

## LAVORO INTERMITTENTE: LA RIFORMA FORNERO INTRODUCE UNA INCISIVA RIFORMA DELL'ISTITUTO, DESTINATA A LIMITARNE L'UTILIZZO E L'ABUSO.

In due commi dell'art. 1 della legge 92/2012 si consuma una profonda e, per molti versi, restrittiva, riforma dell'istituto del contratto di lavoro intermittente, introdotto nel nostro ordinamento dalla legge "Biagi" (D.Lgs. 276/2003) poi abrogato dall'art. 1, comma 45 della legge 247/2007, a sua volta abrogato dall'art. 39 del D.L. 112/2008 (che ripristinava la vigenza dell'istituto secondo l'originaria formulazione). Nella presente trattazione, il riferimento a specifici articoli, se non diversamente indicato, si intende effettuato al D.Lgs. 276/2003, modificato dalla legge 92/2012.

La tormentata storia di questo istituto testimonia una profonda avversione a un istituto estremamente flessibile e soggetto ad essere usato in maniera impropria e strumentale, se non sorretto da una adeguata opera di vigilanza e di supporto.

L'attuale legislatore, nell'ottica della promozione di una legislazione favorevole al "tipo" del contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, ha recepito le critiche mosse da una parte importante della dottrina e della prassi nei confronti di un istituto che, usato in modo scorretto, si è prestato – in effetti – ad abusi e facili strumentalizzazioni.

E', infatti, stato agevole per datori di lavoro scorretti e maliziosi, utilizzare questo strumento, pur nelle limitazioni di carattere soggettivo ed oggettivo al suo effettivo utilizzo, come una sorta di "salvagente" per regolarizzare parzialmente posizioni lavorative *border line*, consentendo (nella precedente formulazione) di far emergere nel libro unico del lavoro (LUL) solo una parte della effettiva prestazione lavorativa. Precipuamente allo scopo di reprimere un uso improprio e strumentale dell'istituto, il legislatore è intervenuto su un doppio binario: da un lato, ha ridotto la platea dei lavoratori che possono essere assunti con questo strumento (modificando i limiti di età che consentono l'assunzione al di fuori di ogni previsione contrattuale o legislativa, cd. requisito **soggettivo**), da un altro ha eliminato alcune ipotesi in cui era possibile ricorrere a detto istituto, anche in assenza del requisito soggettivo (cd. requisito **oggettivo**).

In particolare, la riforma ha modificato il requisito "soggettivo" consentendo l'assunzione di "... *soggetti*

*con più di cinquantacinque anni di età e con soggetti con meno di ventiquattro anni di età, fermo restando in tale caso che le prestazioni contrattuali devono essere svolte entro il venticinquesimo anno di età .."*

In precedenza, i limiti di età erano, rispettivamente, di venticinque e quarantacinque anni. La limitazione colpisce una rilevante platea di possibili lavoratori (confermando, peraltro, una formulazione che solleva non pochi dubbi, atteso che viene introdotta una fattispecie di risoluzione del contratto *ope legis*, per il solo fatto del superamento dell'età minima).

### Nozione. Indennità di disponibilità.

Il contratto di lavoro intermittente è un contratto di lavoro subordinato con il quale il lavoratore "... *si pone a disposizione di un datore di lavoro che ne può utilizzare la prestazione lavorativa ...*" entro determinati limiti, che si esamineranno *infra*. Il contratto deve essere stipulato per iscritto, ai fini probatori, e deve contenere le seguenti indicazioni (art. 35, comma 1):

- a) *indicazione della durata e delle ipotesi, oggettive o soggettive, previste dall'articolo 34 che consentono la stipulazione del contratto;*
- b) *luogo e la modalità della disponibilità, eventualmente garantita dal lavoratore, e del relativo preavviso di chiamata del lavoratore che in ogni caso non può essere inferiore a un giorno lavorativo;*
- c) *il trattamento economico e normativo spettante al lavoratore per la prestazione eseguita e la relativa indennità di disponibilità, ove prevista, nei limiti di cui al successivo articolo 36;*
- d) *indicazione delle forme e modalità, con cui il datore di lavoro è legittimato a richiedere l'esecuzione della prestazione di lavoro, nonché delle modalità di rilevazione della prestazione;*
- e) *i tempi e le modalità di pagamento della retribuzione e della indennità di disponibilità;*
- f) *le eventuali misure di sicurezza specifiche necessarie in relazione al tipo di attività dedotta in contratto.*

Nella indicazione degli elementi, le parti devono recepire le indicazioni contenute nei contratti collettivi, se esistenti.

