

**Criticità del “lavoro intermittente” senza effetti obbligatori.
di Massimiliano Pala ***

Introdotta nel nostro ordinamento dagli articoli da 33 a 40 del Dlgs. 276/2003, la c.d. "Legge Biagi", poi cancellata dalla legge 247/2007 e nuovamente reintrodotta attraverso il comma 11 dell'art. 39 del D.L. n. 122/2008 (convertito nella legge n. 133/2008), il "lavoro a chiamata" o "lavoro intermittente" sta trovando sempre più applicazione nel mercato del lavoro italiano soprattutto nei settori del turismo -pubblici esercizi e commercio, ed è ormai disciplinato anche da alcuni contratti collettivi di importanti settori come quello del Terziario e del Commercio. L'esperienza di questi ultimi anni ha confermato però alcune criticità di questa forma di "contratto" ed in particolare della sua versione "più flessibile", quella che in concreto è la più utilizzata dalle aziende.

Quello che viene chiamato anche nel sito dell'INPS "Job on call", è definito come un contratto di *lavoro subordinato* con il quale il lavoratore si mette a disposizione di un datore di lavoro per svolgere prestazioni di carattere *discontinuo o intermittente*, "secondo le esigenze" individuate dalla contrattazione collettiva nazionale o territoriale, ovvero per periodi predeterminati nell'arco della settimana, del mese o dell'anno. Inoltre, seppure in via sperimentale, il contratto di lavoro intermittente può essere concluso per prestazioni rese da soggetti in stato di disoccupazione con meno di 25 anni di età ovvero con lavoratori con più di 45 anni, anche pensionati.

Dunque tale contratto può essere concluso non soltanto per lo svolgimento di prestazioni di carattere discontinuo, per le quali, a causa dell'impossibilità o difficoltà di predeterminare i periodi, non sia possibile il ricorso al contratto di lavoro a tempo parziale, ma anche per periodi predeterminati.

Come è noto alla generiche espressioni usate dalla legge per indicare tali periodi (*week-end*, vacanze natalizie, vacanze pasquali, ferie estive) ha dovuto fare seguito una precisazione del Ministero del Lavoro che con la circolare n. 5/2005 ha specificato cosa debba intendersi per i periodi in questione. Ad esempio per *week-end*, secondo l'interpretazione ministeriale, si deve intendere il periodo dalle ore 13.00 del venerdì alle 06.00 del lunedì successivo, mentre per "ferie estive" si intende, sempre per il dicastero del lavoro, il periodo dal 1° giugno al 30 settembre.

Inoltre, in caso di mancanza di regolamentazione da parte dei contratti collettivi il D.M. del Ministero del Lavoro del 23.10.2004 ha previsto, in via provvisoria, che il contratto intermittente si possa applicare alle 46 attività "discontinue" elencate nel Regio Decreto n. 2657/1923, molte delle quali, in realtà, avevano caratteri di lavori discontinui negli anni venti dello scorso secolo (si pensi ad esempio ai custodi, ai guardiani notturni, ai portinai, al personale addetto al trasporto merci, ai barbieri e parrucchieri, agli addetti alle pompe di benzina, al personale dei manicomi ecc.).

Il "contratto a chiamata" può essere stipulato da qualunque lavoratore e da qualunque impresa, purchè abbia effettuato la valutazione dei rischi prevista dalla normativa in materia di sicurezza sui luoghi di lavoro. E' esclusa la Pubblica amministrazione.

Di tale istituto sono previste due forme, che come vedremo sono sostanzialmente differenti tra loro:

- 1) il lavoro a chiamata con obbligo di corrispondere una indennità di disponibilità al lavoratore vincolato alla chiamata del datore di lavoro;
- 2) il lavoro a chiamata senza obbligo di corrispondere una indennità di disponibilità quando il lavoratore non è vincolato alla chiamata del datore di lavoro.

Il lavoro a chiamata con obbligo di corrispondere una indennità di disponibilità.

Il primo tipo si presenta come un vero e proprio contratto a prestazioni corrispettive, col quale una parte, il lavoratore, si obbliga a restare a disposizione del datore di lavoro ed a garantire la sua prestazione lavorativa in caso di chiamata, mentre l'altra, il datore di lavoro, si obbliga ad assumere e dunque retribuire il dipendente, o in alternativa, a corrispondergli, per tutto il periodo di durata dell'obbligazione, una *indennità mensile di disponibilità* che deve risultare dal contratto individuale sottoscritto dalle parti. La misura di detta indennità è stabilita dai singoli contratti collettivi e dunque varia da contratto a contratto. A titolo di esempio il CCNL del Commercio prevede tale indennità in misura non inferiore al 20% della retribuzione mensile, mentre il contratto del settore Terziario e servizi la prevede al 25% della normale retribuzione. Il lavoratore che per malattia o altra causa sia impossibilitato a rispondere alla chiamata del datore di lavoro, è obbligato ad informare tempestivamente il datore di lavoro nei termini previsti dal contratto collettivo, specificando la durata dell'impedimento. In difetto perde il diritto all'indennità per un periodo di 15 giorni, salva diversa previsione del contratto individuale.

