



Mercoledì 12/09/2012

## **IL NUOVO LAVORO INTERMITTENTE E L'OBBLIGO ASSICURATIVO INAIL**

A cura di: *La Previdenza.it*

Avviamo con questo contributo una serie di approfondimenti sulle tipologie contrattuali quali innovate dalla legge 92/2012 (cd. riforma Fornero) con l'obiettivo di approfondirne gli effetti sull'obbligo assicurativo Inail.

In considerazione degli interventi già formalizzati dal Ministero del lavoro con le circolari 18 e 20 del 2012 nonché con le note successive, partiamo dal lavoro intermittente.

Sul Sole24ore dell'11 aprile 2012 si apprende da dati INPS che sussiste un costante aumento dei contratti di lavoro intermittente dal 2007 ad oggi (da 63.430 questi passano a 111.068 e sono concentrati, per il 59,9%, nel settore alberghiero/pubblici esercizi e per il 90% trattasi di attività operaie). Viene, soprattutto, utilizzato nei pubblici esercizi (es. ristoranti, negozi) o nel turismo (es. alberghi) e cioè in quelle attività che hanno picchi lavorativi in determinati periodi dell'anno, cui sopperiscono attraverso l'assunzione di personale "extra" per il tramite di questa tipologia contrattuale. La riforma è intervenuta in maniera pesante su questo contratto conosciuto anche come "contratto a chiamata" e previsto dagli articoli 33 e seguenti della c.d. Riforma Biagi e lo ha fatto per favorire, si è sostenuto, il contratto di apprendistato e combattere gli abusi di questo strumento.

### **UN PO' DI STORIA**

Il lavoro intermittente è stato oggetto di una serie di interventi legislativi per effetto dei quali è stato, prima, sostanzialmente cancellato dal nostro ordinamento (art. 1, comma 45 della legge n. 247/2007) e, poi, reintrodotta attraverso il comma 11 dell'art. 39 del D.L. n. 112/2008, convertito, con modificazioni nella legge n. 133/2008. Detta legge stabilì che trovano immediatamente applicazione (ossia dal 25 giugno 2008, data di entrata in vigore del Decreto - Legge n. 112/2008) le norme sul lavoro a chiamata disciplinate dagli articoli da 33 a 40 del D.L. n. 276/2003: l'istituto poteva ritenersi efficace non solo in quei settori nei quali era già stato utilizzato (turismo, commercio, pubblici esercizi) ma anche in altre nuove attività come quella degli steward nelle attività delle squadre di calcio i quali, secondo il DM. 8 agosto 2007 del Ministro dell'Interno, debbono essere direttamente gestiti dalle società (e il contratto a chiamata si presenta con le caratteristiche precise) o alle dipendenze di istituti di vigilanza privata. L'istituto è stato guardato sempre con netta ostilità dalle associazioni dei lavoratori come testimonia la pressoché totale inesistenza della disciplina specifica nei vari contratti collettivi.

La normativa di cui al decreto legislativo 276/2003 ha per la prima volta dato disciplina legale a questo contratto fino ad allora sconosciuto nel nostro ordinamento con l'intento di regolarizzare i lavori discontinui svolti in maniera quasi sempre sommersa. Il cd. job on call ha trovato ampia diffusione negli Stati Uniti in particolare nel settore terziario. La Corte costituzionale, con sentenza n. 230/1991 aveva dichiarato illegittime le clausole di flessibilità che trasformano un contratto di lavoro a tempo parziale in contratto "a chiamata". La previsione legislativa contenuta nel D. Lgs. 276/2003 poneva fine ad una controversa questione inerente la legittimità dell'istituto. Il "job on call" era stato visto da parte sindacale (in particolare CGIL che non ha mutato il proprio avviso) come uno strumento di estrema flessibilità che non offre idonee garanzie ai lavoratori che potevano lavorare soltanto se e come il datore di lavoro li avesse interpellati, in costanza peraltro di una parziale registrazione sui libri obbligatori dove non tutte le prestazioni venivano annotate. Spesso dunque da parte sindacale in sede di moltissimi rinnovi contrattuali è pervenuta aperta richiesta di non inserire alcuna disciplina relativa all'istituto. Le discipline pattizie collettive dell'istituto (quali ad es. cooperative sociali, studi professionali, ecc.) sono computabili con le dita di una sola mano. Il nuovo CCNL degli studi professionali del 27 settembre 2011 (art. 70) regola il contratto a chiamata stabilendo che può essere stipulato per periodi caratterizzati da una particolare intensità lavorativa e ne elenca i casi specifici: dichiarazioni annuali, archiviazione, informatizzazione, tipici dell'attività svolta negli studi. Il



