

Riforma Fornero e start up innovative, le modifiche targate 2012
in tema di contratto a tempo determinato: tra finalità
economico-occupazionali e recepimento del diritto comunitario*

Costantino Cordella

1. Le finalità occupazionali quale <i>leit motiv</i> degli interventi sul contratto a tempo determinato	87
2. (<i>segue</i>): le più recenti cause dell'incentivazione nell'utilizzo dell'istituto	88
3. La riforma Fornero: l'apposizione del termine anche in assenza di ragioni o quasi	89
4. (<i>segue</i>): il recepimento degli orientamenti della giurisprudenza comunitaria	91
5. (<i>segue</i>): la prosecuzione del rapporto oltre la scadenza	92
6. (<i>segue</i>): intervalli minimi e durata massima dell'impiego a termine	93
7. (<i>segue</i>): termini di impugnazione e indennità risarcitoria	94
8. (<i>segue</i>): l'inasprimento contributivo come monetizzazione dell'instabilità del rapporto	96
9. La disciplina applicabile alle start up innovative	97

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 171/2013

1. Le finalità occupazionali quale *leit motiv* degli interventi sul contratto a tempo determinato

A guardare i mutamenti degli ultimi anni in tema di contratto di lavoro a tempo determinato ci si accorge che l'interesse legislativo sull'istituto sia andato di pari passo con i mutamenti economici occupazionali vissuti dal nostro paese. La necessità di favorire l'occupazione e l'ingresso nel mondo del lavoro di nuova manodopera avevano già giustificato diversi interventi integrativi della precedente normativa di cui alla l. n. 230/1962, che ammetteva quali causali per l'apposizione del termine solo le ipotesi tassativamente indicate nel testo di legge: l'art. 23 l. 28 febbraio 1987 n. 56, aveva aperto anche alla contrattazione collettiva la possibilità di prevedere ipotesi di legittimazione per l'apposizione del termine, al fine di consentire lo sviluppo di un meccanismo concertato e virtuoso di maggiore occupazione²⁴⁶. Nello stesso senso, le necessità occupazionali, in particolare delle fasce più deboli, avevano indotto il legislatore ad ammettere l'assunzione a termine delle categorie che maggiormente trovavano difficoltà di impiego²⁴⁷.

La tendenza all'allargamento delle ipotesi di apposizione del termine si era manifestata anche in ragione delle posizioni assunte dai datori di lavoro, che con l'utilizzo di tale tipologia contrattuale si trovavano agevolmente a bypassare le rigidità connesse al rigido sistema di licenziamento previsto per i lavoratori a tempo indeterminato, in un contesto normativo nel quale, ancora, non erano presenti o, comunque, avevano avuto diffusione, sistemi alternativi di assunzione flessibile della manodopera²⁴⁸. Le rivendicazioni che, perciò, furono avanzate dall'imprenditoria italiana mossero dall'obiettivo di consentire un utilizzo più «spregiudicato» dell'istituto, in particolare, per lo svolgimento delle prestazioni in settori produttivi specifici e/o durante i periodi di punta delle attività²⁴⁹.

A tutela del lavoratore rimanevano le garanzie già fatte valere nella l. n. 230/1962, con la previsione della conversione del rapporto come a tempo indeterminato, nei casi in cui fossero accertate violazioni delle disposizioni imperative di legge o della contrattazione collettiva, secondo l'orientamento maggioritario assunto dalla giurisprudenza in applicazione dell'art. 1419, comma 2 c. c.²⁵⁰.

²⁴⁶ Cfr. M. D'Antona, *I contratti a termine* in (a cura di M. D'Antona), *Occupazione flessibile e nuove tipologie del rapporto di lavoro*, 1988, Ed. Scientifica, Napoli, 112; altre ipotesi di «apertura» per la stipula dei contratti a tempo determinato furono previste per «le punte stagionali di attività», ex art. 8, comma 2 bis, l. 25 marzo 1983, n. 79, cfr. C. Cordella, *Introduzione allo studio sistematico del contratto a termine*, 2012, Aracne Editrice, 20.

²⁴⁷ Furono previste specifiche ipotesi di favore per l'assunzione a termine dei lavoratori in mobilità (v. art. 8, l. n. 223/1991), per i lavoratori disabili (v. art. 11, l. n. 68/1999), per i pensionati (v. art. 75, comma 2, lett. b), 23 dicembre 2000, n. 388.

²⁴⁸ cfr. F. Berton, M. Richiardi, S. Sacchi, *Flex-insecurity. Perché in Italia la flessibilità diventa precarietà*, 2009, Il Mulino, Studi e ricerche, 2; S. Mastrovita (a cura di), *Alcuni indicatori del mercato del lavoro dal Panel europeo sulle famiglie, Italia 1994 – 2000*, in *Istituto nazionale di statistica. Informazioni*, 2003, n. 26, 53.

²⁴⁹ Oltre all'art. 8, comma 2 bis, l. 25 marzo 1983, n. 79, con riferimento alle punte stagionali di attività, la «liberalizzazione» dell'istituto è stata prevista per le aziende di trasporto aereo o esercenti i servizi aeroportuali, con l'art. 1 l. n. 84/1986 che, immettendo la lettera f), all'elenco dell'art. 1, comma 2, l. n. 230/1962, ha consentito una legittimazione *ex lege* per tali assunzioni effettuate a termine, nei limiti direttamente fissati dalla legge, circa le mansioni, le modalità temporali e il numero di personale (poi riproposta ex art. 2, l. n. 368/2001); nello stesso senso, per il settore postale con l'art. 1, comma 558, l. 23 dicembre 2005, n. 266 che ha introdotto il comma 1 bis, all'art. 2, d.lgs. n. 368/2001, con il quale è stata consentita l'assunzione a termine per le imprese concessionarie di servizi nei settori delle poste; cfr. *amplius* M. Di Vincenzo, *Contratto a termine e precariato*, Ipsoa, 2009, 201; C. Cordella, *Introduzione allo studio sistematico del contratto a termine*, cit., 81.

²⁵⁰ cfr. Cass. sez. III, sentenza 21 agosto 1997, n.7822; Cass. sez. III, sentenza 22 Maggio 2001, n. 6956; Cass. sentenza 5 dicembre 2003, n. 18654; *contra* Cass. sez. II, sentenza 28 giugno 2000, n. 8794; Cass. sez. III, sentenza 22 marzo 2005, n. 6170; cfr. V. Speciale,

2. (segue): le più recenti cause dell'incentivazione nell'utilizzo dell'istituto

Anche durante l'ultimo decennio, i cambiamenti legislativi sull'utilizzo dell'istituto hanno avuto come causa scatenante, esigenze a sfondo economico-occupazionale. Sebbene con oscillazioni variabili a seconda del colore politico della maggioranza governativa, le modifiche introdotte hanno inteso ottenere, con il riconoscimento di una maggiore flessibilità, un maggiore incentivo per l'occupazione e, in particolare, per la prima occupazione.

Il sistema di legittimazione alla stipula del lavoro temporaneo di cui al d.lgs. n. 368/2001, sulla strada della piena liberalizzazione dell'istituto, ha ammesso che l'apposizione del termine al contratto fosse disposta per ragioni «a carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo», abrogando i limiti connessi alla tassatività delle ipotesi di cui alla l. n. 230/1962 e sostituendo, così, anche le ipotesi di legittimazione integrative che, sino ad allora, era state consentite, per diretta previsione della legge, ovvero disposte dalla contrattazione collettiva²⁵¹.

Sebbene, infatti, la nuova disciplina fosse nata dalle esigenze di recepimento delle disposizioni della direttiva europea 99/70/CE, ove il contratto a tempo indeterminato è definito «forma comune del rapporto di lavoro» (v. considerando n.6, direttiva 99/70/CE), l'attuazione nel nostro paese è avvenuta con l'adozione di un sistema di più ampia flessibilità, che ha avvantaggiato la diffusione dell'istituto, e che, nelle sue intenzioni, è stato supportato dalle disposizioni approvate con il successivo d.l. 25 giugno 2008, n. 112 (convertito con modificazioni dalla legge 6 agosto 2008, n. 133), con il quale le ragioni giustificatrici di cui al comma 1, art. 1, d.lgs. n. 368/2001, sono state considerate come validamente poste, anche quando riferite alla «ordinaria attività del datore di lavoro»²⁵².