Secondo l'art. 36 del D.lgs. il rifiuto ingiustificato di rispondere alla chiamata può comportare la risoluzione del contratto, la restituzione della quota di indennità riferita al periodo successivo all'ingiustificato rifiuto ed un congruo risarcimento del danno nella misura fissata dal CCNL o dal contratto individuale. Alcuni contratti collettivi (es. Commercio) ricomprendono il rifiuto ingiustificato di rispondere alla chiamata nella fattispecie della assenza ingiustificata.

Dunque il lavoratore, avendo assicurato la disponibilità alla chiamata, non può, senza fondato motivo, rifiutare di fornire la prestazione di lavoro pena la risoluzione del contratto o, secondo alcuni contratti collettivi, l'azione disciplinare nonché la perdita dell'indennità ed il risarcimento del danno eventualmente arrecato al datore di lavoro.

Questa prima forma del "contratto a chiamata" ha avuto sino ad ora scarsissimo utilizzo in quanto le aziende le hanno preferito la seconda, quella senza obbligo per il datore di lavoro di corrispondere alcuna indennità, in quanto molto meno onerosa, più semplice negli adempimenti e, come vedremo, ancora più "flessibile".

Il lavoro a chiamata senza indennità di disponibilità.

Analizzando questo secondo tipo di "Job on call" all'italiana, possiamo constatare che il datore

di lavoro, a differenza che nel precedente, non è obbligato nè ad assumere il lavoratore, nè a corrispondergli alcuna somma per compensare la sua disponibilità. L'imprenditore sarà dunque libero per tutta la durata del contratto - che può essere *anche a tempo indeterminato*- di far lavorare o meno il lavoratore senza dovergli corrispondere alcuna indennità per il periodo di inattività. Pertanto, nel periodo di vigenza del "contratto", l'imprenditore sarà libero anche di assumere un altro lavoratore per svolgere le medesime mansioni invece del lavoratore stipulante. Insomma, al di là delle apparenze, sottoscrivendo il contratto individuale egli non assume praticamente nessuna obbligazione.

Tale mancanza di vincoli in capo al datore di lavoro è la conseguenza del fatto che anche il lavoratore, corrispettivamente, non assume alcun obbligo giuridico al momento della sottoscrizione. Infatti nel caso di chiamata, quest'ultimo sarà libero di accettarla o meno senza dover dare alcuna giustificazione e senza incorrere in alcuna sanzione o risarcimento dei danni. Proprio per questo egli non avrà diritto ad alcuna indennità in quanto con la stipula di tale "contratto" egli non dà alcuna reale disponibilità.

Sembra proprio che gli effetti giuridici del contratto di lavoro siano rinviati ad un successivo (ed eventuale) accordo delle parti, quando il datore di lavoro riterrà di chiamare l'altro contraente e quest'ultimo riterrà di rispondere positivamente alla chiamata, costituendo in quel momento, e solo in quel momento, gli effetti vincolanti dell'art. 1372 c.c.

Dunque nel c.d. contratto di lavoro a chiamata "senza obbligo di indennità di disponibilità", l'assunzione degli obblighi reciproci delle parti, tipici del contratto di lavoro subordinato, risulta sottoposta ad una duplice *condizione sospensiva potestativa*, che fa dipendere gli effetti del contratto da una successiva ed eventuale manifestazione di volontà del datore di lavoro (se vorrò ti chiamerò...) seguita dalla (sempre eventuale) accettazione del prestatore di lavoro (se vorrò risponderò alla chiamata..).

A ben vedere tale condizione si risolve di fatto nell'effettiva negazione di ogni vincolo contrattuale per entrambe le parti, ponendo questo "contratto" come una anomalia all'interno del nostro ordinamento giuridico.

E appena il caso di rilevare che il nostro Codice civile sanziona con la *nullità* l'assunzione di un obbligo subordinato ad una condizione sospensiva che lo faccia dipendere dalla mera volontà del debitore (c.d. condizione meramente potestativa, art. 1355 c.c.).

In altri termini al momento della sottoscrizione del "contratto" è incerto non solo "quando" sorgerà l'obbligazione ma persino "se" sorgerà. Dunque la costituzione del rapporto di lavoro, con la conseguente assunzione reciproca di diritti e di obblighi dipende esclusivamente da un successivo incontro di volontà.

Ma se la formale stipula del "contratto" di lavoro a chiamata non determina effetti obbligatori fra le parti, il vero momento perfezionativo del contratto di lavoro è rinviato ad un momento successivo ed eventuale, quello in cui il datore di lavoro effettuerà la chiamata (proposta) ed il lavoratore risponderà positivamente (accettazione) svolgendo la prestazione come avviene in un normale

rapporto di lavoro subordinato.