contratto stabilisce anche la misura dell'eventuale indennità di disponibilità da corrispondere: non inferiore al 30% della retribuzione. Di fronte alla inerzia delle parti sociali il Ministro del Lavoro "pro - tempore" emanò, in via transitoria ed in attesa delle regolamentazioni contenute nei contratti collettivi, il D.M. 23 ottobre 2004 nel quale, quale parametro di riferimento per la individuazione di una serie di attività discontinue, era preso il R.D. n. 2657/1923. Il provvedimento ministeriale fu motivato dalla necessità di trovare una "copertura giuridica" al lavoro intermittente in tutte quelle ipotesi nelle quali l'istituto aveva attecchito (come nel commercio e nei pubblici esercizi, soprattutto nei fine settimana). In tali settori il contratto di lavoro intermittente si proponeva di eliminare le prestazioni "in nero", o coperte da improbabili collaborazioni coordinate e continuative, o da prestazioni professionali, difficilmente ravvisabili, ad esempio, nella "presa delle ordinazioni" e nel servizio ai tavoli. La specificità del contratto di lavoro intermittente è nel fatto che la prestazione non è resa in maniera continua come tipicamente accade in un normale rapporto di lavoro subordinato bensì in maniera discontinua e su richiesta del datore di lavoro in base alle sue esigenze. Il contratto determina la facoltà per il datore di lavoro di chiamare una o più volte il lavoratore, per lo svolgimento della prestazione nel rispetto di un termine minimo di preavviso non inferiore ad un giorno lavorativo. L'utilizzo del lavoratore è connesso ad esigenze contingenti non necessariamente programmate. Nel contratto si palesa pertanto uno sbilanciamento a favore del datore di lavoro che è in una posizione nettamente privilegiata rispetto al lavoratore. Per tale ragione, trascorso un lungo periodo di sostanziale "stand-by" (dopo la circolare n. 4/2005 del Ministero del Lavoro ci sono state soltanto alcune risposte marginali ad interpellanti), nel corso del 2007, anche a seguito dell'accordo sottoscritto tra l'Esecutivo e le parti sociali, il Parlamento approvò la legge n. 247 che come si è detto l'abrogò. Successivamente la legge del 2008 lo ha riadossato nel nostro ordinamento lasciando in vigore anche il R.D. n. 2657/1923 (che elenca una serie di attività discontinue), richiamato dal D.M. 23 ottobre 2004, abrogato, in un primo momento, dall'art. 26 del D.L. n. 112/2008 (la cancellazione sarebbe dovuta scattare dal 25 agosto 2008), ma riadossato nel nostro ordinamento (in quanto non più compreso nella tabella allegata che contiene le disposizioni che saranno abrogate a partire dal 22 dicembre 2008) dalla legge di conversione n. 133/2008. La Riforma Fornero in considerazione del fatto che questa tipologia contrattuale " può essere utilizzata come copertura nei riguardi di forme di impiego irregolare del lavoro" ha inciso sulla disciplina di riferimento al fine di evitare che tale tipologia contrattuale costituisca un mezzo di sfruttamento dei lavoratori.

#### NOZIONE E NATURA GIURIDICA

Il contratto di lavoro intermittente è un contratto mediante il quale un lavoratore si pone a disposizione di un datore di lavoro che ne può utilizzare la prestazione lavorativa al momento del bisogno. Trattasi di una tipologia di lavoro subordinato con prestazioni che presentano la caratteristica della "discontinuità e dell'intermittenza lungo un periodo particolarmente significativo il quale, necessariamente, non può essere continuativo ma deve essere "intervallato", non potendo coincidere la durata del contratto con quella della prestazione. Sotto un profilo strettamente giuridico sovente si ripete che indubbiamente configura una ipotesi di estrema flessibilità in quanto il datore di lavoro, una volta sottoscritto il contratto, può chiamare il prestatore in relazione alle proprie esigenze (quando), per il tempo necessario (quanto), senza per questo (tranne che non sia stata pattuita una indennità di disponibilità, scatti un obbligo preciso (se). La peculiarità di tale tipologia contrattuale consiste nel fatto che, instaurato il rapporto di lavoro, le obbligazioni delle parti insorgono in caso di chiamata: datore di lavoro per quanto concerne la retribuzione, lavoratore relativamente alla prestazione. Competono al lavoratore tutti gli istituti retributivi previsti per la generalità dei lavoratori, anche se il calcolo delle competenze viene effettuato in misura proporzionale all'orario svolto rispetto a quello normalmente previsto per un lavoratore a tempo pieno.

#### STIPULAZIONE DEL CONTRATTO

Il contratto di lavoro intermittente va stipulato in forma scritta per i fini di prova di esistenza e di natura del contratto, e deve contenere recependo quanto stabilito dai ccnl i seguenti elementi:

1. durata e ragioni del ricorso al lavoro intermittente;



2. luogo e modalità della eventuale disponibilità garantita dal lavoratore e preavviso di chiamata;
  3. modalità di chiamata e di rilevazione della prestazione eseguita ;
  4. eventuali misure di sicurezza specifiche.
  5. il trattamento economico e normativo spettante al lavoratore per la prestazione eseguita e la relativa indennità di disponibilità ove prevista nei limiti di cui all'art. 36
  6. i tempi e le modalità di pagamento della retribuzione ovvero della indennità
- Il contratto deve necessariamente individuare le ragioni e le esigenze che hanno determinato il ricorso a tale istituto.

