si genera un'alterazione, là dove viene ammessa la regola "bastarda"⁴⁸¹ del recesso datoriale.

La *chance* riservata al datore di sottrarsi al regime vincolistico incide in maniera determinante sul rapporto facendo patire agli apprendisti l'insicurezza tipica dei contratti precari⁴⁸², poiché, fino alla scadenza del patto formativo non hanno la certezza che il loro rapporto di lavoro proseguirà.

Questo perverso meccanismo, a onore del vero, ha avuto senso fino a quando la rete di tutela in caso di licenziamento illegittimo per i lavoratori dipendenti è stata caratterizzata dalle fitte maglie dell'art. 18 st. lav. nella sua versione originaria.

Oggi, con il contratto a tutele crescenti e le nuove regole in materia di tutela contro i licenziamenti illegittimi lo scenario è profondamente mutato, tanto da fare credere che la sopravvivenza della

⁴⁷⁷ Buratti U, Rosolen G., *Apprendistato e recesso: una prima lettura del d.lgs. n. 81/2015*, cit.

⁴⁷⁸ Anche l'art. 41, comma 1 del d.lgs. n. 81/2015 qualifica l'apprendistato come un "contratto di lavoro a tempo indeterminato finalizzato alla formazione e all'occupazione dei giovani".

⁴⁷⁹ Già Montuschi L., *Il tirocinio*, in Rescigno P. (diretto da), *Trattato di diritto privato*, Utet, 1986, vol. 15, I, pagg. 293-294, aveva ritenuto che l'apprendistato fosse un contratto potenzialmente a tempo indeterminato, tale per cui, una volta travalicato il limite massimo, il rapporto non si estingue automaticamente ma "si depura dei suoi contenuti aggiuntivi convertendosi in un contratto di lavoro *tout-court* ugualmente a tempo indeterminato". In giurisprudenza si veda da ultimo: Cass. 15 marzo 2016, n. 5051 in *LG*, 10/2016 con nota di Garofalo D; Cass., 13 luglio 2017, n. 17373 in *LG*, cit.

⁴⁸⁰ Peraltro, dal contratto a tempo indeterminato che ne consegue, discendono alcuni vantaggi per il datore di lavoro, quale, ad esempio, la mancata applicazione del contributo addizionale, pari all'1,4% della retribuzione imponibile ai fini previdenziali, per il finanziamento dell'Assicurazione sociale per l'impiego, dovuto dai datori di lavoro con riferimento ai rapporti di lavoro subordinato, non a tempo indeterminato.

⁴⁸¹ L'espressione è di Carinci F., *E tu lavorerai come apprendista (L'apprendistato da contratto "speciale" a contratto "quasi unico"*, cit., 24.

⁴⁸² Dello stesso avviso è Menghini L., *La disciplina dell'apprendistato per l'espletamento del diritto-dovere di istruzione e formazione*, in Carinci F (coordinato da), *Commentario al D.lgs. 10 settembre 2003*, n. 276, Tomo III, 196 ss.

previsione contenuta al quarto comma dell'art. 42 del d.lgs. n. 81/2015 sia più frutto di una svolgiatezza del legislatore che non di una sua scelta ragionata. L'anacronismo⁴⁸³ della disposizione normativa pare attenuato dalla recente sentenza della Corte costituzionale n. 194/2018, con la quale è stata restituita ai giudici una certa discrezionalità circa la quantificazione dell'indennità risarcitoria per licenziamento illegittimo, seppur nel rispetto dei limiti minimo e massimo individuati dal *Jobs act* (come modificati da ultimo dalla l. 9 agosto 2018, n. 96).