La legge non indica una durata minima o massima della prestazione lavorativa affinché la stessa possa essere considerata discontinua per cui, laddove la prestazione sia resa per periodi di durata significativa, detti periodi, per potersi considerare effettivamente "discontinui o intermittenti", dovranno essere intervallati da una o più interruzioni, così che non vi sia una esatta coincidenza tra la "durata del contratto" e la "durata della prestazione" (così dispone la circolare del Ministero del Lavoro n. 20 del 1.8.2012).

Il contratto può essere stipulato anche a tempo determinato.

Il lavoratore intermittente è computato nell'organico dell'impresa, ai fini della applicazione di normative di legge, in proporzione all'orario di lavoro effettivamente svolto nell'arco di ciascun semestre (art. 39).

L'art. 38 sancisce il principio di "non discriminazione":

1. Fermi restando i divieti di discriminazione diretta e indiretta previsti dalla legislazione vigente, il lavoratore intermittente non deve ricevere, per i periodi lavorati, un trattamento economico e normativo complessivamente meno favorevole rispetto al lavoratore di pari livello, a parità di mansioni svolte.

2. Il trattamento economico, normativo e previdenziale del lavoratore intermittente è riproporzionato, in ragione della prestazione lavorativa effettivamente eseguita, in particolare per quanto riguarda l'importo della retribuzione globale e delle singole componenti di essa, nonché delle ferie e dei trattamenti per malattia, infortunio sul lavoro, malattia professionale, maternità, congedi parentali

Il contratto può prevedere l'obbligo per il lavoratore, dietro pagamento di una indennità di disponibilità, di rispondere alla eventuale chiamata, con un preavviso minimo comunque non inferiore a un giorno.

L'obbligo di rispondere alla chiamata **non** è un elemento essenziale del contratto e deve essere specificamente pattuito; a fronte di tale obbligo, che deve comunque essere circoscritto ad un determinato periodo di tempo, espressamente indicato nel contratto di lavoro intermittente (art. 35, comma 1, lett. a), il datore di lavoro è tenuto ad erogare una indennità di disponibilità, a copertura dell'impegno assunto dal lavoratore nell'arco di tempo nel quale potrebbe verificarsi l'ipotetica chiamata.

Le parti possono comunque stipulare un contratto intermittente **senza obbligo di rispondere alla chiamata e, di conseguenza, senza obbligo di erogare la relativa indennità**; in tal caso la **mancata risposta** alla chiamata **non potrà avere alcun effetto pregiudizievole** nei confronti del lavoratore.

In caso di chiamata, per la durata dell'effettiva prestazione lavorativa non verrà pagata la predetta indennità ma verranno retribuite le ore di effettivo lavoro. La misura dell'indennità è fissata dagli accordi collettivi e, in difetto, dal DM 10.3.2004 che dispone:

*la misura dell'indennità mensile di disponibilità, divisibile in quote orarie, corrisposta al lavoratore per i periodi nei quali lo stesso garantisce la disponibilità al datore di lavoro in attesa di utilizzazione, è determinata nel 20% della retribuzione prevista dal CCNL applicato.*

L'indennità di disponibilità, comprensiva dei ratei di mensilità aggiuntive, è imponible ai fini contributivi ed è onnicomprensiva di qualsiasi incidenza su istituti retributivi diretti e indiretti, sanciti da norme di legge o di contratto collettivo (art. 36, commi 2 e 3).

L'art. 38, comma 3, dispone espressamente:

Per tutto il periodo durante il quale il lavoratore resta disponibile a rispondere alla chiamata del datore di lavoro non è titolare di alcun diritto riconosciuto ai lavoratori subordinati né matura alcun trattamento economico e normativo, salvo l'indennità di disponibilità di cui all'articolo 36.