#### L'OBBLIGO DI RISPONDERE ALLA CHIAMATA

Dal contratto non scaturisce un obbligo del lavoratore di rispondere positivamente alla chiamata salvo non sia stato previsto con apposita ed espressa disposizione nel contratto individuale.

Sulla base dell'obbligo di rispondere alla chiamata, si possono individuare due diverse tipologie di lavoro intermittente:

- a) lavoro intermittente con garanzia di disponibilità ovvero con espressa pattuizione dell'obbligo di disponibilità (ovvero di risposta)
- b) lavoro intermittente senza garanzia di disponibilità e senza alcuna indennità per il periodo di reperibilità. Il lavoratore è libero di accettare o meno la chiamata. Dunque senza obbligo di risposta.

La chiamata può essere effettuata:

1. nel rispetto di un termine di preavviso non inferiore ad un giorno lavorativo
2. a più riprese nell'arco di tutto il rapporto

Ove il lavoratore si obblighi contrattualmente a rispondere alla chiamata gli compete per il tempo della disponibilità la cosiddetta indennità mensile di disponibilità cui nell'esperienza avuta sin qui i datori di lavoro non hanno mai fatto ricorso in una logica di contenimento dei costi, non legando a sé per tal via il lavoratore. Sotto il profilo retributivo per il periodo di attività il lavoratore intermittente ha diritto al normale trattamento economico e normativo previsto dai contratti collettivi di settore per il lavoratore comparabile, riproporzionato in ragione della prestazione lavorativa effettivamente conseguita.

#### LE NOVITA' DELLA RIFORMA

Esaminiamo le modifiche intervenute per effetto della Riforma:

1 - viene modificato l'elemento soggettivo, in capo al lavoratore, per l'instaurazione del contratto intermittente, previsto dal 2° comma, dell'articolo 34, del decreto legislativo n. 276/2003. Potranno essere conclusi contratti solo con soggetti che abbiano compiuto 55 anni (55 anni e un giorno) e con soggetti che abbiano meno di 24 anni (fino a 23 anni e 364 giorni). Nel caso di prestazioni rese da lavoratori under 24, il contratto intermittente potrà essere svolto entro il 25° anno di età del giovane. un giovane può essere assunto con contratto a chiamata entro i 23 anni e 364 giorni ma le sue prestazioni debbono necessariamente cessare, "ope legis", al massimo entro i 25 anni e 364 giorni. Per gli "over 55", invece, non esiste alcun limite di durata. Ne deriva che sarà impossibile prevedere un contratto a tempo indeterminato ed intermittente con giovani, in quanto al compimento del venticinquesimo anno di età il rapporto si conclude "ope legis".

2 - Al fine di rendere più trasparente il ricorso a tale tipologia contrattuale viene introdotto l'obbligo per i datori di lavoro della comunicazione amministrativa preventiva con modalità semplificate della chiamata (mediante sms, fax o posta elettronica od ulteriori modalità da individuarsi entro trenta giorni dall'entrata in vigore della legge con apposito decreto.) e della sua durata alla Direzione territoriale del lavoro competente per territorio. La comunicazione dovrà avvenire prima dell'inizio

1. della prestazione lavorativa per ogni singola chiamata
2. ovvero di un ciclo integrato di prestazioni di durata non superiore a trenta giorni.

Il Dicastero del Lavoro è intervenuto su tale tipologia contrattuale con le circolari n.18 e n.20 e successivamente con apposite note fondamentali per rappresentare che dal 18 luglio è in vigore un



obbligo di comunicazione da parte del datore di lavoro alla direzione territoriale competente e per dettagliare le modalità di tale comunicazione..La comunicazione può essere effettuata lo stesso giorno in cui viene resa la prestazione lavorativa purché prima dell'inizio della stessa ovvero del ciclo integrato di prestazioni di durata non superiore a 30 giorni, indicando i giorni di chiamata in questo arco temporale. L'adempimento riguarda anche i rapporti di lavoro instaurati antecedentemente al 18 luglio 2012. Per la comunicazione la norma prevede la posta elettronica "semplice" e cioè non certificata, come invece dovrebbe essere per una comunicazione istituzionale come questa. Sul punto il Ministero in un primo momento ha precisato che la comunicazione non doveva essere inviata agli indirizzi PEC delle DTL per poi fare marcia indietro e precisare che la comunicazione a detti indirizzi è possibile. La comunicazione è ulteriore rispetto a quella prevista per la generalità delle assunzioni. In caso di violazione degli obblighi comunicativi, la sanzione amministrativa prevista andrà da 400,00 a 2.400,00 euro, in relazione a ciascun lavoratore per cui è stata omessa la comunicazione. Per questa sanzione non è prevista la possibilità di usufruire della diffida obbligatoria (prevista dall'articolo 13 del decreto legislativo n. 124/2004).