Si noti che anche l'obbligo di registrazione del lavoratore nel Libro unico del Lavoro, ed ovviamente l'obbligo di corrispondere la retribuzione, ed i conseguenti obblighi assicurativi e previdenziali, nascono solo dalla prestazione lavorativa a seguito di chiamata e non dalla sottoscrizione del contratto. Infatti la mancata registrazione del "lavoratore a chiamata" nel Libro unico del Lavoro non è sanzionabile finchè non comporta differenti trattamenti retributivi contributivi o fiscali.

La comunicazione di assunzione con contratto a chiamata

Alla luce delle considerazioni che precedono, tanto l'obbligo di comunicare l'instaurazione del rapporto di lavoro al Centro per l'impiego competente, quanto l'obbligo d'informare il lavoratore degli elementi minimi del rapporto, non potrebbero essere assolti se non dopo che sia sorta effettivamente l'obbligazione contrattuale tra le parti. Diversamente il datore di lavoro effettuerebbe la comunicazione di un rapporto di lavoro la cui instaurazione è del tutto incerta. Inoltre la consegna di una copia del "contratto di lavoro a chiamata" stipulato con il lavoratore non sarebbe sufficiente ad adempiere all'obbligo di informazione delle condizioni di lavoro applicate, richiesto al datore di lavoro dal D.lgs. 26.05.1997 n. 151 in attuazione della Direttiva comunitaria n. 91/533/CEE. Infatti la principale informazione che il lavoratore ha il diritto di conoscere è proprio la *data di inizio del rapporto di lavoro* e la sua *durata*, ovvero *quando* dovrà iniziare la sua prestazione lavorativa, in quali giorni e per quanto tempo. Tutte informazioni che non sono conosciute al momento della formale stipula del "contratto" in esame.

Ma il Ministero del lavoro con la circolare n. 4 del 2005 ha ritenuto che il datore di lavoro sia tenuto ad una unica comunicazione preventiva on-line, mediante il normale modello UniLav, in occasione della stipula del contratto iniziale, allo stesso modo con cui si comunica l'instaurazione di un normale contratto di lavoro. Pertanto quello della comunicazione preventiva risulta l'unico vero obbligo giuridico per il datore di lavoro stipulante che ancora non abbia effettuato "la chiamata". Tale indicazione ministeriale, se da una parte semplifica gli adempimenti delle aziende, ha però di fatto favorito un uso fraudolento del contratto in esame.

Uso fraudolento del contratto a chiamata

Come conferma l'esperienza di questi anni degli operatori del mondo del lavoro (ispettori del lavoro, consulenti del lavoro, organizzazioni di categoria ecc.) il contratto di "lavoro intermittente" *senza indennità di disponibilità*, così come disegnato dal legislatore, si presta a "coprire" il lavoro irregolare.

Infatti come abbiamo visto, benchè con la sola stipula di questo tipo di "contratto" non sorga alcun obbligo, nè retributivo nè contributivo, si ritiene che comunque l'azienda debba procedere alla comunicazione preventiva della "assunzione" senza l'indicazione dei giorni in cui si effettuerà la prestazione nè della sua durata oraria. Pertanto i datori di lavoro disonesti, una volta effettuata

“una tantum” la comunicazione, possono omettere, del tutto o parzialmente, di registrare e conseguentemente denunciare all’INPS le giornate effettivamente lavorate dal *lavoratore a chiamata* con l’intenzione di evadere i relativi contributi. In caso di ispezione del personale di vigilanza che accerti le effettive giornate lavorate, se non è ancora scaduto il termine per la denuncia delle retribuzioni all’INPS con la presentazione del modello Uniemens (termine scadente alla fine del mese successivo a quello di riferimento) di fatto non ci sarà alcuna sanzione. Se invece il personale ispettivo accertasse giornate lavorate “in nero” per periodi per i quali sono già scaduti gli obblighi contributivi, non potrebbe comunque applicare la sanzione di maggior deterrenza contro il lavoro sommerso, la c.d. maxisanzione (art. 3, comma 3, D.L. 12/2002 conv. nella legge 73/2002, come modificato dall’art. 4 della legge 183/2010). Infatti tale sanzione presuppone necessariamente la omissione della comunicazione preventiva dell’instaurazione del rapporto.

Si aggiunga che al lavoratore irregolare, il quale volesse ottenere giudizialmente il riconoscimento delle sue spettanze economiche e previdenziali relative al rapporto di lavoro intermittente, non basterebbe la prova della sussistenza del contratto di lavoro e della sua disponibilità a prestare l’attività a favore della controparte, ma dovrebbe dimostrare ogni singola prestazione “a chiamata”, in quanto dalla semplice stipulazione del contratto non deriverebbe alcun diritto alla retribuzione.

E’ dunque auspicabile una rivisitazione dell’istituto che, laddove vi sia la difficoltà di predeterminare i periodi della prestazione lavorativa, pur salvaguardando le reali esigenze delle imprese di ricorrere a forme di lavoro flessibili, non si traduca in un formidabile “assist” al lavoro irregolare.

*** Le considerazioni esposte sono frutto esclusivo del pensiero dell’autore e non hanno carattere in alcun modo impegnativo per l’Amministrazione di appartenenza.**



RIPRODUZIONE RISERVATA