In caso di sospensione della prestazione lavorativa per malattia o per altra causa che renda impossibile

rispondere alla chiamata ed a condizione che il lavoratore abbia tempestivamente informato di ciò il datore di lavoro, l'indennità non è dovuta per il periodo della sospensione (art. 36, comma 4).

Nel caso in cui le parti abbiano concordato l'obbligo di rispondere alla chiamata con relativo diritto alla indennità di disponibilità, l'art. 36, comma 6 dispone:

*il rifiuto ingiustificato di rispondere alla chiamata può comportare la risoluzione del contratto, la restituzione della quota di indennità di disponibilità riferita al periodo successivo all'ingiustificato rifiuto, nonché un congruo risarcimento del danno nella misura fissata dai contratti collettivi o, in mancanza, dal contratto di lavoro.*

## Requisiti soggettivi e oggettivi

A seguito delle modifiche introdotte dalla legge 92/2012, è stata emenata la circolare ministeriale n. 18 del 18.7.2012, la quale elenca le ipotesi in cui si può fare ricorso al contratto di lavoro intermittente a fare data dal 18.7.2012:

a) per lo svolgimento di prestazioni di carattere discontinuo o intermittente, secondo le **esigenze individuate dai contratti collettivi** stipulati da associazioni dei datori e prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale, ovvero per periodi predeterminati nell'arco della settimana, del mese o dell'anno (art. 34, comma 1). I CCNL che hanno disciplinato tale fattispecie sono in numero assai ridotto e, con poche eccezioni, riguardano associazioni sindacali dei lavoratori non rappresentative;

b) in ogni caso con **soggetti con più di 55 o con meno di 24 anni**, fermo restando in tale caso che le prestazioni contrattuali devono essere svolte entro il 25° anno di età (art. 34, comma 2). Al momento della stipula del contratto, quindi, il lavoratore non deve avere ancora compiuto 24 anni; in tal caso, il rapporto di lavoro potrà protrarsi fino al giorno precedente il compimento del 25° anno di età;

c) ove la contrattazione collettiva non sia intervenuta, è possibile ricorrere al lavoro intermittente in relazione alle **attività elencate nella tabella approvata con il R.D. n. 2657/1923** (art. 40, comma 1). In allegato alla presente circolare è riportata integralmente la tabella che contiene le attività per le quali si può ricorrere al lavoro intermittente anche in assenza di specifica previsione della contrattazione collettiva. Alcuni CCNL hanno introdotto deroghe all'elencazione della tabella, escludendo alcune fattispecie incluse nella tabella tra quelle per le quali si può stipulare il contratto di lavoro intermittente (con un effetto restrittivo, in quanti riduce le casistiche applicabili).

La legge di riforma ha abrogato interamente l'art. 37 che prevedeva la possibilità di stipulare contratti di lavoro intermittente per prestazioni da rendere il fine settimana, ovvero nei periodi di ferie estive o delle vacanze natalizie e pasquali. La circolare ministeriale evidenzia come tale possibilità esista ancora, ma sia subordinata ad una specifica previsione dei contratti collettivi. Recita, infatti, il comma 1 dell'art. 34:

*Il contratto di lavoro intermittente può essere concluso per lo svolgimento di prestazioni di carattere discontinuo o intermittente, secondo le esigenze individuate dai contratti collettivi stipulati da associazioni dei datori e prestatori di lavoro comparativamente*

*più rappresentative sul piano nazionale o territoriale ovvero per periodi predeterminati nell'arco della settimana, del mese o dell'anno*

In realtà, la norma può essere intesa anche nel senso che la stipula del contratto sia consentita:

- secondo le esigenze individuate dai CCNL **ovvero**
- per periodi predeterminati nell'arco della settimana, del mese o dell'anno.