3 - la riforma abroga l'articolo 37 del D. Lgs. 276/2003 relativamente alla possibilità di usufruire del lavoro intermittente in periodi predeterminati da rendersi il fine settimana, nonché nei periodi delle ferie estive o delle vacanze natalizie e pasquali. La riforma, però, non ha abrogato il primo comma dell'articolo 34 del decreto legislativo n. 276/2003 che, tuttora, prevede la possibilità di usufruire del lavoro intermittente "per periodi predeterminati nell'arco della settimana, del mese o dell'anno".

4 - viene dettata anche una disciplina transitoria la quale prevede che i contratti di lavoro intermittente già sottoscritti alla data di entrata in vigore della legge, che non siano compatibili con le nuove norme, cessano di produrre effetti decorsi dodici mesi da tale data.

#### QUANDO E' POSSIBILE RICORRERE AL LAVORO INTERMITTENTE

Per effetto della riforma è possibile ricorrere al lavoro intermittente con i soggetti come sopra rideterminati :

1."per lo svolgimento di prestazioni di carattere discontinuo e saltuario secondo le esigenze individuate dai contratti collettivi stipulati da associazioni dei datori di lavoro e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale,

2.ovvero per periodi predeterminati nell'arco della settimana del mese o dell'anno (art.34, comma 1, del D.Lgs. n.276/03)". La contrattazione collettiva non può più prevedere i periodi predeterminati in cui poter assumere lavoratori mediante contratto di lavoro intermittente. Oggi la facoltà di individuare detti periodi non sarà più rimessa alla contrattazione collettiva ma alle restanti fonti siano esse di natura legislativa ovvero ministeriale.

3.nei casi richiamati dal D.M. 23 ottobre 2004 che, riferendosi al R.D. n.2657/1923 (ora abrogato,) grazie al c.d. "provvedimento taglia - leggi" ma che permane in "ragione della materia trattata", come ribadito nella circolare n.18) valgono, in via provvisoria,in attesa delle determinazioni contrattuali, come restano pienamente validi i chiarimenti forniti dal Dicastero del Lavoro con gli interPELLI del 13 luglio 2006 (prot.n.1566), del 7 settembre 2006 (prot. 3252), n.38/11 e n.46/11.La potestà di intervento in via sostitutiva del Ministero del lavoro resta valida e quindi il contratto di lavoro intermittente resta operativo anche in caso di ostruzionismo sindacale ovvero di inerzia sindacale. Le tipologie di cui al RD ancora vigente sono quelle dei custodi fattorini, uscieri, inservienti, personale di servizio e di cucina, in alberghi, carrozze letto etc.Sono venute meno, invece, dal 18 luglio 2012 le ipotesi oggettive contemplate dall'art.37(fine settimana, vacanze natalizie e pasquali, ferie estive), nonché quelle soggettive concernenti i soggetti con un'età compresa tra i 45 ed i 55 anni. Esse, tuttavia, se previste da contratti intermittenti in essere continuano a trovare applicazione fino al 18 luglio 2013 (nel caso delle ipotesi oggettive appena descritte la circolare n.20 ha corretto una non precisa interpretazione contenuta nella precedente nota ministeriale).

#### I CASI DI DIVIETO

Nulla è cambiato per le situazioni nelle quali la legge vieta il ricorso al lavoro intermittente.

Non è possibile farvi ricorso :



- a) per la sostituzione di lavoratori che esercitano il diritto di sciopero;
- b) salva diversa previsione degli accordi sindacali, presso unità produttive nelle quali si sia proceduto nei sei mesi precedenti a licenziamenti collettivi ai sensi degli articoli 4 e 24 della legge n.223/1991, che abbiano riguardato lavoratori adibiti alle stesse mansioni cui si riferisce il contratto a chiamata, ovvero presso unità produttiva nella quale 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 a chiamata. Il divieto pare riferirsi soltanto alle imprese che nel semestre precedente abbiano proceduto a riduzioni collettive di personale con le stesse mansioni (quindi, ad imprese con un organico superiore alle quindici unità) o che abbiano in corso sospensioni dal lavoro o riduzioni d'orario con integrazione salariale (ad esempio, contratto di solidarietà, CIGO, CIGS, Cassa in deroga) per dipendenti con le medesime mansioni;
- c) nel caso di aziende che non abbiano effettuato la valutazione dei rischi ex art.28 del D.Lgs. n.81/08, ovvero tale valutazione non sia stata, afferma la circolare n.20, rielaborata secondo la previsione dell'art.29, comma 3, con la conseguenza che il documento deve essere "attuale" ed adeguato alle condizioni organizzative e strutturali della realtà aziendale. Per le imprese con un organico fino a dieci dipendenti la valutazione può essere autocertificata con data certa.