Indubbiamente, la possibilità di recedere *ad nutum*, ancorché temporalmente limitata, rende maggiormente appetibile per i datori l'utilizzo del contratto di apprendistato, ciononostante tale prerogativa rischia di attivare pratiche di *turn over*, una volta garantita la soglia minima di mantenimento in servizio richiesta dall'art. 42, comma 8, del d.lgs. n. 81/2015, per assicurarsi la possibilità di stipulare nuovi contratti. Per cui, soprattutto in determinate grandi realtà aziendali, si formano schiere di apprendisti che poi vengono espulsi dai contesti di apprendimento e sostituiti da nuove leve. E invece, sarebbero proprio i datori di lavoro a dovere evitare di impartire una formazione invano, privilegiando, in un secondo momento, la finalità occupazionale propria di questo istituto⁴⁸⁴.

Al riguardo è stato osservato come il legislatore sia ben consapevole del fatto che, nella prassi, il recesso datoriale al termine del periodo di apprendistato costituisca la soluzione prescelta dalla maggior parte delle aziende quando si avvalgano della condizione potestativa⁴⁸⁵ alla quale è sottoposto il lavoratore apprendista, condizione che rappresenta una sorta di antidoto alla mutazione del contratto di apprendistato in contratto a tempo indeterminato a tutti gli effetti.

Dunque, se di condizione può parlarsi, allora forse è proprio attraverso di essa che si può arrivare ad azzardare una sistemazione teorica del contratto di apprendistato. Il patto di apprendistato potrebbe infatti rappresentare un elemento accidentale dell'ordinario contratto di lavoro a tempo indeterminato che prorompe alla scadenza della fase formativa, alla stregua di quanto avviene con il patto di prova, per il quale pure l'attributo dell'accidentalità scaturisce dalla combinazione di termine e condizione. In entrambi i casi il termine è posto essenzialmente per varie, diverse e autonome finalità. Per ciò che concerne la cessazione del contratto assume rilevanza sia nel patto di prova che nell'apprendistato. Dovendosi precisare che nella prova il termine concordato tra le parti (e comunque nel limite dei 6 mesi di cui alla l. n. 604/1966) determina l'arco temporale durante il quale il datore e il lavoratore possono esercitare la facoltà di recesso libero (per di più senza preavviso), all'esito di un mancato gradimento. Nell'apprendistato l'individuazione del termine vale a indicare l'unico momento in cui il datore può recedere liberamente, ma dando preavviso.

⁴⁸³Pasqualetto E., *Il licenziamento libero dell'apprendista al termine del periodo formativo: un dogma da superare?* cit., 2.

⁴⁸⁴Senza voler sconfinare in considerazioni di politica del diritto, contribuirebbe alla definitiva consacrazione dell'istituto come modalità prevalente di ingresso dei giovani nel mondo del lavoro un cambio di prospettiva da parte degli imprenditori, i quali dovrebbero essere indotti a ragionare in un'ottica di lungo periodo per puntare sulla formazione dei neoassunti al fine di impiegarli. In questo senso Signorini E., *Diritto al lavoro. Crisi. Lavoro dei giovani*, Giuffrè, 2013.

⁴⁸⁵Secondo Garofalo D., *Il contratto di apprendistato*, in Vallebona A. (a cura di), *I contratti di lavoro*, in Rescigno P. e Gabrielli E. (diretta da), *Trattato dei contratti*, Utet, 2009, tomo 2, 1505 e ss., l'apprendistato si configura come un contratto a tempo indeterminato, sottoposto a una doppia condizione, risolutiva potestativa del rapporto di apprendistato e sospensiva del rapporto tipico.

Anche nel contratto di apprendistato la valutazione della non convenienza del datore di lavoro si combina con un elemento temporale che è prodotto dalla durata della formazione, ma che si materializza in quell'unico giorno nel quale si può recedere liberamente. A ben vedere il termine in questione non si riferisce a un elemento in grado di condizionare la natura del rapporto, il quale viene appunto riconosciuto come un contratto a tempo indeterminato *ex lege*.

L'analogia strutturale tra apprendistato e prova era già stata indagata in passato dai giudici costituzionali i quali avevano sollevato delle perplessità in ordine alla possibile assimilazione dei due istituti in forza della diversa funzione degli stessi⁴⁸⁶.