Sebbene in altri interventi sia stato sottolineato, e al contrario, come il contratto di lavoro subordinato debba essere stipulato «di regola» a tempo indeterminato (v. comma 39, art. 1, l. n. 247/2007, raccordando la disciplina interna alle indicazioni contenute nel Preambolo della direttiva europea), secondo il principio confermato dalla l. n. 92/2012, che lo ha definito «forma comune di rapporto di lavoro», l'interesse legislativo per il maggiore utilizzo del contratto a termine, può dirsi, comunque, intensificato, sia per la volontà di permettere, anche se per periodi determinati, la maggiore occupazione di categorie di lavoratori altrimenti escluse dal mercato del lavoro, sia per rendere concorrenziale l'utilizzo di questo strumento, rispetto alle altre forme alternative di utilizzo flessibile della manodopera, che, nel frattempo, si sono affermate nel nostro ordinamento. Rilevato, infatti, come quasi il 70% dei lavoratori a tempo determinato sia impiegato con tale tipologia contrattuale, a causa della impossibilità di ritrovare un impiego a carattere

La nuova legge sul lavoro a termine in GDLRI, 2001, n.91, passim; V. Speciale, La riforma del contratto a termine dopo la legge n. 247 del 2007 in UDA DSG Working Papers, n. 6, passim; S. Ciucciavino, Il contratto a tempo determinato: la prima stagione applicativa del d.lgs. n. 368 del 2001, in DLRI, 2007, 480; L. Menghini, Precarietà del lavoro e riforma del contratto a termine dopo le sentenze della Corte di Giustizia in RGL, 2006, n.1, 707; contra A. Vallebona, La nullità dei contratti di lavoro «atipici», in ADL, 2005, 532.

²⁵¹ cfr. l'art. 11, comma 1, d.lgs. n. 368/2001 che ha abrogato l'art. 23, l. 28 febbraio 1987, n. 56.

²⁵² Sebbene la maggior parte della dottrina abbia ritenuto, anche a seguito delle modifiche del 2008, la riferibilità del carattere «ordinario» delle attività, come inclusivo del parametro anche della temporaneità delle ragioni, già considerato dalla giurisprudenza come necessario per ritenere legittime le ragioni indicate nel contratto di lavoro, cfr. Cass. sez. lav., sentenza 27 aprile 2010, n. 10033; G. Ferraro, *Tipologie di lavoro flessibile*, Giappichelli, Torino, 79; C. Cordella, *Introduzione allo studio sistematico del contratto a termine*, cit., 55.

permanente²⁵³, l'apertura verso i contratti flessibili consentita, prima con il c.d. pacchetto Treu, l. 24 giugno 1997, n. 196, e venuta ad intensificarsi poi, con la riforma di cui al d.lgs. n. 276/2003, ha fatto sì che il contratto a tempo determinato non fosse più considerato come unica alternativa al contratto di lavoro a tempo pieno e indeterminato, e che anche tipologie contrattuali alternative potessero essere d'aiusilio ai datori di lavoro per rendere più dinamico e corrispondente alle loro esigenze l'utilizzo della manodopera; l'apertura verso la flessibilità del lavoro, è stata, in molti casi, interpretata in modo «opportunistica» dalla classe imprenditoriale, che, nell'utilizzo di alcune di queste nuove tipologie contrattuali, non ha troppo dato attenzione alla reale qualificazione del rapporto instaurando, giovandosi delle forme di impiego a sé più convenienti, in relazione al minor costo da cuneo fiscale, e alla inapplicabilità per alcune di esse delle garanzie previste per il lavoro subordinato; è straripato, così, l'utilizzo della somministrazione a tempo determinato, di cui al d.lgs. art. 20 e ss., d.lgs. n. 276/2003, per la quale al lavoratore, tra lo svolgimento di una missione e l'altra non è concessa alcuna forma di indennità²⁵⁴; l'utilizzo di forme di impiego parasubordinato, come il lavoro a progetto, anche laddove la prestazione fosse svolta sotto la direzione e il controllo del datore di lavoro, senza che, pertanto, in tali casi fossero riconosciute le tutele generali connesse al carattere subordinato del rapporto (malattia, ferie, ecc.)²⁵⁵; e da ultimo, lo svolgimento di prestazioni lavorative rese da persone titolari di posizione fiscale ai fini dell'imposta sul valore aggiunto²⁵⁶, con le quali il lavoratore è ritenuto soggetto esterno alla compagine aziendale, e, pertanto, percettore dei soli compensi connessi al lavoro prestato, senza, perciò, alcuna garanzia a carattere previdenziale, né sindacale²⁵⁷.

3. La riforma Fornero: l'apposizione del termine anche in assenza di ragioni o quasi

L'intenzione legislativa di favorire la diffusione del contratto a tempo determinato è dovuta, perciò, anche alla necessità di ovviare ai problemi derivanti dall'uso distorto delle altre forme di lavoro flessibili, causa di maggiore precarietà della manodopera. La «acausalità» del rapporto di lavoro a tempo determinato, ammessa per la prima volta, in via generale, con l'art. 1, comma 9, lett. b), della legge 28 giugno 2012, n. 92, si inquadra, infatti, come meccanismo per incentivare l'utilizzo della fattispecie nelle assunzioni di nuova manodopera.

Per espressa previsione della legge, il lavoro a termine «acausale» è consentito per «qualunque tipo di mansioni» senza necessità di alcuna giustificazione, se si tratta di «primo rapporto a tempo

²⁵³ cfr. Eurostat, estrazione al 9 dicembre 2010, anno 2009 cfr. I. D'Attoma e G. Tassinari, *Il lavoro a tempo determinato in Europa: alcune tendenze statistiche*, in (a cura di) S. Brusanti e A. Pizzoferrato, *Il contratto di lavoro a termine*, UTET Giuridica, 2012.

²⁵⁴ P. Ichino, *Inchiesta sul lavoro. Perché non dobbiamo avere paura di una grande riforma*, Mondadori Editrice, 2011, Milano, 57.

²⁵⁵ Sebbene la cui disciplina sia stata da ultimo modificata in senso antifraudolento con i commi da 23 a 25 art. 1, l. n. 92/2012 che hanno modificato gli artt. 61 e ss. d.lgs. n. 276/2003; cfr. F. Santoro Passarelli, *Lavoro a progetto e partita iva nella riforma del lavoro 2012*, in *LG*, 2012, n.10, 942; H. Bisonni, *Lavoro a progetto: evoluzione legislativa*, in *DPL*, n.45, 2012, 2843.

²⁵⁶ Il cui svolgimento è stato, però, assoggettato ad una normativa più restrittiva che introduce un rigido meccanismo di presunzioni, a seguito dell'intervento riformatore di cui all'art. 69 bis e ss., d.lgs. n. 276/2003, come modificate dal comma 24-26, art. 1, l. n. 92/2012, con il quale tali soggetti vengono intesi come titolari di rapporti di collaborazione continuativa e coordinata ovvero come lavoratori subordinati; cfr. F. Santoro Passarelli, *Lavoro a progetto e partita iva nella riforma del lavoro 2012*, cit., 944; P. Polliani, *Rapporto di lavoro autonomo: la riforma "Fornero" contro l'abuso delle partite iva*, in *Enti non profit*, 2012, n.11, 20.

²⁵⁷ cfr. P. Ichino, *Inchiesta sul lavoro. Perché non dobbiamo avere paura di una grande riforma*, cit., 58; G. De Summa e U. Cipollone, *Il lavoro autonomo a "partita iva"* in (a cura di) P. Stern, *I nuovi contratti di lavoro*, Maggioli Editore, 2012, 97.

determinato» tra le stesse parti, con durata «non superiore a dodici mesi» (v. art. 1, comma 9, lett. b), che introduce un comma 1 bis nell'art. 1 d.lgs. n. 368/2001).

Rispetto alla formulazione della norma, i dubbi più rilevanti sono emersi con riferimento all'inciso di «primo rapporto a tempo determinato», che è stato inteso dalla maggioranza degli interpreti, in senso ampio, come primo rapporto di lavoro al servizio dello stesso datore di lavoro²⁵⁸. L'intenzione di introdurre un primo contratto a tempo determinato «acausale», ripercorrendo la teleologia dell'intervento, è finalizzata ad incentivare l'utilizzo di tale strumento quando vi sia necessità da parte del datore di lavoro, prima della assunzione, di «una miglior verifica delle attitudini e capacità professionali del lavoratore», in relazione all'inserimento nello specifico contesto lavorativo, così da far rimanere escluso che tale tipologia di assunzione possa utilizzarsi anche quando il lavoratore abbia già svolto prestazioni presso la stessa azienda a carattere subordinato ovvero anche come lavoratore autonomo²⁵⁹.