#### LA COMUNICAZIONE AMMINISTRATIVA

Tale obbligo di comunicazione le cui modalità di attuazione sono risultate, nella primissima fase, particolarmente critiche stante l'assenza di previsioni relative ad una fase transitoria, è da correlare alla circostanza che l'esperienza degli anni passati ha dimostrato che avvenendo le scritturazioni delle prestazioni sul Libro Unico del Lavoro alla fine del mese successivo, c'è stata una forte elusione rispetto ai dettami della norma.

La circolare n. 20 del Ministero del lavoro ha chiarito che:

1. la comunicazione, contenente i dati identificativi del datore, del lavoratore (comprensivi del codice fiscale) ed il luogo della prestazione, può essere effettuata lo stesso giorno della prestazione, ma prima che la stessa inizi (ad esempio, se la prestazione comincia alle ore 20, la comunicazione può essere fatta anche qualche minuto prima);
2. la comunicazione può riguardare un "ciclo integrato di prestazioni di durata non superiore a trenta giorni". Rispetto alla prima interpretazione fornita il giorno dell'entrata in vigore della legge n.92/12, la Direzione Generale per l'Attività Ispettiva ritiene di dover adottare un indirizzo più "flessibile", affermando che il richiamo ai trenta giorni sia alla prestazione nel suo complesso e non all'arco temporale massimo all'interno del quale individuare i periodi di attività del lavoratore. In sostanza, potranno essere effettuate comunicazioni che prendano quale parametro di riferimento periodi anche lunghi, purchè le giornate di prestazione all'interno degli stessi non siano superiori a trenta (ad esempio, trenta giorni individuati nell'arco temporale che va dal 1° settembre 2012 al 31 marzo 2013);
3. la mancata presentazione del prestatore va comunicata alla Direzione territoriale del Lavoro ma, a differenza di quanto affermato con la circolare n.18 nella quale si sosteneva la necessità che tale adempimento fosse effettuato con sollecitudine, la circolare n.20 ipotizza la possibilità della modifica o dell'annullamento della precedente comunicazione siano effettuate entro le 48 ore successive al giorno in cui la prestazione doveva essere resa. In questo modo se da una parte si soddisfano le esigenze delle imprese che dispongono di un congruo lasso temporale per operare la modifica (in assenza della quale il Ministero ritiene che la prestazione sia avvenuta con le relative conseguenze retributive e contributive), "dall'altro rischia fortemente di vanificare la novità introdotta, finalizzata alla lotta ad un uso distorto ed elusivo delle prestazioni intermittenti, potendo "datori di lavoro scorretti" che non hanno in quel giorno avuto alcun controllo dagli organi di vigilanza, comunicare "ex post" che quel lavoratore non ha prestato la propria attività". La sanzione relativa ad ogni lavoratore per il quale non sia stata effettuata la preventiva comunicazione di utilizzazione (diversa dalla comunicazione preventiva di assunzione al centro per



l'impiego che va fatta almeno il giorno precedente alla prima prestazione) è compresa tra 400 e 2.400 euro, non è diffidabile e l'importo estinguibile in maniera ridotta è pari ad 800 euro. Il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, con nota n. 11779 del 9 agosto 2012, che si allega, ha fornito le prime istruzioni tecnico-operative per effettuare la chiamata del lavoro intermittente prevista dall'art.1, co.21, lett.b della L.92/126. In riferimento alla nota n. 11779 del 9 agosto 2012 (prime istruzioni tecnico-operative per effettuare la chiamata del lavoro intermittente), la Direzione Generale per le Politiche dei Servizi per il Lavoro informa che, a parziale rettifica di quanto comunicato con la suddetta nota e considerato il carattere sperimentale citato nella medesima, per il periodo fino al 15 settembre 2012 le comunicazioni in oggetto potranno continuare ad essere effettuate anche agli indirizzi di posta certificata, posta elettronica e fax delle Direzioni Territoriali del Lavoro. In merito si allegano oltre alla nota su individuata ed al suo allegato, le osservazioni critiche dei consulenti del lavoro, il messaggio della Direzione generale del Ministero e si rappresenta che per le caratteristiche di tale comunicazione meramente amministrativa e comunque non connessa di per sé ad aspetti contributivi o premiali sembrerebbe non rientrare nelle competenze dei funzionari di vigilanza degli enti previdenziali l'irrogazione della correlata sanzione.