Se questa lettura fosse avvalorata (contro la tesi sostenuta dal Ministero del lavoro), allora si avrebbe la possibilità di stipulare contratti di lavoro intermittente anche al di fuori delle previsioni contrattuali, purché le prestazioni lavorative dedotte nel contratto siano limitate e specificamente riferite a periodi predeterminati nell'arco della settimana, del mese o dell'anno. In assenza di indicazioni giurisprudenziali, reputiamo prudente non utilizzare questa interpretazione, che non coincide con l'opinione ministeriale e potrà, presumibilmente, essere contestata in sede ispettiva (così opina la circolare ministeriale 20/2012, sia pure con argomentazioni non convincenti).

### **Fattispecie comunque vietate**

Il ricorso al contratto di lavoro intermittente è sempre vietato nei seguenti casi: (art. 34, comma 3)

- a) per la **sostituzione di lavoratori che esercitano il diritto di sciopero**;
- b) salva diversa disposizione degli accordi sindacali, **presso unità produttive nelle quali si sia proceduto, entro i sei mesi precedenti, a licenziamenti collettivi** ai sensi degli articoli 4 e 24 della legge 23.7.1991, n. 223, che abbiano riguardato lavoratori adibiti alle stesse mansioni cui si riferisce il contratto di lavoro intermittente **ovvero presso unità produttive nelle quali sia operante una sospensione dei rapporti o una riduzione dell'orario, con diritto al trattamento di integrazione salariale**, che interessino lavoratori adibiti alle mansioni cui si riferisce il contratto di lavoro intermittente;
- c) da parte delle **imprese che non abbiano effettuato la valutazione dei rischi** ai sensi del D.Lgs. 81/2008.

### **Obbligo di comunicazione preventiva**

La riforma ha introdotto, con evidenti finalità antielusive, un obbligo di comunicazione preventiva del ricorso alla prestazione di lavoro discontinuo. Tale comunicazione **preventiva** ha lo scopo di evitare gli abusi legati a un utilizzo improprio del contratto, che poteva verificarsi approfittando dell'abrogazione del libro presenza e dell'elaborazione differita al termine del periodo di paga, dei cedolini paga (LUL), con conseguente possibilità di inserire “a consuntivo” anche solo una parte delle prestazioni effettivamente rese, avendo la garanzia che il lavoratore non potesse essere considerato in nero, risultando regolarmente assunto. Per questa ragione, la riforma ha introdotto all'art. 35 un comma 3 bis che così dispone:

***Prima dell'inizio della prestazione lavorativa o di un ciclo integrato di prestazioni di durata non superiore a trenta giorni, il datore di lavoro è tenuto a comunicarne la durata con modalità semplificate alla Direzione territoriale del lavoro competente per territorio, mediante sms, fax o posta elet-***

***tronica. Con decreto di natura non regolamentare del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, di concerto con il Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione, possono essere individuate modalità applicative della disposizione di cui al precedente periodo, nonché ulteriori modalità di comunicazione in funzione dello sviluppo delle tecnologie. In caso di violazione degli obblighi di cui al presente comma si applica la sanzione amministrativa da euro 400 ad euro 2.400 in relazione a ciascun lavoratore per cui è stata omessa la comunicazione. Non si applica la procedura di diffida di cui all'articolo 13 del decreto legislativo 23 aprile 2004, n. 124.***

La sanzione è assai gravosa, anche in considerazione del fatto che viene applicata **per ogni lavoratore e per ogni prestazione lavorativa** per la quale sia stata omessa, senza possibilità di pagamento ridotto per effetto della procedura di diffida.

E' palese l'intento del legislatore di punire con la massima severità comportamenti che denotino la volontà di occultare, in tutto o in parte, prestazioni lavorative, beneficiando dello schermo di “legittimità” dato dalla formale attivazione di questa tipologia contrattuale.

L'ampio ventaglio di mezzi per effettuare la comunicazione e la previsione che la stessa debba essere **preventiva** ma anche nella stessa giornata, purché prima dell'inizio dell'attività lavorativa (mentre la legge prevede un preavviso di almeno un giorno per la chiamata), consentono al datore di lavoro che voglia adempiervi, di poterlo fare con lo strumento più “comodo”, senza dover soggiacere a particolari oneri. Al contempo, stante la possibilità che la comunicazione possa essere effettuata anche nell'imminenza della prestazione, si tratta di un adempimento difficilmente delegabile a un intermediario ma che **deve essere fatto direttamente dal datore di lavoro**.