Il riferimento all'applicazione dello strumento per «qualunque tipo di mansione» ha inteso ammetterne l'utilizzo per tutti i livelli professionali²⁶⁰; le finalità formative e di verifica del lavoratore, che potrebbero annoverarsi come giustificative di una eventuale riassunzione in mansioni diverse da quelle iniziali sono da ritenersi soccombenti rispetto all'interesse all'utilizzo della «acausalità» quale metodo esclusivo per la prima assunzione del lavoratore a termine nella stessa azienda²⁶¹; il limite temporale massimo di 12 mesi per l'utilizzo dello strumento, è confermato, inoltre, nella sua veste di limite «incondizionato», con il divieto di proroga previsto ai sensi dell'art. 4 comma 2 bis, come introdotto dall'art. 1, comma 9, lett. d), l. 28 giugno 2012, n. 92²⁶².

L'unico metodo previsto dal legislatore per alleggerire il peso della flessibilità che l'assunzione «acausale» introduce è previsto espressamente nella seconda parte dello stesso comma 1 bis, art. 1, d.lgs. n. 368/2001, che ha stabilito la legittimazione dei sindacati comparativamente più rappresentativi a livello nazionale, di prevedere nei contratti collettivi di livello interconfederale e, in via delegata, a livello decentrato (con la riproposizione della supremazia del livello interconfederale su quello territoriale ed aziendale, in deroga dell'art. 8, l. n. 148/2011)²⁶³, che, *in luogo* del carattere «acausale» del primo contratto a termine, possa ammettersi la stipula di rapporti a

²⁵⁸ Così come è stato affermato, inoltre, nella circolare del Ministero del lavoro e delle politiche sociali del 18 Luglio 2012, n. 18.

²⁵⁹ cfr. V. Speciale, *La riforma del contratto a termine nella legge 28 giugno 2012, n.92* in WP CSDLE "Massimo D'Antona" IT – 153/2012, 8, nota 10; L. Menghini, *Contratto a termine (art. 1, commi 9 – 13, l. n. 92/2912)*, in LG, 2012, n.10, 927; *contra* A. Vallebona, *La riforma del lavoro 2012*, Giappichelli Editore, 2012, 19; P. Tosi, *Il contratto a tempo determinato dopo la legge n. 92/2012* in WP CSDLE "Massimo D'Antona". IT – 154/2012, 5.

²⁶⁰ cfr. R. Voza, *Il lavoro a tempo determinato dopo la Riforma Fornero*, in LG, n.12, 2012, 1143.

²⁶¹ In adesione cfr. R. Voza, *Il lavoro a tempo determinato dopo la Riforma Fornero*, cit., 1143; *contra* L. Menghini, *Contratto a termine (art. 1, commi 9 – 13, l. n. 92/2912)*, cit., 930.

²⁶² cfr. L. Menghini, *Contratto a termine (art. 1, commi 9 -13, l. n. 92/2012, cit., 930*; V. Speciale, *La riforma del contratto a termine nella legge 28 giugno 2012, n. 92, cit., 6*; A. Vallebona, *La riforma del lavoro 2012*, 18;

²⁶³ cfr. V. Speciale, *La riforma del contratto a termine nella legge 28 giugno 2012, n.92, cit., 14*; A. Perulli e V. Speciale, *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011 n. 148 e la "rivoluzione di Agosto" del Diritto del lavoro* in CSDLE, 2011, n. 132, 33 ss.; sui problemi di legittimità costituzionale dell'art. 8 d.l. 13 agosto 2011, n. 138 cfr. F. Liso, *Osservazioni sull'accordo interconfederale del 28 giugno 2011 e sulla legge in materia di «contrattazione collettiva di prossimità»* in CSDLE, 2012, n.157, 29 ss.; G. Ferraro, *L'efficacia soggettiva del contratto collettivo* in QFMB, Saggi e ricerche, 2011, n. 2/VI; *contra* A. Maresca, *La contrattazione collettiva aziendale dopo l'articolo 8 del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138* in DRI, 2012, I, 16 ss.; A. Vallebona, *L'efficacia derogatoria dei contratti aziendali o territoriali: si sgretola l'idolo dell'uniformità oppressiva* in MGL, 2011, n. 10, 682 ss.

termine nel rispetto del limite fisso del 6% del totale dei lavoratori occupati nell'ambito dell'unità produttiva, per le ragioni indicate all'art. 5 comma 3, d.lgs. n. 368/2001²⁶⁴, sottoponendo, così, l'utilizzo della fattispecie, nuovamente alla indicazione di specifiche ragioni per l'apposizione del termine, con il conseguente potere giudiziale di verificarne l'effettività e la temporaneità²⁶⁵. Con il rafforzamento dei poteri sindacali, il legislatore tenta, così, di smorzare gli effetti negativi che il contratto a termine senza specificazione delle ragioni può rappresentare in quei specifici settori lavorativi (commercio, call center, servizi, ecc.), ove maggiore è il rischio che la fattispecie possa ingenerare l'implementazione del turn over della manodopera, anche per lo svolgimento di esigenze aziendali a carattere ordinario, procurando un indiscriminato innalzamento del tasso di precarietà del lavoro.

4. (segue): il recepimento degli orientamenti della giurisprudenza comunitaria

L'intervento legislativo della legge n.92/2012, innovando la struttura del contratto a termine, tenta anche di attuare le indicazioni del diritto comunitario. Diverse delle modifiche introdotte sembrano, infatti, essere modellate sulla base dell'interpretazione che della direttiva europea 99/70 è stata proposta dai giudici di Lussemburgo. Il segno più vistoso di questa tendenza è rappresentato proprio dalla possibilità di stipula di un primo contratto a tempo determinato «acausale», che è chiaramente in linea con quanto affermato dalla Corte di giustizia in materia di «ragioni obiettive»²⁶⁶, la cui presenza è considerata necessaria solo nei casi di successione di contratti, quale metodo di lotta contro gli abusi, e che di fatto, ha comportato la disapplicazione della clausola 5, nei casi di stipula di un primo contratto a termine²⁶⁷; nello stesso senso, un altro esempio della volontà di rifarsi alle regole fissate in sede comunitaria, riguarda il tema degli intervalli minimi per la riassunzione, che il legislatore italiano nella prima versione dell'art. 5, del d.lgs. n. 368/2001 aveva fissato in dieci o venti giorni (a seconda della durata del rapporto inferiore o superiore a sei mesi), e che, in applicazione della interpretazione della Corte di giustizia²⁶⁸, sono stati estesi a sessanta o novanta giorni a seconda che il rapporto sia stato stipulato per un periodo inferiore o meno a sei mesi (v. *infra*, par. 6).

La tutela antielusiva che la clausola 5, comma 1, lett. b), della direttiva europea, ha proposto al fine di contrastare la successione abusiva di contratti a termine, è stata anch'essa causa delle modifiche che il legislatore ha stabilito con la riforma 2012: nella parte in cui tale clausola impone di stabilire la durata massima dei rapporti temporanei, la imperfetta trasposizione nell'ordinamento italiano, denunciata dalla dottrina all'indomani della entrata in vigore del d.lgs. n. 368/2001, che nulla aveva previsto sul punto²⁶⁹, è stata sottoposta a modifiche, già con la novella

²⁶⁴ v. nota 34, limitatamente alle sole ipotesi direttamente prefissate dalla legge.

²⁶⁵ cfr. R. Voza, *Il lavoro a tempo determinato dopo la Riforma Fornero*, cit., 7; A. Vallebona, *La riforma del lavoro 2012*, cit., 21.

²⁶⁶ cfr. Corte di giustizia, sentenza 23 aprile 2009, C- 378/07, *Kiriaki Angelidaki*, punto 90; Corte di giustizia, sentenza 4 luglio 2006, C-212/04, *Adeneler*, punto 58; Corte di giustizia, sentenza 22 novembre 2005, C-144/04, *Mangold*, punti 41 -43.

²⁶⁷ In senso contrario si era espressa parte della giurisprudenza di legittimità; cfr. *ex plurimis* Cass. sentenza 21 maggio 2008, n.12985; Cass. sentenza 1 febbraio 2010, n. 2279.

²⁶⁸ cfr. Corte di giustizia, ordinanza 12 giugno 2008, C – 364/07, *Vassilakis*, punto 3; Corte di giustizia, sentenza 4 luglio 2006, C – 212/04, *Adeneler*, punto 88; cfr. V. Speciale, *La riforma del contratto a termine nella legge 28 giugno 2012, n.92*, cit., 19.