#### L'INDENNITA' DI DISPONIBILITA'

L'indennità di disponibilità è disciplinata dall'articolo 36 del D. Lgs. 276 secondo quanto segue : Nel contratto di lavoro intermittente e' stabilita la misura della indennità mensile di disponibilità, divisibile in quote orarie, corrisposta al lavoratore per i periodi nei quali il lavoratore stesso garantisce la disponibilità al datore di lavoro in attesa di utilizzazione. La misura di detta indennità e' stabilita dai contratti collettivi e comunque non e' inferiore alla misura prevista, ovvero aggiornata periodicamente, con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, sentite le associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale. Sulla indennità di disponibilità di cui al comma 1 i contributi sono versati per il loro effettivo ammontare, anche in deroga alla vigente normativa in materia di minimale contributivo. L'indennità di disponibilità e' esclusa dal computo di ogni istituto di legge o di contratto collettivo. In caso di malattia o di altro evento che renda temporaneamente impossibile rispondere alla chiamata, il lavoratore e' tenuto a informare tempestivamente il datore di lavoro, specificando la durata dell'impedimento. Nel periodo di temporanea indisponibilità non matura il diritto alla indennità di disponibilità.. Ove il lavoratore non provveda all'adempimento di cui al comma che precede, perde il diritto alla indennità di disponibilità per un periodo di quindici giorni, salva diversa previsione del contratto individuale.. Le disposizioni di cui ai commi da 1 a 5 si applicano soltanto nei casi in cui il lavoratore si obbliga contrattualmente a rispondere alla chiamata del datore di lavoro. In tal caso, 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."Nel contratto di lavoro intermittente con obbligo di rispondere alla chiamata è previsto il pagamento dell'indennità mensile di disponibilità, divisibile in quote orarie, per i periodi durante i quali il lavoratore garantisce la sua disponibilità al datore di lavoro in attesa della chiamata. La misura dell'indennità è stabilita dai contratti collettivi e comunque non può essere inferiore a quella fissata e aggiornata periodicamente con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, sentite le associazioni dei datori di lavoro e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative a livello nazionale. Con Decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali del 10/3/2004, è stato stabilito che nel contratto di lavoro intermittente la misura dell'indennità di disponibilità è pari al 20% della retribuzione prevista dal CCNL applicato.

Per effetto della Riforma Fornero tale disciplina del compenso dovrebbe applicarsi anche alle prestazioni di lavoro intermittente da rendersi nei week-end, nelle vacanze natalizie; nelle vacanze pasquali; nelle ferie estive essendo stato abrogato l'articolo 37 del D. Lgs. 276 che prevedeva "Nel caso di lavoro intermittente per prestazioni da rendersi il fine settimana, nonché nei periodi delle ferie estive o delle vacanze natalizie e pasquali l'indennità di disponibilità di cui all'articolo 36 e' corrisposta al prestatore di lavoro solo in caso di



effettiva chiamata da parte del datore di lavoro."Ne scaturisce che ai lavoratori con obbligo di risposta alla chiamata per prestazioni da rendersi nei periodi quali appena richiamati, l'indennità deve essere corrisposta anche se non c'è stata una chiamata effettiva nel periodo di riferimento.

La circolare n.20 ricorda che per effetto dell'abrogazione dell'art.37 non trova più "applicazione già dal 18 luglio (sia per i nuovi che per i vecchi contratti)) anche la disposizione secondo cui per i c.d. periodi predeterminati l'indennità di disponibilità è corrisposta al prestatore di lavoro solo in caso di effettiva chiamata da parte del datore di lavoro".Per tutto il periodo in cui 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. Spetta ad essi l'ASPL la nuova assicurazione sociale per l'impiego.

#### LA CIRCOLARE 22/2006 DELL'INAIL

La indennità di disponibilità ha natura di reddito di lavoro dipendente per cui è assoggettata a contribuzione ai fini del premio Inail nonché ai fini pensionistici, per malattia e per maternità.La circolare n. 22 del 12 aprile 2006 precisava che in ordine alla tutela antinfortunistica di tali soggetti, le uniche previsioni esplicite riguardano:

- l'indennità di disponibilità sulla quale "i contributi sono versati per il loro effettivo ammontare, anche in deroga alla vigente normativa in materia di minimale contributivo";
- il principio di non discriminazione in ordine al trattamento economico e normativo rispetto al lavoratore non intermittente di pari livello, a parità di mansioni;
- il principio di riproporzionamento, in ragione della prestazione lavorativa effettivamente eseguita, del trattamento previdenziale in caso di "infortunio sul lavoro" e di "malattia professionale" Quanto all'obbligo assicurativo del personale occupato con contratto di lavoro intermittente, esso sarà assolto secondo le consuete forme previste dalle disposizioni vigenti, in presenza dei requisiti oggettivi e soggettivi per l'applicazione dell'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro .In costanza di rapporto di lavoro intermittente, sussistendo l'obbligo assicurativo, il premio andrà calcolato tenendo conto, sia della retribuzione erogata per le ore di lavoro prestate, sia di quanto corrisposto a titolo di indennità di disponibilità tra una chiamata e l'altra.

Per quanto riguarda le prestazioni, si ritiene che l'unico problema specifico sorga per la determinazione della base di calcolo da prendere in considerazione per l'erogazione dell'indennità per inabilità temporanea assoluta, per la quota di rendita diretta che indennizza le conseguenze patrimoniali del danno e per la rendita ai superstiti, in quanto in linea generale trovano per il resto applicazione gli istituti giuridici previsti dal Testo Unico e successive modificazioni.Infatti, ai sensi dell'art. 29 T.U., la nozione di retribuzione utile ai fini sia del calcolo del premio che delle prestazioni comprende "[?] tutto ciò che il lavoratore riceve dal datore di lavoro [?] in dipendenza del rapporto di lavoro".Tuttavia, per quanto riguarda la base retributiva sulla quale effettuare il calcolo dell'indennità di temporanea, occorre tener conto dell'esigenza di coordinare il disposto del predetto art. 29 con le norme degli artt. 116 e 117 T.U.Questi ultimi articoli stabiliscono che, per calcolare l'indennità per inabilità temporanea assoluta e la rendita per inabilità permanente, si debba fare riferimento alla retribuzione percepita dal lavoratore per l'opera effettivamente prestata. Sotto il profilo risarcitivo, dunque, l'indennità di disponibilità non può essere considerata quale retribuzione effettiva in quanto essa viene corrisposta dal datore di lavoro nei periodi in cui il lavoratore, restando in attesa di assegnazione, di fatto, non presta la sua "opera".Poiché i periodi di "disponibilità" non sono assimilabili, ai fini risarcitivi, ai periodi di effettiva prestazione d'opera, è necessario applicare i meccanismi di calcolo indicati dagli artt. 116 e 117 T.U. per le situazioni in cui il lavoratore non presta la sua opera in modo continuativo. Tali meccanismi integrano la base di calcolo costituita dalla retribuzione effettivamente percepita, di per sé idonea a garantire un congruo livello di prestazioni assicurative. La stessa giurisprudenza di legittimità ha affermato che, ai fini del calcolo della rendita per invalidità permanente, qualora il soggetto danneggiato non abbia prestato la propria opera continuativamente nei dodici mesi



precedenti l'evento dannoso, occorre prendere in considerazione una retribuzione presunta, ovvero la retribuzione effettivamente percepita integrata dai correttivi previsti dalla legge per salvaguardare il principio costituzionale dell'adeguatezza della prestazione, utilizzando il criterio matematico legale predisposto dall'art.116, comma 2,d.P.R. 30 giugno 1965 n.1124 (cfr. Cassazione civile, sez.lav., 24 gennaio 2005 n.1382).I meccanismi di calcolo previsti da tale norma, ordinariamente seguiti per la generalità dei lavoratori che, nei quindici giorni precedenti l'infortunio (o nell'anno se si tratta di rendita), non hanno prestato la loro opera in modo continuativo per malattia, cassa integrazione ecc. nonchè nei casi in cui l'infortunio accada nel primo giorno lavorativo, prevedono che la retribuzione media giornaliera percepita nei periodi di effettiva prestazione d'opera debba essere applicata anche ai periodi in cui tale prestazione non viene effettuata. Ciò stante, l'indennità di disponibilità non può essere considerata, ai fini indennitari, come vero e proprio corrispettivo dell'attività lavorativa prestata e dunque, per le ipotesi di lavoro intermittente, deve essere applicato l'art. 116, richiamato dall'art.117, nella sua formulazione letterale, come sopra descritta.

Di recente e con riferimento ai lavoratori intermittenti la DC Prestazioni dell'inail ha emanato sul tema ulteriori specifiche istruzioni operative prima dell'entrata in vigore della legge 92/2012.statuendo : " L art. 38 D. Lgs. n. 276/2003 sancisce il principio di "non discriminazione" in base al quale il lavoratore intermittente non deve ricevere, per il periodo in cui presta attività lavorativa, a parità di mansioni, un trattamento economico e normativo complessivamente meno favorevole di quello percepito dagli altri dipendenti di pari livello dello stesso datore di lavoro. L'attuazione di questa equiparazione avviene secondo quanto previsto dal secondo comma dello stesso articolo il quale espressamente prevede che il trattamento economico e normativo, anche per quanto riguarda gli aspetti previdenziali, ivi inclusi quelli attinenti alla tutela antinfortunistica, deve essere riproporzionato in ragione della prestazione lavorativa effettivamente eseguita, cioè in ragione dei periodi effettivamente lavorati a seguito della hsposta alla chiamata del datore di lavoro.