Un'apertura verso questa tesi "assimilatrice" invece proviene dalla dottrina più recente la quale inizia a considerare la possibilità di una «metamorfosi dell'apprendistato da "contratto tipizzato" a "patto" inerente ad un contratto a tempo indeterminato»⁴⁸⁷.

Tralasciando gli aspetti più puramente teorici, la regola del recesso libero pone problemi applicativi con riferimento soprattutto all'impugnativa del contratto per violazione degli obblighi formativi imposti al datore di lavoro, successiva al recesso adottato *ad nutum* alla scadenza della fase formativa.

Qualora, infatti, fosse assodato in giudizio l'inadempimento datoriale e fosse disposta la conversione del contratto, si profilerebbe un abuso da parte del datore di lavoro, il quale si sarebbe avvalso di una modalità di licenziamento che non avrebbe potuto utilizzare. La trasformazione del contratto entro i binari dell'ordinarietà fa rivivere il regime ordinario ai sensi del quale il licenziamento deve essere sempre sorretto da giusta causa o giustificato motivo (soggettivo o oggettivo), pena l'illegittimità dello stesso.

Posto che la facoltà di recedere *ad nutum* è strettamente connessa alla speciale fisionomia del contratto di apprendistato, essendo invece esclusa nei rapporti ordinari (salvo quanto prestabilito dalla legge per particolari categorie di lavoratori), ci si deve chiedere quale tipo di protezione vada riconosciuta al lavoratore che abbia subito le conseguenze di un "meccanismo risolutivo"⁴⁸⁸ improponibile, in difetto del presupposto al quale viene subordinato dalla norma di legge, quando il contratto sia stato dichiarato invalido per carenza della componente formativa.

Non poche difficoltà si presentano nel volere adeguare le tutele prescritte dall'ordinamento al caso proposto; l'indagine porta a escludere a priori l'utilizzabilità del regime più garantista contenuto all'interno dell'art. 2 del d.lgs. n. 23/2015, riferendosi quest'ultimo solo alle ipotesi di nullità espressamente previste dalla legge, oltre a quelle nominate del licenziamento discriminatorio o

⁴⁸⁶ Nella sentenza n. 14/1970 si legge infatti che "l'assunzione in prova è contratto diverso da quello di apprendistato, il quale può, soltanto per tempo limitatissimo e per volontà delle parti, essere preceduto da un periodo di prova. La prova ha una funzione di conferma di qualificazioni tecniche che si presuppongono già formalmente acquisite, mentre l'apprendistato ha per funzione la loro acquisizione".

⁴⁸⁷ Così Carinci F., *E tu lavorerai come apprendista (L'apprendistato da contratto "speciale" a contratto "quasi unico")*, cit., 25. Dello stesso avviso sembra essere anche Pasqualetto E., *Il licenziamento libero dell'apprendista al termine del periodo formativo: un dogma da superare?* cit., 12.

⁴⁸⁸ Luciani V., *La riforma dell'apprendistato: contratto a tutele crescenti e "riordino" delle fonti di regolazione*, cit., 11.

intimato in forma orale; anche il disposto dell'art. 4, che contempla specificamente i vizi formali e procedurali, non sembra soccorrere.

In dottrina si è affermato che la sanzione che meglio si adatterebbe a perseguire un simile eccesso potrebbe essere "la medesima di quella prevista per l'ipotesi in cui il datore di lavoro adotta un licenziamento soggettivo adducendo una ragione che si rivela del tutto *insussistente*"⁴⁸⁹, ovvero quella contenuta nell'art. 3 comma 2 del d. lgs. n. 23. Una simile lettura si ispira chiaramente a una logica di assimilazione: parafrasando la norma, infatti, anche in questo caso manca il "fatto materiale" della formazione, presupposto che legittimerebbe l'esercizio del recesso *ad nutum*. In realtà però questa interpretazione, condivisibile in linea di principio e su un piano per così dire equitativo, appare per altri versi un po' ardita, poiché la tutela prescritta dall'art. 3, comma 2 si riferisce alle sole ipotesi di licenziamento disciplinare, per effetto dell'esplicito richiamo alla giusta causa e al giustificato motivo. La fattispecie di cui si sta discutendo, in effetti, non risulta contemplata da nessuna norma di legge forse si potrebbe fare ricadere in maniera più asettica nel "gran calderone" del comma 1 dell'art. 3 che prescrive una tutela esclusivamente indennitaria.

Nell'incertezza delle disposizioni normative, non resta che attendere le indicazioni dei giudici.

4. Il difficile equilibrio tra la disciplina della risoluzione del rapporto all'esito del periodo di apprendistato e l'insorgenza di cause interdittive del licenziamento.

Un altro aspetto che risulta interamente rimesso all'interpretazione giurisprudenziale riguarda il complesso rapporto tra la disciplina del recesso nel contratto di apprendistato alla scadenza della fase formativa e la rigida normativa che tutela la lavoratrice madre.

Il problema si pone, in particolare, quando all'approssimarsi della scadenza dell'apprendistato e, dunque, della possibilità di esercitare il recesso libero da parte del datore di lavoro, la lavoratrice apprendista adduca l'insorgenza di una delle cause interdittive del licenziamento: stato di gravidanza, maternità o matrimonio⁴⁹⁰.

Qui non viene tanto in rilievo la questione dello slittamento del periodo di formazione che la stessa legge prevede nei casi di cui al comma 5, lett. g) dell'art. 42⁴⁹¹, trattandosi piuttosto di individuare a quale disciplina debba riconoscersi prevalenza in situazioni nelle quali si trovano a confliggere due regimi antitetici: l'uno (specifico) di libera recedibilità e l'altro (generale) di temporanea irrecedibilità.

In questa circostanza si verifica, infatti, un'interferenza tra i due diversi sistemi di licenziamento previsti dal legislatore; quello che consente il recesso al termine del periodo di apprendistato e quello che vieta il licenziamento in particolari situazioni.

⁴⁸⁹ Ancora Luciani V., *La riforma dell'apprendistato: contratto a tutele crescenti e "riordino" delle fonti di regolazione*, cit., 10.

⁴⁹⁰ Il divieto di licenziamento è sancito per la gravidanza e la maternità dall'art. 54 del d.lgs. n. 151/2001 e in caso di matrimonio dall'art. 35 del d.lgs. n. 198/2006.

⁴⁹¹ La norma richiamata ammette la possibilità di prolungare il periodo di apprendistato in caso di malattia, infortunio o altra causa di sospensione involontaria del lavoro, di durata superiore a trenta giorni.

L'assenza di una espressa previsione utilizzabile in tali casi ha prodotto una palpabile incertezza che si traduce in concreto nell'interrogativo se il datore di lavoro sia vincolato al divieto di licenziamento della lavoratrice o possa liberamente recedere dal rapporto ai sensi dell'art. 2118 c.c. all'esito della fase formativa, come previsto dall'art. 42, comma 4 del d.lgs. n. 81/2015 (possibilità che, se non esercitata, darebbe luogo all'effetto legalmente previsto della prosecuzione del rapporto).

In passato la giurisprudenza di merito⁴⁹² ha riconosciuto la prevalenza della disciplina che tutela la lavoratrice madre o rientrante nel periodo matrimoniale di cui alla l. n. 198/2006; da un punto di vista pratico, ci si chiede in questo caso quale trattamento andrebbe corrisposto alla lavoratrice apprendista, in termini retributivi e contributivi, una volta che risulti completato il previsto periodo di formazione e che continui a persistere una delle cause di irrecedibilità. Se per effetto della prevalenza ammessa dai giudici si determina la prosecuzione del rapporto dovrebbe, per coerenza, ritenersi applicabile una sorta di ultrattività dei trattamenti economici e contributivi ma anche normativi. Per cui si configurerebbe una prosecuzione del contenitore giuridico tipico del contratto di apprendistato pur essendosi esaurita la sua funzione formativa.

Né si può ipotizzare una trasformazione del rapporto, cosa che potrà accadere solo allorché il datore (avendone concreta e giuridica possibilità) decida di non esercitare la facoltà di recesso libero nel fatidico giorno in cui si conclude la fase di apprendistato. Per cui il contratto, nonostante abbia perso i connotati caratteristici del contratto formativo, conserverà in ogni caso tutte le tipicità di un contratto di apprendistato, il che significherebbe che la lavoratrice, abbandonati i tratti sostanziali dell'apprendista, lavorerebbe come una normale dipendente qualificata ma, a differenza dei dipendenti ordinari, continuerebbe a percepire una retribuzione inferiore e a soggiacere a un regime contributivo più agevole per il datore. Ed è proprio il primo aspetto a sollevare più perplessità anche in ordine a eventuali profili di incostituzionalità, avendo il datore esaurito il suo obbligo formativo per il compimento del periodo previsto.

La problematica non viene contemplata da nessuna delle norme di riferimento, lasciando un vuoto che anche la riforma del 2015 non ha provveduto a colmare. Il persistente silenzio del legislatore si è riverberato anche sulla dottrina, la quale, a onore del vero, non ha mai intensamente ricercato un punto di equilibrio tra la specialità delle due discipline.

Com'è noto, ai sensi dell'art. 54 del d.lgs. n. 151/2001 le lavoratrici non possono essere licenziate dall'inizio del periodo di gravidanza fino al termine del congedo di maternità, nonché fino al compimento di un anno di età del bambino⁴⁹³; l'effetto di un eventuale licenziamento intimato alla lavoratrice in violazione di tali disposizioni è la nullità di esso, accompagnata da pesanti sanzioni amministrative⁴⁹⁴.

⁴⁹²Trib. Arezzo, 31.01.1997, in *Toscana giur.*, 1998, 140, con nota di Capponi M.

⁴⁹³ In caso di fruizione del congedo di paternità, il divieto di licenziamento si applica anche al padre lavoratore per la durata del congedo stesso e si estende fino al compimento di un anno di età del bambino.

⁴⁹⁴ È la stessa lettera della legge a prevedere che il divieto di licenziamento non si applica nei casi di: colpa grave della lavoratrice, costituente giusta causa per la risoluzione del rapporto di lavoro; cessazione dell'attività dell'azienda cui essa è addetta; ultimazione della prestazione per la quale la lavoratrice è stata assunta o di risoluzione del rapporto di lavoro per la scadenza del termine; esito negativo della prova.

L'espressa applicabilità di questa regola anche alle apprendiste⁴⁹⁵ determina una compressione della facoltà concessa al datore di lavoro di potere liberamente recedere alla fine del periodo di apprendistato. Il divieto di licenziamento, come si diceva, comporta una protrazione forzata del rapporto di lavoro, rispetto al quale resta di fatto irrisolta la questione del trattamento economico, normativo e contributivo applicabile all'apprendista, una volta esaurito il periodo formativo.

Neppure la proposta interpretativa fornita dal Ministero del lavoro⁴⁹⁶ in ordine alla possibilità di recedere dal rapporto di apprendistato, nel caso in cui l'apprendista si trovi in una delle ipotesi previste per il divieto di licenziamento per causa di matrimonio o maternità, ha contribuito a risolvere in via definitiva il problema della disciplina da applicarsi, in termini di trattamento economico e contributivo, durante il forzoso protrarsi del contratto.

Tuttavia, attraverso la combinazione dei vari elementi disponibili sembra possibile giungere a una soluzione.

Il Ministero del lavoro, come si è anticipato, più che esprimersi in maniera dirimente sul dissidio normativo si è limitato a fornire indicazioni in ordine al regime di invalidità del licenziamento intimato in una simile situazione, evidenziando che il recesso esercitato è legittimo, ma temporaneamente inefficace, alla stregua di quanto avviene in presenza di una delle cause sospensive del rapporto, rimanendo sospeso il decorso del preavviso fino all'esaurimento dell'evento sospensivo e, comunque, non oltre il periodo di comporto.

Questa opzione interpretativa, in realtà, non tiene conto della netta differenza tra la nullità del licenziamento irrogato in violazione di un divieto e la temporanea inefficacia dello stesso che, pur essendo perfettamente valido, non esplica i propri effetti. Secondo le sbrigative indicazioni ministeriali, «al termine dei periodi di divieto» il datore di lavoro può legittimamente esercitare il diritto di recesso, fermo restando che il periodo di preavviso (art. 2118 cod. civ.) «non potrà che decorrere, se non dal termine del periodo di formazione, dal termine dei periodi di divieto di licenziamento».

Sul punto va richiamata altresì la disposizione contenuta nell'art.42, comma 4, del d.lgs. n. 81/2015 secondo la quale "durante il periodo di preavviso continua a trovare applicazione la disciplina del contratto di apprendistato". Pertanto, si può ritenere che, restando sospeso il preavviso, si ha la continuazione del rapporto di apprendistato *ope legis*, fino al venire meno della causa che inibisce il recesso.

Giova sottolineare che generalmente il periodo di preavviso, cui si vuole riferire il legislatore, si esaurisce in un lasso temporale alquanto breve, mentre la durata del prolungarsi del rapporto (per il sopravvenire di cause di irrecidibilità) potrebbe rivelarsi anche più lunga del previsto.

Non pare azzardato ipotizzare, addirittura, una articolata combinazione e successione (più o meno dovuta a casualità), di varie cause interdittive del licenziamento. Si consideri, ad esempio,

⁴⁹⁵È proprio il d.lgs. n. 151/2001 all'art. 2, lett. e) che estende l'applicazione delle norme in materia di divieto di licenziamento anche alle apprendiste.

⁴⁹⁶ Con risposta all'interpello del 14 giugno 2012, n. 16 posto dal Consiglio nazionale dell'ordine dei consulenti del lavoro.

il caso di un'apprendista in congedo di maternità, la quale, allo scadere del periodo protetto, adduca di aver fatto richiesta delle pubblicazioni di matrimonio: in una simile ipotesi il recesso datoriale verrebbe nuovamente interdetto ai sensi dell'art. 35 del d.lgs. n. 198/2006 per il periodo intercorrente dalla richiesta delle pubblicazioni del matrimonio fino a un anno dalla celebrazione dello stesso⁴⁹⁷.

Si tratterebbe di una sorta di riproposizione della nota vicenda cinematografica della protagonista del film di De Sica, *Ieri, oggi e domani*, in cui la contrabbandiera Adelina riesce ad evitare la galera, inanellando sapientemente una serie di successive gravidanze.

In realtà, proprio gli effetti perversi di questo meccanismo potrebbero avere indotto la giurisprudenza a ricercare, in sentenze più recenti, qualche coordinamento tra la disciplina del recesso in apprendistato e il rispetto delle cause interdittive del licenziamento.

Sia i giudici di legittimità⁴⁹⁸ che di merito⁴⁹⁹, in vicende sia pure parzialmente difformi, si sono innanzitutto soffermati sulla natura giuridica del contratto di apprendistato, ritenendo che dovesse essere considerato a tutti gli effetti un contratto a tempo indeterminato, anche prima che il legislatore del 2011 lo riconoscesse esplicitamente come tale. Ciò posto, la giurisprudenza richiamata ha contribuito, da un lato, a riaffermare la valenza della norma protettiva della lavoratrice madre anche nell'ambito del contratto di apprendistato, dall'altro però non ha negato il rilievo della specifica disciplina del recesso nell'apprendistato. Anzi, in tali pronunce è stato evidenziato che dal mancato esercizio del diritto potestativo riconosciuto al datore di lavoro deriva direttamente la trasformazione del rapporto, o meglio la sua continuazione nella forma di un ordinario rapporto di lavoro subordinato.

⁴⁹⁷ Corre l'obbligo di ricordare che durante il periodo di congedo matrimoniale, (generalmente di 15 giorni), salvo diversa indicazione della contrattazione collettiva, il periodo di formazione non viene sospeso.

⁴⁹⁸ V. Cass. n. 5051/2016, in *LG*, 10/2016, 911, con nota di Garofalo D. La vicenda sottoposta all'attenzione della Corte può essere riassunta in questi termini: una giovane apprendista si era assentata ingiustificatamente dal lavoro, subito dopo il congedo obbligatorio per maternità; il datore di lavoro aveva esperito un procedimento disciplinare (dichiarato in seguito viziato dai giudici) all'esito del quale aveva irrogato il licenziamento, che era stato poi impugnato dalla lavoratrice. In primo grado, il Tribunale aveva condannato il datore di lavoro alla riammissione in servizio della lavoratrice apprendista e al risarcimento del danno in misura pari alle retribuzioni dalla data del licenziamento fino a quella dell'effettivo ripristino del rapporto di lavoro. In appello, la sentenza di primo grado veniva parzialmente riformata, in quanto le retribuzioni si consideravano dovute alla lavoratrice sino alla data di naturale scadenza del rapporto, assimilando il contratto di apprendistato al contratto di formazione e lavoro, facendolo così rientrare nella categoria dei contratti a tempo determinato. In fine, i giudici di legittimità, pur affermando la nullità del recesso intimato alla lavoratrice, in violazione dell'art. 54 del d. lgs. n. 151/2001, attribuiscono una certa valenza alla disdetta del contratto. Se quest'ultima, infatti, fosse stata data dal datore di lavoro, all'esito del periodo di apprendistato, il rapporto si sarebbe interrotto, invece, è divenuto, scaduto il periodo di formazione, un ordinario rapporto di lavoro, per cui in punto di risarcimento alla lavoratrice spettano le retribuzioni dal momento del licenziamento fino al verificarsi di una legittima causa di risoluzione del rapporto. In questo caso, la mancata espressa disdetta alla scadenza della fase formativa è derivata dalla convinzione del datore dell'inutilità della stessa o meglio del suo essere implicita nel licenziamento disciplinare già adottato.

⁴⁹⁹ Si tratta della sentenza della Corte di Appello di Caltanissetta n. 445/2016 in *Labor, Il lavoro nel diritto*, n. 4/2017, con nota di Iacobucci S., emessa all'esito di un'articolata vicenda processuale nell'ambito della quale vanno evidenziate le oscillanti pronunce rese dal Tribunale di Caltanissetta, durante il primo grado del medesimo giudizio (introdotto con rito Fornero). Nello specifico si trattava della disdetta operata da un datore di lavoro, al termine del periodo di apprendistato, nei confronti di una lavoratrice che si trovava in stato di interdizione dal lavoro, ai sensi dell'art. 17, comma 2, lett. a), d. lgs. n. 151/2001, perché in gravidanza. A conclusione della fase sommaria veniva dichiarata la nullità del licenziamento, con diritto della lavoratrice non alla reintegrazione, bensì al risarcimento in suo favore di un'indennità pari a 15 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, oltre al risarcimento del danno pari alle retribuzioni parametrare al residuo periodo lavorativo; a conclusione della fase di merito, il giudice optava per la nullità del licenziamento, con diritto della lavoratrice alla reintegrazione nel posto di lavoro, unicamente per il periodo di residuo apprendistato, sul presupposto che il potere di disdetta ex art. 2118 c.c. fosse stato legittimamente esercitato dalla parte datoriale, e veniva altresì riconosciuta alla lavoratrice un'indennità risarcitoria pari a cinque mensilità.

Da queste pronunce emerge l'intento dei giudici di trovare un bilanciamento, per un verso, riconoscendo all'apprendista la tutela generale per le lavoratrici; per altro verso, confermando che solo un tempestivo recesso datoriale, al termine del periodo formativo, può impedire la trasformazione del rapporto. Sicché, sembra doversi ritenere che un datore - in tali situazioni - non potrebbe trascurare di manifestare la sua (eventuale) volontà di recedere al completamento del periodo di formazione, anche se gli effetti di questa decisione dovrebbero essere temporaneamente sospesi fino allo scadere del periodo di irrecedibilità. Si tratta di una soluzione di compromesso che però non rimuove le (già accennate) perplessità in ordine a un'eventuale eccessivo protrarsi del rapporto a causa del susseguirsi di cause interdittive del licenziamento. In verità, le decisioni richiamate non offrono una sicura, compiuta e appagante soluzione, così come ad esiti non perfettamente univoci (e, per contro, compromissori) pervengono quando vanno a definire la tutela giudizialmente riconosciuta alle lavoratrici illegittimamente licenziate. In particolare, nella decisione n. 445/2016 della Corte di Appello di Caltanissetta, il Collegio, pur riconoscendo la nullità del licenziamento irrogato a una lavoratrice apprendista in violazione del divieto di licenziamento di cui all'art. 54 del d.lgs. n. 151/2001, non dispone la reintegra della stessa - in netto contrasto con quanto previsto dal precetto normativo - ritenendo che il rapporto abbia esaurito la sua efficacia *"a seguito del recesso tempestivamente e legittimamente intimato dalla parte datoriale"*, e riconosce alla lavoratrice apprendista solo un'indennità risarcitoria quantificata nella misura minima prevista dall'art. 18 l. n. 300/1970, pari a cinque mensilità della retribuzione globale di fatto. In sostanza, lo stesso atto viene riconosciuto illegittimo ma contestualmente idoneo a risolvere il rapporto.

Il ragionamento dei giudici sembrerebbe dare vita a uno speciale regime di tutela di creazione "giurisprudenziale", il quale si andrebbe ad aggiungere alle altre (oggi, numerose) ipotesi di tutela offerte dall'ordinamento.

Sebbene queste decisioni non portino a identificare come prevalente la normativa speciale in materia di recesso libero, al termine dell'arco temporale di addestramento e formazione, rispetto alle tutele a beneficio della lavoratrice madre, tuttavia, di certo sono idonee a produrre una significativa attenuazione delle conseguenze connesse al licenziamento nullo. Su un piano pratico, ciò potrebbe indurre i datori di lavoro ad avvalersi, con più leggerezza, della facoltà di recedere liberamente all'esito della fase formativa, anche durante i periodi di interdizione del licenziamento.

In dottrina c'è chi si è mostrato già da tempo a favore della preminenza della disciplina del contratto di apprendistato, considerando che la facoltà di recesso, prevista dall'art. 42, comma 4 del d.lgs. n. 81/2015, è contenuta in una norma più recente e speciale per materia, dovendo per questo essere ritenuta prevalente sul divieto di licenziamento previsto in via generale dall'art. 54 del d.lgs. n. 151/2001⁵⁰⁰.

Alla stessa soluzione, benché con motivazioni diverse e forse un po' forzate, giunge chi ritiene che sia possibile conciliare la facoltà di recesso ex art. 2118 c.c. al termine della fase formativa con la

⁵⁰⁰Milo A., *Il nuovo apprendistato. Quesiti e casi pratici*, 2012, in www.dplmodena.it.

disposizione dell'art. 54 d. lgs. n. 151/2001, la quale consente, tra le altre eccezioni espressamente tipizzate, il licenziamento nei casi di "ultimazione della prestazione per la quale la lavoratrice è stata assunta"⁵⁰¹. A primo impatto le fattispecie sembrerebbero paragonabili, tuttavia questa assimilazione, anche a prescindere da altre considerazioni, finirebbe per collidere con la qualificazione giuridica data espressamente dal legislatore e per enfatizzare la funzione di un termine strettamente correlato alla fase formativa: il tutto anche a discapito della ulteriore funzione occupazionale alla quale, pure, il contratto di apprendistato da sempre è chiamato.

⁵⁰¹Rausei P., *Apprendistato, giovani, lavoratori in mobilità e somministrazione*, Ipsoa 2012.