²⁶⁹ cfr. L. Montuschi, *Il contratto a termine e la liberalizzazione negata*, in *DRI*, 4, 2005, 50.

della l. n. 247/2007, che all'art. 1 comma 40, ha fissato in trentasei mesi, comprensivi di proroghe e rinnovi, la durata massima dei rapporti di lavoro a termine stipulati tra le stesse parti²⁷⁰. Le modifiche di cui alla lett. i), comma 9, art. 1, l. n. 92/2012, in tal senso, permettono *la mera estensione* del livello di tutela garantito dalla legislazione italiana, per il contrasto all'illegittima successione di contratti temporanei, stabilendo come ricompresi nella durata massima di impiego, anche i periodi di «missione aventi ad oggetto mansioni equivalenti, svolti tra i medesimi soggetti, ai sensi del comma 1 bis dell'art. 1[...] e del comma 4 dell'articolo 20 del d.lgs. n. 10 settembre 2003, n. 276» (v. *infra*, par. 6).

5. (*segue*): la prosecuzione del rapporto oltre la scadenza

Il favore per l'incremento nell'utilizzo del contratto a tempo determinato ha spinto il legislatore ad ammettere anche una maggiore tolleranza nell'applicazione del regime sanzionatorio, in particolare, laddove, il rapporto fosse proseguito per un periodo di breve entità oltre la scadenza.

Per tali ipotesi si è consentito di scongiurare la conversione immediata come a tempo indeterminato, ritenendo tali prosecuzioni dovute ad esigenze tollerabili, relative a disguidi organizzativi ovvero alla protrazione imprevista delle causali giustificative dell'assunzione iniziale. In particolare, sino alla riforma del 2012, i limiti di tolleranza erano stabiliti in venti giorni, in caso di rapporto inferiore a 6 mesi (limite temporale ammesso anche per la prosecuzione del rapporto oltre la durata massima di 36 mesi di cui al comma 4 bis, art. 5 d.lgs. n. 368/2001), e trenta giorni, per i contratti stipulati per periodi superiori, con l'obbligo per il datore di lavoro di corrispondere soltanto delle maggiorazioni retributive, rapportate al numero di giorni nei quali si fosse realizzata la protrazione. L'entrata in vigore della riforma Fornero, lasciando intatta la misura della sanzione economica, quantificabile nella maggiorazione retributiva del 20%, per ogni giorno di continuazione oltre la scadenza sino al decimo, e in 40% per i giorni ulteriori, ha esteso il cd. periodo «cuscinetto», rispettivamente a 30 e a 50 giorni²⁷¹, accrescendo, così, la protezione del datore di lavoro contro l'effetto dirompente della conversione. Tali limiti temporali, in assenza di una espressa esclusione, risultano applicabili a tutte le tipologie di contratti a tempo determinato, compresi i nuovi modelli di assunzione a termine «acausale» o «alternativa» di derivazione collettiva, per come richiamati, entrambi, nel nuovo comma 1 bis, aggiunto all'art. 1, d.lgs. n. 368/2001²⁷², con l'entrata in vigore della stessa riforma Fornero, nonché nel caso di assunzioni temporanee da parte di imprese titolari dei requisiti di start up innovative, ai sensi dell'art. 28, l. n. 221/2012²⁷³.

²⁷⁰ Derogabile dalla contrattazione collettiva stipulata a livello nazionale, territoriale o aziendale dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, ai sensi dell'art. 21, comma 2, d.l. 25 giugno 2008, n. 112, come modificato dalla legge 6 agosto 2008, n. 133.

²⁷¹ Art. 5, comma 2, d.lgs. n. 368/2001, come modificato dall'art. 1, comma 9, lett. e), l. n. 92 del 28 giugno 2012.

²⁷² cfr. in adesione V. Speciale, *La riforma del contratto a termine nella legge 28 giugno 2012, n.92*, cit. 17; R. Voza, *Il lavoro a tempo determinato dopo la Riforma Fornero*, cit., 1147; *contra* S. Chiusolo, *La riforma Fornero e il contratto a termine*, in *RCDL*, 2012, 2, 311;

²⁷³ cfr. *amplius*, par 9.

Il maggior favore dimostrato ai datori di lavoro è stato, però, temperato con l'obbligo di comunicare ai Centri per l'impiego la continuazione del rapporto entro la scadenza del termine originariamente pattuito²⁷⁴: proprio quest'ultimo onere, inteso a garantire una maggiore trasparenza nella prassi della prosecuzione di breve durata del rapporto, ha fatto venir meno la ampia efficacia sanante che la previgente disciplina ammetteva, circoscrivendo gli effetti alle sole ipotesi di prosecuzione programmata in cui il datore di lavoro esprime l'esigenza di continuazione, in relazione al definitivo compimento dell'opera cui il lavoratore era stato assegnato originariamente²⁷⁵.

6. (segue): intervalli minimi e durata massima dell'impiego a termine

Il tentativo di bilanciare la più ampia flessibilità ammessa con i contratti a termine «acausalmente», avviene in tema di riassunzione del lavoratore già impiegato a termine, attraverso l'estensione degli intervalli minimi di tempo entro i quali non è possibile al datore di lavoro procedere alla rinnovazione del rapporto con il medesimo lavoratore (commi 3 – 4 art. 5 d.lgs. n. 368/2001).

Sebbene con il rischio di ingenerare ulteriori problemi alla rioccupazione dei lavoratori, e all'implementazione del fenomeno del *turn over* della manodopera, il legislatore, in linea con l'orientamento giurisprudenziale europeo (v. *supra*, par. 4), estende sino a 60 giorni per i contratti sino a sei mesi, e a 90 giorni per i contratti di durata superiore, gli intervalli nei quali il lavoratore non può essere rioccupato²⁷⁶.

Le modifiche all'art. 5, comma 3, hanno, inoltre, rimesso la facoltà alla contrattazione collettiva nazionale e decentrata, in via delegata²⁷⁷, e in assenza al Ministero del lavoro²⁷⁸, di diminuire tali intervalli a 20 giorni o 30 giorni (rispettivamente per contratti di durata inferiore o superiore a 6 mesi), nelle ipotesi espressamente indicate nella stessa disposizione, ovvero per le attività stagionali, e/o nei casi che, la stessa contrattazione collettiva, abbia individuato in via ulteriore e differente, rispetto a quelle legate ai processi organizzativi già richiamati nella disposizione²⁷⁹.

²⁷⁴ Secondo le modalità definite nel d. m. 10 ottobre 2012, pubblicato in *GU* n. 251 del 26 ottobre 2012, ed entrato in vigore il 25 novembre 2012.

²⁷⁵ cfr. le varie opinioni P. Tosi, *Il contratto a tempo determinato dopo la legge n. 92/2012*, in *CSDLE*, 2012, n. 154, 5; G. Franza, *La riforma del lavoro a tempo determinato*, in (a cura di G. Pellacani), *Riforma del lavoro. Tutte le novità introdotte dalla legge 28 giugno 2012, n. 92*, 63; R. Voza, *Il lavoro a tempo determinato dopo la Riforma Fornero*, cit., 1147; L. Menghini, *Contratto a termine (art. 1, commi 9 -13, l. n. 92/2012, cit., 934.*

²⁷⁶ In senso critico rispetto all'allargamento degli intervalli minimi, v. in particolare, G. Franza, *La riforma del lavoro a tempo determinato*, cit., 64.

²⁷⁷ Il riferimento è ai contratti collettivi di cui all'art. 1, comma 1 bis, d.lgs. n. 368/2001, quelli cioè stipulati dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale.

²⁷⁸ Cui è lasciato il compito, in via sostitutiva, decorsi dodici mesi dalla entrata in vigore della disposizione, sentite le organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, di provvedere ad individuare le specifiche condizioni in cui possono operare le prefate riduzioni.

²⁷⁹ I casi previsti direttamente nella disposizione, nei quali possono intervenire in via sostitutiva al Ministero del lavoro, gli accordi interconfederali o di categoria (o in via delegata a livello decentrato), sono: assunzione a termine nell'ambito di un processo organizzativo determinato; avvio di una nuova attività; lancio di un prodotto o di un servizio innovativo; implementazione di un rilevante cambiamento tecnologico; fase supplementare di un significativo progetto di ricerca e sviluppo; rinnovo o proroga di una commessa consistente; le altre due ipotesi richiamate nella disposizione riguardano, la prima, le attività stagionali di cui al comma 4 ter, art. 5, e la seconda, tutti gli altri casi ulteriori indicati dalla contrattazione collettiva stipulata dalle organizzazioni comparativamente più rappresentative a livello nazionale, e sono entrambe state aggiunte dall'art. 46 bis, comma 1, lett. a) del d.l. 22 giugno 2012, n. 83,

Come anticipato, in applicazione del sistema di tutela previsto dal legislatore comunitario, è stato, inoltre, imposto come ulteriore antidoto contro la proliferazione di successivi contratti a termine che, il calcolo del periodo massimo di 36 mesi di impiego massimo presso lo stesso datore di lavoro, avvenga cumulando con i periodi di lavoro a termine, anche quelli di somministrazione a tempo determinato svolti per mansioni equivalenti, ammettendosi che lo scostamento in caso di riassunzione possa estendersi sino a trenta giorni, così come previsti per il caso di continuazione del contratto a tempo determinato inferiore a 6 mesi (v. art. 5, comma 2 d.lgs. n. 368/2001)²⁸⁰.