Base retributiva per la liquidazione delle prestazioni economiche

Premesso quanto sopra, per la determinazione della base retributiva utile per la liquidazione delle prestazioni economiche si devono seguire i meccanismi indicati negli artt. 116 e 117 T.U. in base ai quali, come noto, si deve fare riferimento alla retribuzione giornaliera percepita nei periodi di effettiva prestazione d'opera.Tali articoli, inoltre, prendono in considerazione anche l'ipotesi in cui l'infortunato abbia prestato la sua opera in modo non continuativo - e cioè la situazione tipica dei lavoratori intermittenti - la cui caratteristica principale e proprio la discontinuità della prestazione lavorativa - stabilendo il principio che la base retributiva su cui calcolare le prestazioni economiche deve essere determinata estendendo la retribuzione media giornaliera percepita nei periodi di effettiva prestazione di lavoro all'intero periodo di riferimento (quindici giorni per l'indennità di temporanea e trecento giorni per la rendita), salvo i casi in cui esista una retribuzione convenzionale (di cui all'art. 118 T.U.).Il suddetto principio trova applicazione anche nei casi in cui il lavoratore è chiamato a svolgere attività lavorativa solo per alcune ore nell'arco della giornata e, quindi, è retribuito con una paga oraria e non con una retribuzione giornaliera.In questa ipotesi, infatti, i citati articoli 116 e 117 T.U. dettano le modalità con le quali si deve pervenire alla retribuzione giornaliera, prevedendo che "si considera retribuzione giornaliera la sesta parte della somma che si ottiene rapportando alla durata oraria normale della settimana di lavoro nell'azienda per la categoria cui appartiene l'infortunato il guadagno medio orario percepito dall'infortunato stesso fino al giorno dell'infortunio".I descritti meccanismi di calcolo devono essere applicati anche nell'ipotesi in cui l'infortunio si verifichi nel primo giorno lavorativo.

Base retributiva per la liquidazione dell'indennità per inabilità temporanea assoluta di un lavoratore intermittente che percepisce una retribuzione molto elevata.

I suddetti meccanismi correttivi si applicano anche nei casi in cui il lavoratore intermittente venga chiamato a svolgere la sua attività lavorativa solo per pochi giorni all'anno e percepisca per tali giornate una retribuzione molto elevata. Ciò anche in considerazione del fatto che la specifica funzione dell'indennità di



temporanea è quella di risarcire temporaneamente il lavoratore per il pregiudizio economico subito a seguito dell'evento dannoso, senza previsione alcuna di un massimale di legge. Al riguardo, anche l'orientamento consolidato della giurisprudenza di legittimità, nel ribadire che l'indennità per inabilità temporanea assoluta è diretta ad assicurare al lavoratore i mezzi di sostentamento finché dura l'inabilità che impedisce totalmente e di fatto all'infortunato di rendere le sue prestazioni lavorative, ha chiaramente precisato che la retribuzione rilevante ai fini infortunistici e in generale quella effettiva ma "tale retribuzione rileva però diversamente, in relazione della diversità di funzione, per il calcolo della indennità di temporanea e della rendita. La prima, avendo una funzione sostitutiva della retribuzione non percepita a causa della inabilità, va calcolata sulla retribuzione effettiva dei quindici giorni antecedenti la data della sospensione del lavoro, intendendo per retribuzione effettiva quella contrattualmente dovuta (anche se non corrisposta) risultante dalle registrazioni obbligatorie di cui all'art. 20 T.U., o quella superiore di fatto percepita (art. 120, 1° comma, T.U.), maggiorata dei ratei degli oneri differiti (mensilità aggiuntive e ferie).

**Adeguamento della base retributiva al minimale di legge**

La funzione dell'indennità per inabilità temporanea assoluta, come sopra delineata, consente di risolvere positivamente anche il problema dell'applicabilità del minimale di legge ai casi in cui la base retributiva, a seguito di riproporzionamento nei termini sopra esplicitati, risulta inferiore a detto minimale. Infatti, la funzione indennitaria della prestazione in argomento deve rispondere ad un criterio di adeguatezza non soltanto alla retribuzione di fatto percepita ma anche alle esigenze di vita, ai sensi dell'art. 38, comma 2, Cost. In quest'ottica, il minimale di legge, la cui applicazione determina una discontinuità tra la retribuzione effettivamente percepita e l'ammontare delle prestazioni economiche, costituisce, appunto, lo strumento predisposto dal legislatore ordinario per garantire che dette prestazioni assicurino i livelli essenziali della tutela privilegiata di rango costituzionale. D'altra parte, tra le retribuzioni effettive escluse dall'adeguamento al minimale giornaliero ai sensi della circ. n. 21/2011 non rientra quella percepita dai lavoratori intermittenti. Al riguardo, infatti, la detta circolare fa espresso riferimento alla sola indennità di disponibilità sulla quale "[...] i contributi sono versati per il loro effettivo ammontare, in deroga alla vigente normativa in materia di minimale contributivo".

Dr.ssa Silvana Toriello

Fonte: [www.laprevidenza.it](http://www.laprevidenza.it)