Sul punto, il Ministero del Lavoro è intervenuto ripetutamente, indicando – proprio a ridosso delle ferie estive – particolari modalità di comunicazione che, naturalmente, hanno reso più rigida e difficoltosa la comunicazione e la cui definitiva entrata in vigore è stata rinviata al **15 settembre 2012**.

Innanzitutto, la comunicazione preventiva può essere fatta per una singola prestazione o per più prestazioni lavorative “*di durata non superiore a trenta giorni*”. La circolare ministeriale 20/2012 precisa che “*in ordine alla comunicazione del 'ciclo integrato di prestazione di durata non superiore a trenta giorni' a fronte di primissimi riscontri, sul piano applicativo, dell'obbligo in questione, si ritiene di poter aderire ad una interpretazione del dato normativo più 'flessibile'*”. ***In particolare si ritiene che i 30 giorni possano essere considerati quali giorni di chiamata di ciascun lavoratore e non più come arco temporale massimo all'interno del quale individuare i periodi di attività dello stesso. Potranno pertanto essere effettuate comunicazioni che prendano in considerazione archi temporali anche molto ampi purché, all'interno di essi, i periodi di prestazione non superino i 30 giorni per ciascun lavoratore***.

La comunicazione preventiva potrà essere modificata o annullata attraverso il successivo invio di una comunicazione di **rettifica**, che dovrà, però, essere anch'essa **preventiva**, cioè inviata prima dell'inizio

della prestazione che non può avere luogo e che si intende annullare o modificare. Nel caso in cui il lavoratore non si presenti alla chiamata, la rettifica potrà essere inviata entro le 48 ore successive al giorno nel quale la prestazione doveva essere resa.

Pertanto, quando la mancata prestazione è conseguenza della mancata presentazione del lavoratore, la comunicazione di annullamento potrà essere successiva (entro le 48 ore) mentre in tutti gli altri casi dovrà, necessariamente, essere preventiva.

Nel caso di **mancato o intempestivo invio** della comunicazione di modifica o di annullamento, **sono comunque dovuti gli obblighi retributivi e contributivi** scaturenti dalla comunicazione originaria. Non pare ammessa la prova contraria, per cui si tratta di una presunzione *iuris tantum* che viene introdotta in via interpretativa e che pare di dubbia legittimità.

Nel caso di **variazione** della prestazione lavorativa rispetto alle modalità originariamente comunicate (ad esempio, la prestazione viene resa in un giorno diverso da quello comunicato), le conseguenze saranno quelle proprie:

a) della mancata comunicazione per il giorno in cui si è accertato essere stata resa la prestazione, con applicazione della sanzione da 400 a 2.400 Euro, per lavoratore e per giorno lavorativo;

b) della omessa rettifica per il giorno in cui la prestazione non è stata resa, con conseguente obbligo di pagamento della retribuzione e dei relativi contributi.

### Regime transitorio

Le nuove regole contenute negli articoli da 33 a 40 del D.Lgs. 10 settembre 2003, come modificati dalla legge di riforma del mercato del lavoro, sono entrate in vigore a partire dal 18 luglio 2012. I contratti di lavoro intermittente, **già sottoscritti alla data di entrata in vigore della legge** n. 92/2012, che non siano compatibili con le nuove disposizioni, cesseranno di produrre i loro effetti a partire dal 18 luglio 2013. Rientreranno in questa incompatibilità, ad esempio, contratti stipulati prima del 18.7.2012 con ultraquarantacinquenni che al 18.7.2013 non abbiano ancora compiuto i cinquantacinque anni di età. In tal caso, la circolare ministeriale 18/2012 precisa che eventuali prestazioni lavorative rese in violazione dei nuovi requisiti e incompatibili con la nuova disciplina, saranno considerate a tutti gli effetti "in nero".