7. (segue): termini di impugnazione e indennità risarcitoria

A decorrere dal 1 gennaio 2013, è stato raddoppiato il termine di decadenza per l'impugnazione stragiudiziale della nullità del termine apposto al contratto, passato da sessanta a centoventi giorni (art. 1 commi 11 e 12, l. n. 92/2012 che modifica l'art. 32, comma 3, l. n. 183/2010). L'opportunità della modifica è stata confermata dagli interpreti per diverse ragioni, tra cui, la più significativa, riguarda l'indiscusso rischio che ne derivava per il lavoratore, nel caso in cui non fosse stato in grado di informarsi circa le modalità e i termini di esercizio del suo diritto di impugnativa ovvero quando fosse ancora in attesa di una riassunzione da parte dello stesso datore di lavoro, con il completo svilimento, in tali casi, del suo diritto di difesa, per essere la sua azione assoggettata ad un termine di decadenza di troppo breve durata²⁸¹.

Nel modificare i termini di decadenza per i casi di nullità nell'apposizione del termine al contratto di lavoro, nella seconda parte della lett. a), comma 11, art. 1, legge n. 92/2012, è stata prevista, inoltre, la riduzione a centottanta giorni del termine per il deposito del ricorso innanzi al giudice del lavoro, decorrente dalla data della iniziale impugnativa stragiudiziale²⁸², e che ha lasciato applicata la dilazione a duecentosettanta giorni, già prevista nella previgente versione dell'art. 32, comma 3, lett. d), l. n. 183/2010, per i soli contratti impugnati in via stragiudiziale entro il 1 gennaio 2013.

La rilevanza giuridica della doppia scadenza per l'impugnativa della nullità del termine, ai sensi della lett. a), comma 3, art. 32, l. n. 183/2010 (come modificato dal lett. a), comma 11, art. 1, l. n. 92/2012), riguarda le sole violazioni relative agli artt. 1, 2, e 4 d.lgs. n. 368/2001, senza che, pertanto, i termini di decadenza summenzionati siano estensibili anche alle altre ipotesi, richiamate

convertito, con modifiche nella legge 7 agosto 2012, n. 134, che ha modificato l'art. 1, comma 9, lett. h) l. n. 92/2012 (cfr. *etiam* circ. n.27 del 7/11/2012).

²⁸⁰ Sebbene nel limite derivante dal fatto che il prolungamento oltre i 36 mesi avvenga solo nel caso di utilizzo di un successivo contratto a termine, considerato che, oggetto di conversione, non possa anche essere anche il contratto di somministrazione ex art. 22, comma 2, d.lgs. n. 276/2003 (interpello 32/2012; cfr. V. Speciale, *La riforma del contratto a termine nella legge 28 giugno 2012, n.92*, cit., 23).

²⁸¹ cfr. V. Speciale, *La riforma del contratto a termine nella legge 28 giugno 2012, n.92*, cit., 27; G. Franza, *La riforma del lavoro a tempo determinato*, cit., 69; R. Voza, *Il lavoro a tempo determinato dopo la Riforma Fornero*, cit. 1148; *contra* P. Tosi, *Il contratto a tempo determinato dopo la legge n. 92/2012*, cit. 9.

²⁸² La sommatoria del doppio termine di decadenza passa, così, dai 330 giorni previsti nella precedente disciplina (60+270), ai 300 giorni (120+180) ricavabili dalle norme sancite con la l. n. 92/2012, con una riduzione che, in dottrina, è stata scrutinata come causa di peggioramento della situazione del lavoratore; cfr. V. Speciale, *La riforma del contratto a termine nella legge 28 giugno 2012, n.92*, cit., 25.

agli artt. 3 e 5, d.lgs. n. 368/2001, la cui maggiore gravità, ha continuato a giustificare l'esercizio del diritto di impugnativa nel solo termine ordinario di prescrizione quinquennale²⁸³.

Anche il diverso problema relativo alla quantificazione del risarcimento del danno per il nocu-mento patito dal lavoratore, in conseguenza dell'illegittimità del termine apposto al contratto di lavoro, è stato scrutinato con la riforma Fornero, che, sulla questione, ha introdotto una disposi-zione di interpretazione autentica, in modo da porre fine alle divergenze interpretative emerse sino ad allora²⁸⁴.

La misura della indennità risarcitoria, per effetto del combinato disposto dei commi 5 e 7, art. 32, della l. n. 183/2010, è stata circoscritta, con applicazione sin dai giudizi in corso alla data di entrata in vigore della legge (fissata per il 24 novembre 2010), tra 2,5 e 12 mensilità, da liquidarsi in tutti i casi di conversione del rapporto per nullità del termine²⁸⁵. La predisposizione di un limite certo alla misura massima indennizzabile, era finalizzato a frenare, da un lato, la prassi in voga tra i lavoratori, di esercitare con ritardo il potere di impugnativa del contratto, in modo da soddisfarsi di un maggiore risarcimento del danno, e dall'altro, a far venire meno il pregiudizio che, le lun-gaggini processuali tipiche di alcuni uffici giudiziari, potevano causare sull'andamento dell'attività di impresa del datore di lavoro, vista l'incertezza che, in tali casi, caratterizzava la misura del risarcimento da corrispondere.

Ciò nonostante, la giurisprudenza di merito aveva interpretato in diverso modo la disposizione, sostenendo, comunque, la legittimità di una riparazione integrale del danno subito dal lavoratore, e arrivando ad ammettere la quantificazione della indennità in via aggiuntiva al risarcimento del danno regolato dal diritto comune²⁸⁶.

Ai problemi connessi alla corretta interpretazione della disposizione, si erano aggiunte le censure di illegittimità costituzionale avanzate dalla Corte di legittimità e dal Tribunale di Trani²⁸⁷, che

²⁸³ In relazione alla preesistente disposizione sancita alla lett. d), comma 3, art. 32, l. n. 183/2010, tra i fautori della estensione, in via interpretativa, della decadenza anche alle altre ipotesi non espressamente menzionate cfr. P. Tosi, *Il contratto di lavoro a tempo determinato nel "Collegato lavoro" alla legge finanziaria* in *RIDL*, 2010, 3, 475; G. Mimmo, *Decadenza e regime sanzionatorio: come il "collegato lavoro" ha modificato la disciplina del contratto a termine*, in *ADL*, 2011, 1, 88; *contra*, S. Giubboni, *Il contratto di lavoro a tempo determinato nella legge n 183 del 2010*, in *RIDL*, 2011, 2, 227; con riferimento alla vigente disposizione della lett. a), comma 3, l. n. 183/2010 (come modificato dal lett. a), comma 11, art. 1, l. n. 92/2012), a favore della applicazione della decadenza ai soli casi di illegittimità richiamati nella disposizione cfr. V. Speciale, *La riforma del contratto a termine nella legge 28 giugno 2012, n.92*, cit., 28.

²⁸⁴ cfr. A. Vallebona, *La riforma del lavoro 2012*, cit., 21; G. Franza, *La riforma del lavoro a tempo determinato*, cit., 67; L. Menghini, *Contratto a termine (art. 1, commi 9-13, l. n. 92/2012)*, cit., 935.

²⁸⁵ cfr. P. Tosi, *Il contratto a tempo determinato nel "collegato lavoro" alla legge finanziaria* in *RIDL*, 2010, II, 473; L. Menghini, *Le decadenze per l'impugnazione del recesso, del trasferimento geografico e del trasferimento d'azienda* in M. Miscione, D. Garofalo (a cura di), *Il Collegato lavoro 2010*, Ipsoa, Milano, 2011, 365.

²⁸⁶ Sebbene la giurisprudenza di legittimità abbia sostenuto all'unanimità la regola della esclusività dell'indennità risarcitoria per la fase precedente alla pronuncia del giudice (cfr. Cass. 31 gennaio 2012, n. 1411; Cass. 2 marzo 2012, n. 3305; Cass. 2 aprile 2012, n. 5241), nella giurisprudenza di merito si sono affermate interpretazioni che hanno ammesso la sommatoria tra indennità e risarcimento del danno in base alle regole della *mora accipiendi* (cfr. Trib. Busto Arsizio, sentenza 29 novembre 2010, n. 528 in *GL*, 2010, 18; Trib. Napoli sentenza 16 novembre 2011 e App. Roma sentenza 2 febbraio 2012, n. 267 in *MGL*, 2012, 348; App. Torino, sentenza 2 dicembre 2011, n. 1519).

²⁸⁷ v. Cass. (ord.) 20 gennaio 2011, n. 2112, in *RIDL*, 2011, II, 770, e Trib. Trani (ord.), 20 dicembre 2010, in *RCDL*, 2010, 1039; in dottrina sulla costituzionalità delle norme cfr. P. Tosi, *Il contratto di lavoro a tempo determinato nel "collegato lavoro" alla legge finanziaria*, in *RIDL*, 2010, I, 480; S.P. Emiliani, *La nuova indennità per la conversione del contratto di lavoro a tempo determinato* in

avevano evidenziato i profili di irragionevolezza del trattamento indennitario come quantificato *ex lege*, rispetto al più cospicuo risarcimento ricavabile dal regime della nullità di diritto comune; la pronuncia della Corte Costituzionale che ne era seguita²⁸⁸, nel rigettare le censure di illegittimità avanzate, aveva accolto la *ratio* legislativa, isolando anche le regole fondamentali da utilizzare per il corretto esercizio delle modalità di liquidazione del danno al lavoratore; è, infatti, emerso che: a) la integralità della riparazione e la equivalenza della stessa al pregiudizio cagionato al danneggiato non hanno copertura costituzionale²⁸⁹ b) che il periodo cui è riferibile il danno forfezzato dalla indennità, copre soltanto il cosiddetto periodo «intermedio», ricavabile cioè dalla data di scadenza del termine fino alla sentenza che accerta la nullità di esso e dichiara la conversione del rapporto b) che il nuovo regime risarcitorio non ammette la detrazione dell'aliunde perceptum, attribuendo al lavoratore la indennità indipendentemente dall'effettività del danno sopportato, anche, quindi, quando questi abbia reperito prontamente un'altra occupazione.

In tale contesto, l'intervento del legislatore di cui al comma 13, art. 1, l. n. 92/2012, è servito ad offrire una interpretazione autentica del comma 5, art. 32, l. n. 183/2010, a supporto della posizione già assunta dalla Corte Costituzionale, in modo da porre un vincolo alle scelte dei giudici di merito, che, di fatto, anche dopo l'intervento dei giudici costituzionali, si erano discostati dal loro orientamento²⁹⁰. Nel dettato della disposizione è specificato che l'indennità «ristora per intero il pregiudizio subito dal lavoratore, comprese le conseguenze retributive e contributive relative al periodo compreso fra la scadenza del termine e la pronuncia del provvedimento con il quale il giudice abbia ordinato la ricostituzione del rapporto», e, come correttamente avanzato in dottrina, giustificando la tesi della inesistenza del rapporto nello stesso periodo indicato, suffragata dall'espressa esclusione dall'obbligo contributivo, e dall'utilizzo della parola «ricostituzione»²⁹¹, che ha permesso di ritenere, tale lasso di tempo, come inutilizzabile anche ai fini dell'anzianità di servizio.

8. (segue): l'inasprimento contributivo come monetizzazione dell'instabilità del rapporto

Il bilanciamento tra un utilizzo del contratto a termine (così come delle altre forme contrattuali flessibili), finalizzato all'esclusivo perseguimento degli obiettivi di produttività aziendale ovvero mitigato dalla esigenza di attenuare gli effetti della precarietà del lavoro, è stato, sempre, tentato attraverso la previsione di strumenti normativi che, con più o meno efficacia hanno, nell'ultimo decennio, integrato e/o modificato l'impianto della disciplina del d.lgs. n.368/2001.

NLCC, 2011, 212; cfr. *etiam* Cass. sentenza 9 gennaio 2010, n. 839 in *DRI*, 2010, 1132 con nota di E. Mastinu, *I giudici e la legge sull'inerzia del lavoratore successiva alla scadenza del contratto a termine illegittimamente apposto*.

²⁸⁸ cfr. Corte Cost. sentenza 11 novembre 2011, n. 301, con nota adesiva di A. Bollani, A. Corvino, *Discrezionalità del legislatore e bilanciamento di interessi: il regime indennitario dell'art. 32, commi 5, 6, e 7, legge n. 183/2010, supera il vaglio di costituzionalità (?)*, in *DRI*, 2011, 4, 1103; *etiam* A. Vallebona, in *DLM*, 2011, 3, 535; in senso critico Saracini, in *DLM*, 2011, 3, 535; L. Menghini, in *RGL*, 2012, 2, 31.

²⁸⁹ cfr. *etiam* Corte Cost. n. 199/2005; Corte Cost. 420/1991.

²⁹⁰ cfr. Trib. Napoli sentenza 16 novembre 2011 e App. Roma sentenza 2 febbraio 2012, n. 267 in *MGL*, 2012, 348; App. Torino, sentenza 2 dicembre 2011, n. 1519.

²⁹¹ cfr. A. Vallebona, *La riforma del lavoro 2012*, cit., 22; circ. INPS n. 40/2011.

Se sino ad oggi si è registrata la tendenza a modificare la struttura dell'istituto, a seconda della volontà politica di aumentare o diminuire il grado di rigidità normativa, l'intervento della l. n. 92/2012, in diverso modo, ha attribuito valore determinante al «costo» della flessibilità, prevenendo una monetizzazione per la instabilità cui si costringe il lavoratore quando utilizzato in un rapporto di lavoro subordinato non standard.

Con l'art. 2, comma 28, l. n. 92/2012, e al di fuori dei casi richiamati nel successivo comma 29²⁹², è previsto un aggravio contributivo a carico del datore di lavoro, per l'impiego di manodopera flessibile, fissato nella misura dell'1,4 % della retribuzione imponibile ai fini previdenziali. Tale previsione rappresenta un primo profilo di cambiamento rispetto alle misure che sino ad oggi il legislatore ha adottato per favorire lo sviluppo di una flessibilità del lavoro di «qualità»; con essa potrà essere perseguito l'obiettivo di disincentivare l'utilizzo dei contratti flessibili sotto un duplice profilo: in via automatica, onerando il datore di lavoro di un costo aggiuntivo, rispetto a quanto necessario per una assunzione a tempo indeterminato, ed, inoltre, in via indiretta, con la previsione del successivo comma 30, art. 2, l. n. 92/2012, che stabilisce la restituzione del contributo addizionale già versato, nella misura delle ultime 6 mensilità, in caso di trasformazione del contratto a tempo indeterminato alla scadenza del precedente rapporto a termine, ovvero la restituzione di un numero di mensilità pari al periodo, tra la cessazione del rapporto e la successiva assunzione a tempo indeterminato, in caso di riassunzione entro 6 mesi dalla cessazione del precedente rapporto a termine²⁹³.

L'aumento del «costo» della flessibilità, inaugurato con la riforma Fornero, ha permesso di imboccare una strada nuova, per un più efficace «controllo» sull'utilizzo dei contratti di lavoro non standard; a differenza delle conseguenze a carattere normativo, come la conversione del rapporto come a tempo indeterminato, che, in quanto misura sanzionatoria, non ha in sé i requisiti della misura di politica «attiva» del lavoro²⁹⁴, l'aggravio contributivo, seppur di modesta entità, attraverso una diretta incidenza sulle scelte datoriali in sede di assunzione, può rappresentare un primo antidoto per riportare le forme contrattuali flessibili nell'alveo della «straordinarietà».

9. La disciplina applicabile alle start up innovative

Al recepimento degli indirizzi europei, e al *favor* per una diffusione qualitativa dell'istituto, si è aggiunta una ulteriore causa che ha giustificato nuove modifiche all'impianto del contratto a termine. Con la nuova regolazione delle start up innovative, è stata prevista la facoltà di utilizzare, quale strumento di assunzione, il contratto a tempo determinato, secondo i tratti di una disciplina *ad hoc* che, in deroga alla disciplina generale, potesse permettere alla nuova imprenditoria del

²⁹² Le esclusioni espressamente previste nella disposizione riguardano: a) i lavoratori assunti in sostituzione di lavoratori assenti; b) i lavoratori assunti a termine per lo svolgimento di attività stagionali di cui al decreto d.p.r. 7 ottobre 1963, n. 1525, nonché, per i periodi contributivi maturati dal 1 gennaio 2013 al 31 dicembre 2015, di quelle definite dagli avvisi comuni e dai contratti collettivi nazionali stipulati entro il 31 dicembre 2011 dalle organizzazioni dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative; c) gli apprendisti d) i lavoratori dipendenti delle pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 30 marzo 2001, n. 165 e successive modificazioni.

²⁹³ v. art. 2, comma 30, l. n. 92/2012; cfr. R. Voza, *Il lavoro a tempo determinate dopo la Riforma Fornero*, cit., 1149.

²⁹⁴ S. Cortellazzi, S. Spreafico, *Il lavoro sostenibile. Politiche del lavoro, territorio e sviluppo locale*, Franco Angeli, 2005, 59.

settore delle tecnologie, di instaurare con più facilità rapporti di lavoro e, quindi, di avviare la propria attività di impresa²⁹⁵.

Per il riconoscimento dello *status* di start up innovativa, secondo la definizione sancita all'art. 25, l. n. 221/2012, è previsto che l'impresa abbia la forma della società di capitali di diritto italiano (ovvero delle società europee residenti in Italia ex art. 73 d.p.r. 22 dicembre 1986 n. 917), e che sia stata costituita da non oltre 48 mesi, per un oggetto sociale che, in via esclusiva o prevalente, riguardi «lo sviluppo, la produzione e la commercializzazione di prodotti o servizi innovativi ad alto contenuto tecnologico».

Nel rispetto dei predetti requisiti, e di tutti gli altri disposti nello stesso comma 2, dell'art. 25²⁹⁶, per un periodo massimo di 4 anni²⁹⁷, alle imprese così titolate è stato concesso di avvalersi di un regime agevolato per la stipula di rapporti di lavoro a termine, in deroga all'impianto del d.lgs. n. 368/2001; in particolare, i vantaggi per le start up, per come indicati all'art. 28, d.l. n. 179/2012, convertito con modifiche nella l. n. 221/2012, riguardano: a) la presunzione di sussistenza delle causali ex art. 1 comma 1, d.lgs. n. 368/2001²⁹⁸, per tutti i contratti di durata minima di sei mesi

²⁹⁵ Per una disamina completa delle misure incentivanti previste in tema di assunzione per le start up innovative cfr. E. Massi, *Incentivi alle assunzioni dopo la legge Fornero*, in *DPL*, 2013, 7, 3.

²⁹⁶ Ove è data una definizione completa di start up innovativa, intesa come «la società di capitali, costituita anche in forma cooperativa, di diritto italiano ovvero una Società Europea, residente in Italia ai sensi dell'art. 73 del decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, le cui azioni o quote rappresentative del capitale sociale non sono quotate su un mercato regolamentato o un sistema multilaterale di negoziazione, che possiede i seguenti requisiti: a) i soci, persone fisiche, detengono al momento della costituzione e per i successivi ventiquattro mesi, la maggioranza delle quote o azioni rappresentative del capitale sociale e dei diritti di voto nell'assemblea ordinaria dei soci; b) è costituita e svolge attività di impresa da non più di quarantotto mesi; c) ha la sede principale dei propri affari e interessi in Italia; d) a partire dal secondo anno di attività della start up innovativa, il totale del valore della produzione annua, così come risultante dall'ultimo bilancio approvato entro sei mesi dalla chiusura dell'esercizio, non è superiore a 5 milioni di euro; e) non distribuisce, e non ha distribuito utili; f) ha, quale oggetto sociale esclusivo o prevalente, lo sviluppo, la produzione e la commercializzazione di prodotti o servizi innovativi ad alto valore tecnologico; g) non è stata costituita da una fusione, scissione societaria o a seguito di cessione di azienda o di ramo di azienda; h) possiede almeno uno dei seguenti ulteriori requisiti: 1) le spese in ricerca e sviluppo sono uguali o superiori al 20 per cento del maggiore valore fra costo e valore totale della produzione della start up innovativa. Dal computo per le spese in ricerca e sviluppo sono escluse le spese per l'acquisto e la locazione di beni immobili. Ai fini di questo provvedimento, in aggiunta a quanto previsto dai principi contabili, sono altresì, da annoverarsi tra le spese in ricerca e sviluppo del business plan, le spese relative allo sviluppo precompetitivo e competitivo, quali sperimentazione, prototipazione e sviluppo del business plan, le spese relative ai servizi di incubazione forniti da incubatori certificati, i costi lordi di personale interno e consulenti esterni impiegati nelle attività di ricerca e sviluppo, inclusi i soci ed amministratori, le spese legali per la registrazione e protezione di proprietà intellettuale, termini e licenze d'uso. Le spese risultano dall'ultimo bilancio approvato e sono descritte in nota integrativa. In assenza di bilancio nel primo anno di vita, la loro effettuazione è assunta tramite dichiarazione sottoscritta dal legale rappresentante della start-up innovativa; 2) impiego come dipendenti o collaboratori a qualsiasi titolo, in percentuale uguale o superiore al terzo della forza lavoro complessiva, di personale in possesso di titolo di dottorato di ricerca o che sta svolgendo un dottorato di ricerca presso un'università italiana o straniera, oppure in possesso di laurea e che abbia svolto, da almeno tre anni, attività di ricerca certificata presso istituti di ricerca pubblici o privati, in Italia o all'estero; 3) sia titolare o depositaria o licenziataria di almeno una privativa industriale relativa a una invenzione industriale, biotecnologica, a una topografia di prodotto a semiconduttori o a una nuova varietà vegetale direttamente afferenti all'oggetto sociale e all'attività di impresa».

²⁹⁷ Ai sensi del comma 3 art. 25, è previsto, infatti, che «le società già costituite alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto e in possesso dei requisiti previsti dal comma 2, sono considerate start up innovative ai fini del presente decreto se entro 60 giorni dalla stessa data depositano presso l'Ufficio del registro delle imprese, di cui all'articolo 2188 del codice civile, una dichiarazione sottoscritta dal rappresentante legale che attesti il possesso dei requisiti previsti dal comma 2. In tal caso, la disciplina di cui alla presente sezione trova applicazione per un periodo di quattro anni dalla data di entrata in vigore del presente decreto, se la start-up innovativa è stata costituita entro i due anni precedenti, di tre anni, se è stata costituita entro i tre anni precedenti, e di due anni, se è stata costituita entro i quattro anni precedenti».

²⁹⁸ Nonché per rapporti instaurati in regime di somministrazione la presunzione di sussistenza delle stesse ragioni richiamate all'art. 20 comma 4 d.lgs. n. 276/2003.

e massima di trentasei; b) l'assenza di limiti temporali minimi per la successione di più contratti, in deroga ai commi 3 e 4 dell'art. 5, d.lgs. n. 368/2001; c) la esenzione dalle limitazioni quantitative previste all'art. 10, comma 7, del d.lgs. n. 368/2001.

Rispetto al punto *sub a)* occorre sottolineare che, le ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, richieste ai sensi dell'art. 1, comma 1, del d.lgs. n. 368/2001, sono intese come *sussistenti* in via presuntiva, se il contratto a termine è stipulato da una start up innovativa, per lo svolgimento di attività inerenti o strumentali all'oggetto sociale della stessa (sviluppo, produzione e commercializzazione di prodotti o servizi innovativi ad altro valore tecnologico), permettendo al datore di lavoro di essere esonerato dalla indicazione delle ragioni di giustificazione, per il periodo di quattro anni (nei casi di società di nuova costituzione o quando la start up sia stata costituita entro i due precedenti alla data del 18 ottobre 2012, di entrata in vigore del decreto legge n. 179/2012), ovvero per il più breve periodo di tre o due anni (per le società costituite rispettivamente nei tre o quattro anni precedenti alla stessa data del 18 ottobre 2012)²⁹⁹.

La presunzione legale di sussistenza della causale, nella sua finalità di matrice europea, volta allo sviluppo tecnologico e all'occupazione, in particolare giovanile, è assoggettata al controllo giudiziale nel solo caso sia accertata l'assenza dei requisiti per l'inquadramento dell'impresa come start up innovativa indicati all'art. 25, commi 2 e 3, ipotesi che giustifica l'adozione per i rapporti già instaurati, della disciplina generale in tema di contratto a tempo determinato, e la necessità di valutare in concreto la sussistenza e/o la indicazione in forma scritta delle ragioni di giustificazione (art. 28, comma 9, l. n. 221/2012)³⁰⁰.

Sotto il profilo *sub b)*, è il comma 3, art. 28, l. n. 221/2012 che prevede la possibilità di stipula di contratti a termine, per lo svolgimento delle medesime attività relative dall'oggetto sociale dell'impresa, anche senza soluzione di continuità, derogando il disposto dell'art. 5, comma 4, d.lgs. n. 368/2001, e, in conseguenza, senza che rilevino neppure gli intervalli minimi previsti ai sensi del comma 3, art. 5. Lo stesso comma 3, art. 28, ha stabilito, inoltre, la possibilità di stipulare un successivo contratto a termine, anche in deroga al limite di durata massima di trentasei mesi³⁰¹, per un periodo estensibile sino ad ulteriori dodici mesi, a condizione che la stipulazione avvenga presso la Direzione provinciale del lavoro competente per territorio.

I limiti normativi stabiliti per l'ipotesi di successione di contratti a tempo determinato, nelle imprese titolate come start up innovative, si rinvencono nei successivi commi 4 e 5, dell'art. 28, ove è sanzionata la pluralità di rapporti a termine stipulati tra le stesse parti, quando abbiano «complessivamente superato i trentasei mesi, comprensivi di proroghe o rinnovi, o la diversa maggiore durata stabilita a norma del comma 3» (comma 4), ovvero quando i suddetti limiti siano superati, per effetto della prosecuzione, del rinnovo ovvero della trasformazione dei contratti a termine in «contratti di collaborazione privi dei caratteri della prestazione d'opera o professionale» (comma

²⁹⁹ Come si desume dal combinato disposto dell'art. 28, comma 1, e art. 25, comma 3, l. n. 221/2012.

³⁰⁰ Nel senso della immediata conversione del rapporto come a tempo indeterminato cfr. M. Macculi, *Il lavoro nelle start – up innovative: le novelle del decreto Sviluppo – bis*, in *Guida al lavoro. Il sole 24 ore*, n. 43, 31.

³⁰¹ Tenuto conto del periodo di impiego avvenuto con contratti a termine stipulati a norma, sia dell'art 28, l. n. 221/2012, sia del d.lgs. n. 368/2001 e di altre disposizioni di legge.

5). Ai sensi del combinato disposto dei due commi è, infatti, prevista la trasformazione³⁰², ogni qualvolta per effetto di contratti a termine stipulati tra le parti, ai sensi della l. n. 221/2012 ovvero a norma del d.lgs. n. 368/2001 o di altre disposizioni di legge, siano superati i limiti temporali massimi previsti³⁰³, ritenendo, inoltre, come computabili anche i periodi in cui il lavoratore è stato impiegato con lavoro a partita iva o con rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, anche a progetto, quando tali modelli contrattuali sia stato accertato essere stati utilizzati in elusione delle rispettive norme stabilite negli artt. 69 e art. 69 bis del d.lgs. n. 276/2003 (come riformati dalla l. n. 92/2012)³⁰⁴.

Rispetto al punto *sub c)*, viene in rilievo l'inclusione dei contratti a termine stipulati da start up, come tra le ipotesi esonerate dal rispetto dei limiti quantitativi che la contrattazione collettiva nazionale è delegata, ai sensi dell'art. 10 comma 7, d.lgs. n. 368/2001, a introdurre al fine di limitare il numero di assunzioni a termine ammesse da parte dello stesso datore di lavoro. All'art. 28, comma 3, d.l. n. 179/2012, in sede di conversione nella l. n. 221/2012, è stato, infatti, aggiunto l'inciso che stabilisce di esentare tali contratti, assimilando tale ipotesi a quelle indicate nei commi 7 e 8, art. 10 d.lgs. n. 368/2001³⁰⁵.

Per tutto quanto non espressamente previsto dai commi 1, 2, 3, 4, 5, dell'art. 28, il successivo comma 6, richiama l'applicabilità delle disposizioni del d.lgs. n. 368/2001 e, per la somministrazione di manodopera, del capo I del titolo III d.lgs. n. 276/2003, ammettendo che «la chiusura del sistema» avvenga per tramite del rinvio alla disciplina generale del contratto a tempo determinato.

Gli effetti più consistenti di tale rinvio, riguardano la applicabilità anche per questa tipologia «eccezionale» di contratto temporaneo, delle garanzie che già caratterizzano l'assetto generale

³⁰² In assenza di un riferimento espresso che ammetta come *dies a quo* per ritenere il rapporto trasformato come a tempo indeterminato, in applicazione del comma 6, art. 28 l. n. 221/2012, che per quanto non espressamente previsto nella legge n. 221/2012 richiama la disciplina generale del d.lgs. n. 368/2001, la data di decorrenza può essere desunta dal combinato disposto del comma 4 bis e del comma 2, art. 5 d.lgs. n. 368/2001, che ammettono come convertito il rapporto proseguito per oltre 30 giorni dalla data di scadenza, con decorrenza dal predetto termine.

³⁰³ Nel predetto computo vanno inclusi anche i periodi di missione in somministrazione ex art. 20, comma 4, d.lgs. n. 276/2003, ritenuto che il comma 4 dell'art. 28, l. n. 221/2012, fa riferimento alla successione di contratti a termine avvenuta anche «a norma del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, o di altre disposizioni di legge», ammettendosi, così, il richiamo del nuovo comma 4bis, art. 5 d.lgs. n. 368/2001 (v. par. 6 del presente lavoro); *contra*, M. Macculi, *Il lavoro nelle start – up innovative: le novelle del decreto Sviluppo – bis*, cit., 31, nota 12.

³⁰⁴ cfr. F. Santoro Passarelli, *Lavoro a progetto e partita iva nella riforma del lavoro 2012*, cit., 944; P. Polliani, *Rapporto di lavoro autonomo: la riforma "Fornero" contro l'abuso delle partite iva*, cit., 20; G. De Summa e U. Cipollone, *Il lavoro autonomo a "partita iva"* in (a cura di) P. Stern, *I nuovi contratti di lavoro*, cit., 97.

³⁰⁵ Al comma 7 si fa riferimento alle assunzioni a termine disposte: a) nella fase di avvio di nuove attività [...]; b) per ragioni di carattere sostitutivo e di stagionalità [...]; c) per specifici spettacoli [...] d) con lavoratori di età superiore a 55 anni; nel successivo comma 8 si richiamano come esentati da limitazioni quantitative i contratti a tempo determinato non rientranti nelle tipologie di cui al comma 7, di durata non superiore a sette mesi [...], ovvero non superiore alla maggiore durata definita dalla contrattazione collettiva con riferimento a situazioni di maggiore difficoltà per specifiche aree geografiche, sempre che non vi sia stato negli ultimi 6 mesi la stipula di un precedente rapporto a termine tra le stesse parti per lo svolgimento delle medesime prestazioni.

dell'istituto; in particolare rimangono applicabili anche alle start up: a) l'ipotesi di stipula di contratti a termine, secondo la disciplina generale, per i rapporti di durata inferiore a 6 mesi³⁰⁶; b) le conseguenze a carattere economico, normativo e regolamentare, già previste ai commi 1 e 2, 2 bis, art. 5 d.lgs. n. 368/2001, in tema di prosecuzione di fatto³⁰⁷; c) l'esercizio del diritto di precedenza di cui al comma 4 quater, art. 5 d.lgs. n. 368/2001, nelle assunzioni a tempo indeterminato effettuate entro i successivi dodici mesi dalla scadenza del contratto per lo svolgimento delle mansioni già espletate³⁰⁸; d) le regole in tema di decadenza per l'impugnativa del contratto nella versione introdotta dai commi 11 e 12 dell'art. 1, l. n. 92/2012³⁰⁹; e) l'indennità risarcitoria nella misura fissata dalla norma di interpretazione autentica di cui al comma 13, art. 1, l. n. 92/2012³¹⁰; f) la addizionale contributiva già prevista al comma 28, art. 2, n. 92 /2012, per tutti i rapporti di lavoro flessibili³¹¹.

³⁰⁶ Giusto l'inciso previsto al comma 3, art. 28, d.l. 179/2012, come aggiunto in sede di conversione nella l. n. 221/2012, e che, pertanto, deve ritenersi ammettere la stipula anche dei rapporti «acausali» o di quelli di cui allo stesso comma 1 bis, art. 1, d.lgs. n. 368/2001, rimessi alla determinazione della contrattazione collettiva.

³⁰⁷ La cui applicazione va, però, intesa come «residuale», visto l'ampio margine concesso alle start up di stipulare contratti a termine anche successivi.

³⁰⁸ Come introdotto dall'art. 1, comma 40, l. 24 dicembre 2007, n. 247 e successivamente modificato dall'articolo 21, comma 3, del d.l. 25 giugno 2008, n.112, come convertito con modifiche dalla legge 6 agosto 2008, n.133.

³⁰⁹ cfr. *infra*, par. 7.

³¹⁰ *Ibidem*, par. 7.

³¹¹ Considerato che nella versione convertita dalla l. n. 221/2012 dell'art. 28, d l. n. 179/2012, è stato espunto il riferimento per il quale «ai rapporti di lavoro a tempo determinato instaurati ai sensi del presente articolo non trova applicazione il contributo addizionale dell'1,4 % della retribuzione imponibile ai fini previdenziali, di cui all'articolo 2, comma 28, della legge 28 giugno 2012, n. 92».