La predetta circolare ministeriale ha precisato come "*in da subito [dal 18.7.2012], non è poi possibile imputare la chiamata del lavoratore intermittente alle causali di cui all'art. 37 del D.Lgs. n. 276/2003 (i c.d. periodi predeterminati), in quanto abrogato*". Questa precisazione è stata poi modificata dalla successiva circolare 20/2012 (che "conferma" quanto chiarito nella circolare 18/2012 pur dicendo l'esatto opposto). Il Ministero del Lavoro, molto opportunamente con una nota del 9.8.2012 (ad uffici e aziende tutti aperti) ha dettato le regole tecniche per effettuazione della comunicazione della chiamata, ovviamente con effetto dal 17.8.2012, per dare tempo a tutti di assimilare le novità introdotte. Successivamente, con una "news" (il termine "notizia" è troppo *vintage* e *out*) del 13.8.2012, preso atto del "carattere sperimentale" della nota 9.8.2012 (e non certo della possibile e ino-

pinata chiusura per ferie di aziende e studi professionali), il Ministero ha generosamente concesso di poter effettuare le comunicazioni ai "vecchi" indirizzi di posta elettronica, PEC e fax delle DTL (Direzioni territoriali del lavoro) fino al prossimo 15.9.2012.

Le modalità di comunicazione consentite, da utilizzare obbligatoriamente **a decorrere dal 15.9.2012 ma già utilizzabili fin da subito**, sono le seguenti:

- 1) **Fax**: operativo a partire dal 13.8.2012 al numero 848800131; deve essere scaricato l'apposito modello disponibile sul sito del Ministero. Questa modalità potrà essere utilizzata per comunicare la chiamata relativa a un solo lavoratore e il datore deve conservare copia della ricevuta di invio;
- 2) **SMS**: operativo a partire dal 17.8.2012 al numero 339-9942256;
- 3) **E-mail**: operativa a partire dal 17.8.2012. Anche in questo caso deve essere scaricato il modello appositamente predisposto. Una volta compilato, tale modello dovrà essere allegato a una e-mail che avrà come oggetto "Comunicazione chiamata lavoro intermittente" e quindi inviata all'indirizzo [intermittenti@lavoro.gov.it](mailto:intermittenti@lavoro.gov.it): non appena ricevuta la e-mail, il sistema invierà un messaggio di conferma di avvenuta ricezione. Potranno essere comunicati, con un singolo modello e per ciascun lavoratore, fino a un massimo di dieci periodi;
- 4) **On line**: a partire dal prossimo 1° ottobre 2012, sarà possibile adempiere all'obbligo di comunicazione mediante la compilazione di un modulo on line, che sarà disponibile sul portale <http://www.cliclavoro.gov.it>. Anche per questa tipologia di comunicazione, il sistema rilascerà una ricevuta di avvenuta comunicazione che il datore di lavoro potrà stampare e conservare.

In allegato alla presente, sono riportati il modello per la comunicazione, da inviare via fax o via mail e le relative istruzioni, nonché un allegato tecnico riportante le modalità con le quali redigere il testo del messaggio SMS da inviare al numero sopra indicato. Le comunicazioni, quale che sia la modalità di invio, devono riportare il codice della comunicazione obbligatoria di assunzione (ossia, la comunicazione – sempre preventiva – di assunzione del lavoratore, modello UNILAV, che viene di norma effettuata dal nostro studio), ossia il protocollo informatico rilasciato dal sistema regionale e che identifica in modo univoco la comunicazione di assunzione del lavoratore.

Al fine di poter effettuare la prescritta comunicazione, che per ragioni di tempestività dovrà essere adempiuta direttamente dal datore di lavoro, invitiamo a voler contattare il nostro Studio per richiedere il numero della comunicazione obbligatoria da indicare sulla modulistica della comunicazione preventiva.

### Conseguenze sanzionatorie

Qualora l'assunzione sia stata disposta in violazione dei requisiti di legge (per esempio: lavoratore non in possesso dei requisiti di età previsti o assunto al di fuori delle ipotesi previste dal contratto collettivo ovvero per la sostituzione di lavoratori in sciopero ecc.) si fa luogo all'automatica conversione del rapporto intermittente in un ordinario contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato.