

ENRICO MARIA TERENCE

# Lavoro intermittente

Estratto da:

## DIGESTO

*delle Discipline Privatistiche*

*Sezione Commerciale*

*Aggiornamento*

\*\*\*

con la collaborazione di

Stefano Ambrosini - Franco Belli - Giuseppe Pellacani - Francesco Tesau

**UTET**  
GIURIDICA

## INDICE

Accertamento tributario doganale di A. DE CICCO . . . . .	<i>p.</i>	1
Accise di A. DE CICCO e G. CULTRERA . . . . .	»	14
Agenzie fiscali di G. M. CIPOLLA . . . . .	»	25
Aiuti di Stato alla occupazione di M. TRABOSCHI . . . . .	»	45
Appalto (diritto del lavoro) di L. VALENTE . . . . .	»	48
Apprendistato di G. LOY . . . . .	»	72
Associazione in partecipazione nel diritto tributario di M. PIERRO . . . . .	»	75
Assunzioni agevolate di M. BRISCIANI . . . . .	»	87
Azioni proprie di A. BENOCCI . . . . .	»	95
Capitale e operazioni sul capitale (s.p.a.) di A. BENOCCI . . . . .	»	102
Centrale dei rischi di G. LIACE . . . . .	»	112
Comitati aziendali europei di G. LEOTTA . . . . .	»	128
Conciliazione giudiziale (diritto tributario) di S. SARDELLA . . . . .	»	139
Consulente del lavoro (profilo della professione) di R. DE LUCA . . . . .	»	151
Contratti bancari. Tutela del cliente di F. MAZZINI . . . . .	»	161
Contratto collettivo (efficacia temporale del) di M. TRABOSCHI . . . . .	»	191
Credito d'imposta per i redditi prodotti all'estero di A. CONTRINO . . . . .	»	204
Dematerializzazione (strumenti finanziari) di E. M. MASTROPAOLO . . . . .	»	238
Dimissioni del lavoratore di A. LEVI . . . . .	»	261
Direzione e coordinamento di A. BADINI CONFALONIERI . . . . .	»	280
Diritto comunitario e diritto europeo delle società di R. TORINO . . . . .	»	292
Diritto doganale di A. DE CICCO . . . . .	»	322
Discriminazione (divieti di) di R. BORTONE . . . . .	»	349
Distacco internazionale di L. DE MARCO . . . . .	»	356

Documenti di lavoro di M. BRISCIANI . . . . .	p. 367
Elusione fiscale di S. CIPOLLINA . . . . .	» 371
Famiglia nel diritto tributario di M. V. CERNIGLIARO DINI . . . . .	» 385
Formazione professionale di G. LOY . . . . .	» 392
Giovani di G. Loy . . . . .	» 399
Handicap (diritto del lavoro) di A. MURATORIO . . . . .	» 402
Imposta sul reddito delle società di G. ZIZZO . . . . .	» 418
Inquadramento datori lavoro (sicurezza sociale) di I. MARIMPIETRI . . . . .	» 428
Lavoro a progetto di G. SANTORO PASSARELLI . . . . .	» 443
Lavoro a tempo determinato di C. TIMELLINI . . . . .	» 457
Lavoro dei religiosi di P. PASSALACQUA . . . . .	» 482
Lavoro delle donne di L. GALANTINO . . . . .	» 502
Lavoro intermittente di E. M. TERENCEZIO . . . . .	» 530
Licenziamento disciplinare di V. FERRANTE . . . . .	» 538
Licenziamento ingiurioso di G. FRANZA . . . . .	» 548
Nuovo collocamento della gente di mare di C. CARDILLO . . . . .	» 555
Operazioni straordinarie nel diritto tributario di G. ZIZZO . . . . .	» 563
Partecipazione dei lavoratori alla gestione delle imprese di G. LEOTTA . . . . .	» 572
Partecipazione nella s.r.l. di P. REVIGLIONE . . . . .	» 598
Patrimoni destinati a «specifici affari» di R. SANTAGATA . . . . .	» 611
Patto di non concorrenza di E. MINALE COSTA . . . . .	» 638
Prestazione di fatto di lavoro subordinato di M. FAIOLI . . . . .	» 650
Principi contabili di F. PONTANI . . . . .	» 659
Principi contabili internazionali di G. BIANCHI . . . . .	» 668
Principi di controllo (contabile) di F. PONTANI . . . . .	» 678
Privacy (diritto del lavoro) di A. TAMPIERI . . . . .	» 686
Processo tributario di F. TESAURO . . . . .	» 697
Redditi prodotti all'estero di A. M. GAFFURI . . . . .	» 720
Risk management di G. BIANCHI . . . . .	» 743
Risparmiatore (tutela del) di G. BIANCHI . . . . .	» 756
Rivalutazione monetaria (diritto del lavoro e della sicurezza sociale) di F. PROIETTI . . . . .	» 766
Società a responsabilità limitata unipersonale di E. L. NTUK . . . . .	» 791
Società consortile di S. GIOVANNINI . . . . .	» 800
Società europea e società cooperativa europea di G. LEOTTA . . . . .	» 815
Società (fallimento delle) di P. G. DEMARCHI . . . . .	» 832

Tariffa Doganale Comune di A. DE CICCO . . . . .	p.	845
Trasferimento elettronico di fondi di E. MONACI . . . . .	»	855
Trasferta di F. PROIETTI . . . . .	»	865
Usi (diritto del lavoro) di L. VALENTE . . . . .	»	892

## Lavoro intermittente

**Bibliografia:** ALLEVA, *Ricerca e analisi dei punti critici del decreto legislativo 276/03 sul mercato del lavoro*, RGL, 2003, I, 887; BASENGHI, *Co.co.co., lavoro a chiamata e job sharing*, GLav, 2003, 10, 33 ss.; BELLOCCHI, *Le nuove tipologie di lavoro: il lavoro a chiamata, il lavoro coordinato e continuativo; il lavoro occasionale e accessorio; il lavoro occasionale e continuativo; il lavoro ripartito*, in a cura di M. T. Carinci, *La Legge delega in materia di occupazione e mercato del lavoro*, Milano, 2003, 188 ss.; *Id.*, *Le aporie del lavoro intermittente*, ADL, 2005, 567 ss.; BIAGI, *L'accordo Zanussi e il lavoro a chiamata*, GLav, 2000, 28, 56 ss.; BONI, *Contratto di lavoro intermittente e subordinazione*, RIDL, 2005, 1, 113 ss.; CATAUDELLA, «Lavoro Intermittente», in *Enc. giur.*, XIII, Agg., Roma, 2005; *Id.*, *Disponibilità del lavoratore e nuovi tipi legali di lavoro subordinato*, RIDL, 2007, 1, 85 ss.; DE ANGELIS, *Lavoro intermittente senza obbligo di risposta alla chiamata: contratto senza contratto?*, ADL, 2004, 885 ss.; DEL PUNTA, *Riforma Biagi: il contratto di lavoro intermittente*, GLav, 2004, 14, 12 ss.; DELL'OLIO, *Le nuove tipologie e la subordinazione*, in AA.VV., *Come cambia il mercato del lavoro*, Milano, 2004, 21 ss.; FERRARO, *Tipologie di lavoro flessibile*, Torino, 2004; GAROFALO, *La legge delega sul mercato del lavoro: prime osservazioni*, RGL, 2003, 359 ss.; GHERA, *Il nuovo diritto del lavoro, Subordinazione e lavoro flessibile*, Torino, 2006; *Id.*, *Diritto del lavoro*, Bari, 2006; GOTTARDI, *Tipologie contrattuali a orario ridotto modulato o flessibile*, in *La riforma del mercato di lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, a cura di Gragnoli-Perulli, Padova, 2004, 471 ss.; LUNARDON, *La flessibilità tipologica e il superamento della fattispecie «lavoro subordinato»*, in *Il diritto del lavoro, dal libro bianco al Disegno di legge delega 2002*, a cura di F. Carinci - M. Miscione, Milano, 2002, 87; MATTAROLO, *Il lavoro intermittente*, in *Commentario al d.lg. 10-9-2003, n. 276*, coordinato da F. Carinci, III, *Contratti di lavoro flessibili e contratti formativi*, Milano, 2004, 3 ss.; MERLINO, *Una figura innovativa di rapporto di lavoro: il contratto di lavoro intermittente*, RIDL, 2007, 2, 191 ss.; NAPPI, *Il lavoro intermittente. Scritti in onore di Salvatore Hernandez*, DL, 2003, VI, 531 ss.; PELLACANI, *Il lavoro intermittente*, in *Commentario alla riforma del lavoro*, a cura di Pellacani, Milano, 2006, 178 ss.; PERSIANI, *La tutela previdenziale della riforma del mercato del lavoro*, PAPP, 2004, 4; PERULLI, *Il lavoro intermittente*, in *Impiego Flessibile e Mercato del Lavoro*, a cura di Perulli, Torino, 2004, 133 ss.; PINTO, *Lavoro e nuove regole. Dal libro Bianco al decreto legislativo 276/2003*, Roma, 2004; ROCCELLA, *Contrattazione collettiva, azione sindacale, problemi di regolazione del mercato del lavoro*, LD, 2000, 3, 356; U. ROMAGNOLI, *Radiografia di una riforma. Guida alla lettura del d.lg. 276/2003, in materia di occupazione e mercato del lavoro*, Bologna, 2003; ROMEI, *Lavoro intermittente*, in AA.VV., *Il nuovo mercato del lavoro*, Bologna, 2004, 401 ss.; G. SANTORO PASSARELLI, *Diritto dei lavori*, Torino, 2004; SUPLOT, *Il futuro del lavoro*, a cura di Barbieri-Mingione, Roma, 2003; VALLEBONA, *Lavoro intermittente e discontinuo: i sinonimi e la «norma a orecchio»*, DL, 2004, V/VI, 249; VINCIERI, *Il lavoro intermittente o a chiamata: natura giuridica e tecniche regolative*, DRI, 2005, 117; VOZA, *La destrutturazione del*

*tempo di lavoro: part-time, lavoro intermittente e lavoro ripartito*, in CURZIO, *Lavoro e diritti dopo il d.lg. 276/2003*, Bari, 2004, 252 ss.

**Legislazione:** art. 36 Cost.; art. 2094 c.c.; l. 24-6-1997, n. 196 (Norme in materia di promozione dell'occupazione); d.lg. 25-2-2000, n. 61 (Attuazione della direttiva 97/81/CE relativa all'accordo - quadro sul lavoro a tempo parziale concluso dall'UNICE, dal CEEP e dalla CES); d.lg. 6-9-2001, n. 368 (Attuazione della direttiva 1999/70/CE relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato concluso dall'UNICE, dal CEEP e dal CES); l. 14-2-2003, n. 30 (Legge delega in materia di occupazione e mercato del lavoro); d.lg. 8-4-2003, n. 66 (Attuazione delle direttive 93/104/CE e 2000/34/CE concernenti taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro); d.lg. 10-9-2003, n. 276 (Attuazione delle deleghe in materia di occupazione e mercato del lavoro, di cui alla l. 14-2-2003, n. 30); d.lg. 6-10-2004, n. 251 (Disposizioni correttive del d.lg. 10-9-2003, n. 276, in materia di occupazione e mercato del lavoro); l. 14-5-2005, n. 80 (conversione in legge con modificazioni del d.l. 14-3-2005, n. 35 recante Disposizioni urgenti nell'ambito del Piano di azione per lo sviluppo economico, sociale e territoriale. Deleghe al Governo per la modifica del codice di procedura civile in materia di processo di cassazione e di arbitrato nonché per la riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali); d.m. 10-3-2004 (Indennità mensile di disponibilità da corrispondere al lavoratore nell'ambito del contratto di lavoro intermittente, ai sensi dell'art. 36 del d.lg. 10-9-2003, n. 276); d.m. 23-10-2004 (Individuazione, in via provvisoriamente sostitutiva, della contrattazione collettiva dei casi di ricorso al lavoro intermittente, ai sensi dell'art. 40 del d.lg. 10-9-2003, n. 276).

**Sommario:** 1. Premessa. – 2. La fattispecie. a) Definizione e tipologie. – 3. (Segue). b) La qualificazione giuridica. – 4. (Segue). c) Durata del contratto. – 5. Disciplina. a) Le ipotesi di ricorso al contratto intermittente. – 6. (Segue). b) Divieti. – 7. (Segue). c) Forma e contenuto del contratto. – 8. (Segue). d) Trattamento economico. – 9. Diritti del lavoratore intermittente: il principio di non discriminazione. – 10. Osservazioni conclusive.

### 1. Premessa.

Il lavoro intermittente o a chiamata, introdotto e disciplinato, per la prima volta nel nostro ordinamento, dagli artt. 33-40 d.lg. 10-9-2003, n. 276, in attuazione della delega al Governo, contenuta nell'art. 4, 1° co., lett. a), l. 14-2-2003, n. 30, rappresenta una nuova tipologia di lavoro flessibile, voluta dal legislatore, «al fine di contrastare tecniche fraudolente o addirittura apertamente *contra legem*», constatate, secondo l'analisi compiuta dall'allora Governo, soprattutto nel settore terziario, mediante l'utilizzo, da parte delle imprese, di prestazioni discontinue, di tipo subordinato o parasubordinato, nell'ambito del lavoro in nero (1).

L'intento era quello di inquadrare detto fenomeno non tanto nella fattispecie del lavoro a tempo parziale, quanto, piuttosto, in quella del lavoro temporaneo tramite agenzia, finendo per costituirne un'evoluzione, sul modello olandese, non necessariamente agganciato allo schema della subordinazione (2).

L'esperienza del lavoro a chiamata, già presente in alcuni ordinamenti europei, sembra essere caratterizzato, nel suo schema-tipo comune, da un evidente squilibrio contrattuale in favore della flessibilità nell'interesse dell'impresa, avendo il datore di lavoro piena facoltà di decidere unilateralmente l'*an*, il *quantum* (3) e il *quando* (4) della prestazione, agguindandosi, così, alle molteplici tipologie lavorative ad orari variabili, multiperiodali o con modulazione annuale del tempo di lavoro, sempre più in aumento nel mercato del lavoro, che hanno suscitato notevoli perplessità, anche a livello comunitario, per le conseguenze che producono sul livello e sulla continuità del reddito dei lavoratori, tanto da far preconizzare ad alcuni la fine del contratto a tempo uniforme (5). Tuttavia, ad eccezione della Gran Bretagna, ove le forme del lavoro a chiamata, detto «job on call», sono del tutto libere, in Germania, ad esempio, tale istituto, disciplinato già dal 1985, gode di una regolamentazione piuttosto rigida e dettagliata, tanto da venire considerato una sottospecie del lavoro part time, poiché deve essere stabilita la durata dell'orario lavorativo settimanale e giornaliero, con obbligo del lavoratore di svolgere la prestazione solo qualora il datore gli abbia comunicato la posizione del suo orario con almeno quattro giorni di anticipo (6).

In Belgio, il lavoro intermittente è riservato soltanto alle professionalità più elevate, mentre in Olanda, paese, come visto, preso come termine di paragone nel Libro Bianco, è molto diffuso, sia nella variante a zero ore, che non prevede alcuna garanzia che la prestazione sia offerta o richiesta, essendo le parti completamente libere di impegnarsi, rispettivamente, a svolgere o richiedere la prestazione lavorativa, sia in quella che prevede un numero minimo d'ore settimanali, ancorché recentemente siano state adottate delle tutele minime per prevenirne gli abusi (7). In Italia, prima dell'intervento normativo del 2003, si era tentata l'applicazione del lavoro a chiamata, per via contrattuale, con il noto accordo Electrolux-Zanussi, del giugno 2000.

Lo schema contrattuale delineato in quell'occasione, denominato ad «espansione programmata», doveva essere una sottospecie del contratto a tempo parziale, divergendo da quello ora previsto nel d.lg. n. 276/2003, ma fu bocciato dai lavoratori con un referendum indetto nel luglio di quello stesso anno (8).

(1) V. *Libro Bianco sul mercato del lavoro in Italia*, Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, Roma, 2001, 71.

(2) *Ibidem*.

(3) V. PERULLI, *Il lavoro intermittente*, in *Impiego Flessibile e Mercato del Lavoro*, a cura di Perulli, Torino, 2004, 134 ss.

(4) V. ROMEI, *Lavoro intermittente*, in AA.VV., *Il nuovo mercato del lavoro*, Bologna, 2004, 408 ss.

(5) V. SUPLOT, *Il futuro del lavoro*, a cura di Barbieri-Mingione, Roma, 2003, 25 ss.

(6) V. PERULLI, *op. cit.*, 134; CATAUDELLA, «Lavoro intermittente», in *Enc. giur.*, XIII, Agg., Roma, 2005, 1; BONI, *Contratto di lavoro intermittente e subordinazione*, RIDL, 2005, 1, 116 ss.

(7) PERULLI, *op. cit.*, 135.

(8) V. BIAGI, *L'accordo Zanussi e il lavoro a chiamata*, GLav, 2000, 28, 56 ss.; ROCCELLA, *Contrattazione collettiva, azione sindacale, problemi di regolazione del mercato del lavoro*, LD, 2000, 3, 356.

## 2. La fattispecie. a) Definizione e tipologie.

L'art. 33, 1° co., d.lg. n. 276/2003, definisce il lavoro intermittente come quel contratto «mediante il quale un lavoratore si pone a disposizione di un datore di lavoro che ne può utilizzare la prestazione lavorativa», nei limiti tracciati dal successivo art. 34, che demanda alla contrattazione collettiva il compito di individuare le ipotesi oggettive legittimanti il ricorso al contratto medesimo, fissando, invece, direttamente, quelle soggettive.

Il primo elemento discretivo che emerge, leggendo la suddetta disposizione, insieme alla disciplina dettata dagli artt. 35 e 36, è il carattere eventuale dell'obbligo di disponibilità da parte del lavoratore che, se, da una parte, consente di individuare almeno due tipologie di lavoro intermittente, ha, però, dall'altra, suscitato un ampio dibattito dottrinario, sulla loro qualificazione giuridica (9).

In quella che può definirsi la prima tipologia, il prestatore matura il diritto a percepire l'indennità di disponibilità, ai sensi dell'art. 36, 1° co., solo se si obbliga a restare a disposizione del datore di lavoro, rispondendo alle chiamate, pena, in difetto, il rischio di incorrere nella risoluzione del contratto, con conseguente obbligo di restituire la quota di indennità di disponibilità riferita al periodo successivo all'ingiustificato rifiuto, e di vedersi costretto a risarcire un danno, congruamente quantificato dalla contrattazione collettiva o dal contratto individuale di lavoro, secondo quanto previsto dall'art. 36, 6° co.

La seconda tipologia, ricavabile dall'art. 35, lett. b) e c), dove sono contenuti, rispettivamente, gli incisi «eventualmente garantita» e «ove prevista», riferiti il primo alla disponibilità e il secondo alla relativa indennità, e dall'art. 36, 6° co., è caratterizzata dalla facoltà per il prestatore di non concedere la propria disponibilità, con la conseguenza che la mancata percezione dell'indennità viene compensata, come è logico, dalla piena libertà di rifiutare le chiamate, senza incorrere in alcuna conseguenza.

Infine, in dottrina, si discute se, nel successivo art. 37, possa scorgersi anche una terza tipologia di lavoro intermittente, allorché si prevede che il lavoratore

maturi il diritto alla corresponsione dell'indennità di disponibilità, solo qualora sia effettivamente chiamato nei fine settimana, nei periodi delle ferie estive, delle vacanze natalizie o pasquali, o negli ulteriori periodi predeterminati dalla contrattazione collettiva.

L'orientamento prevalente (10) ritiene che si tratti di una sorta di variante del primo tipo, nel senso che in entrambi il prestatore di lavoro si obbliga, comunque, a rispondere alla chiamata, con la differenza che, nel primo, il datore è tenuto a corrispondere l'indennità di disponibilità, anche se non chiami effettivamente il lavoratore, in quello di cui all'art. 37, è tenuto, invece, a corrisponderla solo in caso di effettiva utilizzazione della prestazione nei periodi predeterminati.

In sostanza, se, da una parte, l'incertezza sulla collocazione temporale dell'attività lavorativa, tipica della prima ipotesi, viene attenuata nell'ultima, attraverso la predeterminazione dei periodi nei quali prestare l'attività, dall'altra, si realizzerebbe «una crudele condizione di sfruttamento» del lavoratore (11), sollevando non pochi dubbi di legittimità costituzionale, atteso che la sua libertà risulterebbe fortemente compressa, anche in ordine alla possibilità di reperire altre occupazioni, idonee a garantirgli un reddito conforme all'art. 36 Cost. (12), considerando pure l'ampiezza dei suddetti periodi (13).

Di qui, l'opzione interpretativa (14) che esclude l'obbligo di rispondere alla chiamata, al pari di quanto avviene nella seconda tipologia, tanto più se la si vuole considerare una mera causale speciale, come ha fatto il Ministero (15).

A ben vedere, un'interpretazione costituzionalmente orientata e nel contempo il più possibile aderente al dettato normativo, sembrerebbe confortare la tesi che porta ad escludere, in ogni caso, l'obbligo di disponibilità nel cit. art. 37; non è incoerente immaginare, infatti, la corresponsione dell'indennità di disponibilità, in caso di chiamata effettiva, quale remunerazione aggiuntiva, all'ordinaria retribuzione per l'attività in concreto espletata, per essersi il lavoratore reso disponibile in periodi particolarmente gravosi (vacanze estive, natalizie ecc.), benché non vi fosse obbligato.

Di diverso avviso sembra essere il Ministero, che, ha, invece, affermato che il lavoratore, nell'ipotesi di cui all'art. 37, matura il diritto a percepire l'indennità anche per tutti i periodi pregressi e posteriori alla chiamata, purché la stessa gli venga rivolta in concreto, non avendone diversamente diritto, pur in presenza dell'obbligo di disponibilità (16).

(9) V. per i necessari approfondimenti, par. 3.

(10) V. PERULLI, *Il lavoro intermittente*, cit., 142 ss.; MATTAROLO, *Il lavoro intermittente*, in *Commentario al d.lg. 10-9-2003, n. 276*, coordinato da F. Carinci, III, *Contratti di lavoro flessibili e con-*

*tratti formativi*, Milano, 2004, 57 ss.; GOTTARDI, *Tipologie contrattuali a orario ridotto, modulato o flessibile*, in *La riforma del mercato di lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, a cura di Gragnoli-Perulli, Padova, 2004, 499; VINCIGI, *Il lavoro intermittente o a chiamata: natura giuridica e tecniche regolative*, *DRF*, 2005, 117; CATADELLA, *Disponibilità del lavoratore e nuovi tipi legali di lavoro subordinato*, *RIDL*, 2007, 1, 87 ss.; BONI, *op. cit.*, 124 ss.

(11) V. lett. PERULLI, *op. cit.*, 143.

(12) V. C. Cost., 11-5-1992, n. 210, *FI*, 1992, 3232.

(13) V. circ. Min. Lav., 3-2-2005, n. 4.

(14) V. ROMEO, *op. cit.*, 405.

(15) V. circ. n. 4/2005 cit.; PELLACANI, *Il lavoro intermittente*, in *Commentario alla riforma del lavoro*, a cura di Pellacani, Milano, 2006, 186 ss.

(16) V. circ. n. 4/2005 cit.

### 3. (Segue). b) *La qualificazione giuridica.*

Come già accennato, l'aver previsto, solo in via eventuale, l'obbligo di disponibilità, ha creato notevoli problemi di qualificazione delle varie tipologie illustrate.

Alcuni hanno affermato che il lavoro intermittente sarebbe una sorta di part time, a chiamata, a zero ore, come sembrerebbe essere confermato dalla disciplina di cui all'art. 37 e di quella di cui all'art. 39, sul computo dei lavoratori intermittenti (17), concepito dal legislatore, evidentemente, per aggirare il divieto affermato dalla Corte costituzionale (18).

Si è osservato, però, che il lavoro intermittente presenta delle indubbie differenze sostanziali rispetto al lavoro a tempo parziale: l'indeterminatezza del quantum della prestazione, che nel part time, pur in presenza di clausole elastiche, è sempre garantito nella sua misura minima; la sussistenza di una netta scissione tra tempi di lavoro e non lavoro, che non consente di riscontrare nel lavoro intermittente la sussistenza di un unico e continuativo rapporto di lavoro come per il part time; l'obbligo di stare a disposizione nei periodi di non lavoro che nel lavoro a tempo parziale non sussiste e, infine, la possibilità per il prestatore intermittente di rifiutare la chiamata (19).

Tali difformità hanno spinto il Ministero a ritenere inapplicabile la disciplina del part time al lavoro intermittente, se non limitatamente, a quei principi richiamati espressamente nel testo normativo (20).

Anche per il lavoro interinale tramite agenzia, pur sussistendo, tra questo e il lavoro intermittente, delle assonanze, soprattutto con riferimento alla vecchia figura del contratto di lavoro temporaneo a tempo indeterminato, disciplinato dall'abrogato art. 3, lett. b) e 4, 3° co., legge n. 196/1997, ora art. 22, 3° co., d.lg. n. 276/2003, la principale differenza che non consente un'assimilazione dell'una nell'altra fattispecie è l'inesistenza di un intermediario e, quindi, di una dissociazione tra datore di lavoro formale e datore beneficiario della prestazione, tipico della somministrazione (21).

Così delimitato il campo d'indagine: per la prima tipologia di lavoro intermittente, comportante l'obbligo di disponibilità, sembrerebbe pressoché unanime la sua collocazione nell'alveo della subordinazione, ex art. 2094 c.c., anche se con gli opportuni distinguo.

Le argomentazioni addotte, traggono origine sia dalla valorizzazione dell'interesse organizzativo dell'imprenditore, cui la disponibilità sarebbe funzionalmente collegata, quale effetto dell'eterodirezione creditoria (22), sia dalle molteplici pronunce giurisprudenziali che hanno ritenuto la disponibilità un elemento rilevante per qualificare come subordinati tutti quei rapporti in cui il relativo vincolo risulti attenuato (23).

La sostenibilità della tesi in esame, incontra, però, degli ostacoli evidenti, laddove il legislatore, all'art. 38, 3° co., d.lg. n. 276/2003, sancisce che il lavoratore intermittente, per tutto il periodo che resta a disposizione «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'art. 36».

La necessità di coordinare i tempi di lavoro e non lavoro ha portato alcuni commentatori a ritenere che si tratterebbe: di un sottotipo negoziale del contratto di lavoro subordinato standard, legato a questo secondo un rapporto da species a genus, potendo definirsi esaurito l'oggetto del contratto nella semplice attesa della chiamata (24); di un contratto a causa mista (25), dove la causa si realizzerebbe nello scambio tra obbligo di disponibilità e indennità, e, una volta attivato il rapporto di lavoro «ordinario» mediante la chiamata, tra lavoro e retribuzione; di un tipo legale autonomo dallo schema di cui all'art. 2094 c.c. (26).

Sulla seconda tipologia, quella senza obbligo di risposta, si è addirittura dubitato che si possa parlare di un vero e proprio contratto (27), dipendendo l'attivazione dei singoli rapporti dalla mera volontà di entrambe le parti.

Secondo alcuni, sarebbe collocabile nell'area dell'autonomia, vista l'assenza dell'obbligo di disponibilità (28); un altro orientamento, al contrario, non esclude la qualificazione in termini di subordinazione, allorché le concrete modalità di svolgimento del rapporto, posto in essere, presentino gli indici pre-suntivi di questa (29), mentre un'altra impostazione ancora lo ritiene, comunque, subordinato, sul presupposto che essendo fungibile al contratto di lavoro a termine, consentirebbe al datore di organizzare l'attività d'impresa, creando un bacino di lavoratori da utilizzare secondo le esigenze produttive, coerentemente con la causa del contratto di lavoro subordinato (30).

Infine, nel tentativo di ricomporre ad unità la fatti-

specie del lavoro intermittente in tutte le sue «varianti», vi è chi lo qualifica come un contratto normativo o accordo quadro, sulla scorta dell'esperienza olandese, con il quale le parti si obbligano a prestare il loro consenso per stipulare una serie di contratti di lavoro alle condizioni predeterminate, dove la disponibilità si atteggia come un'obbligazione meramente accessoria (31).

Di certo, anche a voler seguire il metodo «tipologico-funzionale» per l'individuazione del tipo contrattuale cui ricondurre il lavoro intermittente, sul presupposto che ci si trovi di fronte ad un'unica causa, a prestazioni complesse (32), resta il fatto che la subordinazione ex art. 2094 c.c., limitata esclusivamente ai periodi di lavoro effettivo, difficilmente può rappresentare il presupposto unificante agli effetti della imputazione dello statuto protettivo del lavoratore intermittente, almeno di non ricondurla ad una diversa nozione giuridica, collegata ad uno statuto protettivo qualificato non più dalla subordinazione «classica» ma da una situazione soggettiva del lavoratore, avente carattere di continuità, perché comprensivo non solo dei periodi di lavoro subordinato e autonomo ma anche di non lavoro (33).

(17) V. U. ROMAGNOLI, *Radiografia di una riforma. Guida alla lettura del d.lg. 276/2003, in materia di occupazione e mercato del lavoro*, Bologna, 2003.

(18) C. Cost. n. 210/1992, cit.; VOZA, *La destrutturazione del tempo di lavoro: part-time, lavoro intermittente e lavoro ripartito*, in CURZIO, *Lavoro e diritti dopo il d.lg. 276/2003*, Bari, 2004, 254.

(19) V. MATTAROLO, *op. cit.*, 16; PELLACANI, *op. cit.*, 188 ss.

(20) V. circ. n. 4/2005 cit.

(21) V. ROMEI, *op. cit.*, 406; PELLACANI, *op. cit.*, 188 ss.

(22) V. tra i molti contributi: G. SANTORO PASSARELLI, *Diritto dei Lavori*, Torino, 2004, 228; DELL'OLIO, *Le nuove tipologie e la subordinazione*, in AA.VV., *Come cambia il mercato del lavoro*, Milano, 2004; FERRARO, *Tipologie di lavoro flessibile*, Torino, 2004, 76 ss.; BELLOCCHI, *Le nuove tipologie di lavoro: il lavoro a chiamata, il lavoro coordinato e continuativo; il lavoro occasionale e continuativo; il lavoro occasionale e accessorio; il lavoro ripartito*, in *La Legge delega in materia di occupazione e mercato del lavoro*, a cura di M. T. Carinci, Milano, 2003; CATAUDELLA, *Disponibilità del lavoratore e nuovi tipi legali*, cit., 85 ss.

(23) V., ex plurimis, sul lavoro giornalistico: Cass., 9-4-2004, n. 6983, AC, 2004, 486 e Cass., 28-7-1995, n. 8260, GC, 1996, I, 2356; sul lavoro dei medici di casa di cura: Cass., 23-10-2001, n. 13018, MGL, 2001, 1248, richiamate diffusamente da CATAUDELLA, *Disponibilità del lavoratore e nuovi tipi legali*, cit., 91 ss.

(24) V. U. ROMAGNOLI, *op. cit.*; contra: PERULLI, *op. cit.*, 137 ss.

(25) V. CATAUDELLA, «Lavoro intermittente», cit., 2.

(26) V. ROMEI, *op. cit.*, 421; DEL PUNTA, *Riforma Biagi: il contratto di lavoro intermittente*, GLav, 2004, 14, 13 ss.; MERLINO, *Una figura innovativa di rapporto di lavoro: il contratto di lavoro intermittente*, RIDL, 2007, II, 219; contra: CATAUDELLA, *Disponibilità del lavoratore e nuovi tipi legali*, cit., 96 ss.

(27) V. ALLEVA, *Ricerca e analisi dei punti critici del decreto legislativo 276/03 sul mercato del lavoro*, RGL, 2003, I, 887; DE ANGELIS, *Lavoro intermittente senza obbligo di risposta alla chiamata: contratto senza contratto?*, ADL, 2004, 885 ss.

(28) V. BASENGHI, *Co.co.co., lavoro a chiamata e job sharing*, GL, 10, 2003, 31; LUNARDON, *La flessibilità tipologica e il supe-*



ramento della fattispecie «lavoro subordinato», in *Il diritto del lavoro, dal libro bianco al Disegno di legge delega 2002*, a cura di F. Carinci - M. Miscione, Milano, 2002, 87.

(29) V. PELLACANI, *op. cit.*, 183.

(30) V. CATAUDELLA, *Disponibilità del lavoratore e nuovi tipi legali*, cit., 101.

(31) V. BELLOCCHI, *Le aporie del lavoro intermittente*, ADL, 2005, 570 ss.; PINTO, *Lavoro e nuove regole. Dal libro Bianco al decreto legislativo 276/2003*, Roma, 2004; limitatamente alla fattispecie senza obbligo di disponibilità: VOZA, *op. cit.*, 262; PERULLI, *op. cit.*, 142 ss.

(32) V. MERLINO, *op. cit.*, 201 ss.

(33) V. GHERA, *Il nuovo diritto del lavoro, Subordinazione e lavoro flessibile*, Torino, 2006, 158 ss.

#### 4. (Segue). c) *Durata del contratto.*

L'art. 33, 2° co., stabilisce che il contratto di lavoro intermittente può essere stipulato anche a tempo determinato.

La previsione rappresenta una novità del decreto, in quanto nella legge delega non si era previsto nulla, tanto che i primi commentatori avevano escluso che fosse ammissibile, vista la funzione peculiare del lavoro intermittente che è quella di garantire la disponibilità del lavoro occorrente solo quando se ne verificano l'esigenza (34).

Dopo l'entrata in vigore del d.lg. n. 276/2003, è stata da subito esclusa l'applicazione del d.lg. n. 368/2001 al lavoro intermittente a tempo determinato, se non altro da parte di coloro che, qualificandolo alla stregua di un contratto normativo, ritengono che i periodi di attesa non possano giustificare l'applicazione di una disciplina destinata a regolare l'apposizione del termine al contratto di lavoro subordinato tout court (35).

Il Ministero ha escluso che trovi applicazione il d.lg. n. 368/2001, sia per non essere espressamente richiamato nel d.lg. n. 276/2003, come, invece, accade per altri istituti, sia perché è la stessa legge a prevedere le ipotesi legittimanti il ricorso al contratto di lavoro intermittente, per cui sarebbe inappropriato il richiamo all'art. 1 d.lg. n. 368/2001 (36).

(34) V. BELLOCCHI, *Le nuove tipologie di lavoro*, cit., 200.

(35) V. MATTAROLO, *op. cit.*, 18.

(36) V. circ. n. 4/2005 cit.

#### 5. *Disciplina.* a) *Le ipotesi di ricorso al contratto intermittente.*

L'art. 34, 1° co., prevede che si possa ricorrere al contratto di lavoro intermittente «per lo svolgimento di prestazioni di carattere discontinuo o intermittente, secondo le esigenze individuate dai contratti collettivi stipulati da associazioni di datori e prestatori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale ovvero per periodi predeterminati nell'arco della settimana, del mese o dell'anno, ai sensi dell'art. 37», secondo le modifiche introdotte dall'art. 10 d.lg. 6-10-2004, n. 251.

L'aver demandato alla contrattazione collettiva l'individuazione delle «esigenze» e non più delle «prestazioni», come originariamente previsto nella legge delega, ha ampliato il ventaglio delle scelte, non limitando l'uso del contratto intermittente soltanto ad alcune specifiche attività (37) ma anzi consentendo l'individuazione di ipotesi sia oggettive (causali o meramente temporali) che soggettive (38).

L'inertza delle parti sociali ha spinto il Ministero del Lavoro ad intervenire provvisoriamente, ai sensi dell'art. 40, emanando il d.m. 23-10-2004, con il quale sono state richiamate integralmente le attività indicate nella tabella allegata al r.d. 6-12-1923, n. 2657, cioè quelle «occupazioni che richiedono un lavoro discontinuo o di semplice attesa o custodia», per le quali non trovano applicazione le norme sulla durata settimanale dell'orario di lavoro, ai sensi dell'art. 16, 1° co., lett. d), d.lg. n. 66/2003.

La varietà delle attività ivi indicate, quali, ad esempio, quelle di giardiniere, custode, portinaio, fattorino, usciere ecc., da prendersi quali parametri di riferimento oggettivo, senza tenere conto dei requisiti dimensionali e delle altre limitazioni contenute nel r.d., secondo le precisazioni fornite dal Ministero (39), hanno suscitato non poche perplessità.

In particolare, si è osservato che la discontinuità del r.d. del 1923 è interna alla normale prestazione giornaliera e ne giustifica una maggiore durata, in quanto discontinua e, quindi, poco usurante.

Al contrario, l'intermittenza di cui al d.lg. n. 276/2003, esclude proprio la normale attività giornaliera, per una prestazione in misura complessivamente ridotta e in tempi variabili secondo le esigenze aziendali, sicché avrebbe poco senso immaginare un «portiere» o un «giardiniere» intermittenti, trattandosi di attività che normalmente implicano uno stabile impegno lavorativo (40).

L'art. 34, 2° co., stabilisce, inoltre, che si possa ricorrere al contratto di lavoro intermittente, in ogni caso, con riferimento a prestazioni rese da soggetti con meno di 25 anni di età ovvero da lavoratori con più di 45 anni di età, anche pensionati, secondo le modifiche introdotte dall'art. 1 bis d.l. 14-3-2005, n. 35, conv. nella legge 14-5-2005, n. 80.

Nella versione originaria, era richiesto lo stato di disoccupazione, per i primi, e l'espulsione dal ciclo produttivo o l'iscrizione nelle liste di mobilità e di collocamento, per i secondi, ed era precisata, ora non più, la natura sperimentale della disposizione.

Si tratta di ipotesi che consentono l'immediata conclusione del contratto di lavoro intermittente, a prescindere dalle previsioni collettive o ministeriali.

È da notare che, mentre per i minori di 25 anni è utilizzato il termine «soggetti», per gli ultra-quarantacinquenni viene utilizzato il termine «lavoratori» che sembra escludere coloro che non abbiano mai

lavorato, includendovi, al contrario, coloro che hanno un rapporto di lavoro in atto (41).

Al pari di queste, anche le ipotesi di cui all'art. 37, 1° co., come detto in precedenza (42), consentono l'immediata applicazione del contratto di lavoro intermittente, ancorché la contrattazione collettiva possa determinare ulteriori periodi predeterminati, ai sensi dell'art. 37, 2° co.

Si deve segnalare che il Ministero ha precisato cosa si debba intendere per fine settimana, vacanze natalizie, pasquali e ferie estive, ex art. 37, 1° co. (43).

(37) V. PERULLI, *op. cit.*, 145.

(38) V. PELLACANI, *op. cit.*, 192.

(39) V. circ. n. 4/2005, cit.

(40) V. VALLEBONA, *Lavoro intermittente e discontinuo: i sinonimi e la «norma a orecchio»*, DL, 2004, 5/6, 249; PELLACANI, *op. cit.*, 195.

(41) V. PELLACANI, *op. cit.*, 197.

(42) V. *retro*, par. 2.

(43) V. circ. n. 4/2005, cit.

#### 6. (Segue). b) *Divieti.*

Il regime dei divieti ricalca quanto già in passato statuito per il lavoro interinale, art. 1, 4° co., legge n. 196/1997, ora, somministrazione di lavoro, art. 20, 5° co., d.lg. n. 276/2003, nonché per il lavoro a tempo determinato, art. 3 d.lg. n. 368/2001.

In particolare, l'art. 34, 3° co., stabilisce che è «vietato il ricorso al lavoro intermittente»: per sostituire lavoratori in sciopero; presso unità produttive, ove si sia proceduto, entro i sei mesi precedenti, a licenziamenti collettivi, ai sensi degli artt. 4 e 24 legge n. 223/1991, che abbiano riguardato lavoratori adibiti alle stesse mansioni cui si riferisce il contratto di lavoro intermittente ovvero presso le unità produttive ove sia operante un regime di riduzione dell'orario, con diritto al trattamento d'integrazione salariale, che interessino lavoratori adibiti alle mansioni cui si riferisce il contratto di lavoro intermittente; da parte di imprese che non abbiano effettuato la valutazione dei rischi, ai sensi dell'art. 4 d.lg. 19-9-1994, n. 626 e successive modificazioni.

Quanto alla prima ipotesi, il divieto sembrerebbe essere più stringente di quello previsto per il contratto a t.d. o per la somministrazione, nel senso che, sebbene il lavoratore abbia già in corso un contratto di lavoro intermittente, e, dunque, sia già stato assunto, non possa essere chiamato per sostituire lavoratori in sciopero.

Il che solleva non poche perplessità, perché andrebbe, da una parte, a ledere il diritto del prestatore di non aderire allo sciopero, dall'altra, comprometterebbe il diritto dell'imprenditore di organizzare la propria attività, utilizzando lavoratori già in organico, come comunemente ammesso da consolidata giurisprudenza di legittimità (44).

Quanto alla seconda ipotesi, sono ammesse delle deroghe da parte della contrattazione collettiva, senza che sia dato comprendere quale livello della stessa sia implicato.

Peraltro, il divieto sembrerebbe essere rivolto prevalentemente alle ipotesi di assunzione per le causali soggettive, giacché, per le altre, comprese quelle indicate dal Ministero, appare difficile che dei lavoratori normalmente impiegati in attività continuative, se licenziati o sottoposti a sospensione per c.i.g. o c.i.g.s., possano essere facilmente rimpiazzati dagli intermittenti che possono svolgere solo attività discontinue.

La terza ipotesi ha chiaramente lo scopo d'incentivare l'adeguamento datoriale alle prescrizioni normative in materia di sicurezza sul lavoro (45).

(44) V. ex plurimis: Cass., 7-7-2002, n. 9709, RGL, 2003, 2, con nota di LEOTTA; PELLACANI, *op. cit.*, 198.

(45) V. FERRARO, *op. cit.*, 80.

#### 7. (Segue). c) *Forma e contenuto del contratto.*

L'art. 35, 1° co., lett. a)-f), prevede che il contratto debba rivestire la forma scritta ad probationem, per l'indicazione: della durata dello stesso e delle ipotesi oggettive o soggettive; del luogo e delle modalità della disponibilità, se garantita dal lavoratore, con il relativo termine di preavviso che non può essere inferiore ad un giorno; del trattamento economico e normativo spettante al lavoratore e dell'indennità di disponibilità, ove prevista; delle forme e modalità, con cui il datore è legittimato a richiedere l'esecuzione della prestazione lavorativa e delle modalità di rilevazione della stessa; dei tempi e delle modalità di pagamento della retribuzione di disponibilità; di eventuali misure di sicurezza specifiche, al tipo di attività dedotta in contratto.

Nello specificare gli elementi di cui sopra, inoltre, le parti devono uniformarsi alle disposizioni della contrattazione collettiva, ove previste.

La circostanza che la forma sia richiesta solo ai fini della prova degli elementi indicati dalla legge, significa che, in assenza di essa, nessuna delle due parti potrà far valere in giudizio la sussistenza di tale contratto, e che il lavoratore avrà l'onere di provare l'eventuale sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, ove ne ricorrano i presupposti; non si tratterebbe, infatti, di una vera e propria conversione, in assenza di uno specifico apparato sanzionatorio, ma di una mera questione di carattere probatorio (46).

Peraltro, la disposizione in esame prevede un contenuto minimo, da integrare con le prescrizioni di cui al d.lg. n. 152/1997 (47), dove la libera determinazione delle parti, riguardo alla tipologia con obbligo di risposta alla chiamata, deve conformarsi alle dispo-

sizioni normative e collettive, in materia di orario di lavoro (48).

Ciò significa, tra l'altro, che oltre a non essere ammessa l'assunzione di un obbligo di disponibilità illimitato, che sarebbe costituzionalmente illegittimo (49), la prestazione lavorativa dovrà essere resa conformemente al d.lg. n. 66/2003 e alle previsioni collettive in materia, potendo essere concordato anche un impegno a tempo parziale, ancorché non trovi applicazione la relativa disciplina (50).

Il Ministero ha anche precisato che, oltre alle modalità con le quali il datore è legittimato a richiedere l'esecuzione della prestazione, ad es. via fax, tramite posta elettronica ecc., devono essere previste le forme e le modalità di conferma da parte del lavoratore e il termine entro il quale devono pervenire al datore.

Quest'ultimo deve, poi, a norma dell'art. 35, 3° co., informare annualmente le r.s.a., ove esistenti, dell'andamento del ricorso al contratto di lavoro intermittente, pena, in difetto, il rischio di incorrere in un procedimento, ex art. 28 st. lav. (51).

(46) V. MATTAROLO, *op. cit.*, 41; FERRARO, *op. cit.*, 81; *contra*: MERLINO, *op. cit.*, 193.

(47) V. ROMEL, *op. cit.*, 424.

(48) V. circ. n. 4/2005, cit.

(49) V. PELLACANI, *op. cit.*, 199.

(50) V. circ. n. 4/2005, cit.

(51) V. PELLACANI, *op. cit.*, 202.

#### 8. (Segue). d) *Trattamento economico.*

Dal combinato disposto degli artt. 36 e 38, si evince che il lavoratore intermittente ha diritto, per il periodo di svolgimento della prestazione lavorativa, all'ordinaria retribuzione prevista dai contratti collettivi di riferimento, senza alcuna differenziazione con gli altri prestatori di lavoro, assunti con normale contratto di lavoro.

Lo stesso, qualora si obblighi a rispondere alla chiamata, ha, altresì, diritto a percepire l'indennità di disponibilità, finalizzata a remunerare i tempi di attesa (52).

La legge demanda alla contrattazione collettiva il compito di fissare la misura della suddetta indennità, che non può essere inferiore al 20% della retribuzione prevista dal c.c.n.l. applicato, come stabilito dal d.m. 10-3-2004, nel quale si precisa che la retribuzione di riferimento è costituita da: minimo tabellare, indennità di contingenza, E.D.R. e ratei di mensilità aggiuntivi.

È stato rilevato che il riferimento dell'art. 36 alla contrattazione collettiva in generale, diverge da quello contenuto nell'art. 34, 1° co., laddove viene precisato che si deve trattare di contratti nazionali o territoriali.

Sicché, qualora il datore di lavoro non risulti iscritto

ad alcun sindacato, si potrebbe verificare l'ipotesi che il lavoro intermittente possa risultare regolato dal contratto nazionale, per la determinazioni delle causali, e da quello applicato nell'impresa, con riferimento alla determinazione dell'indennità di disponibilità (53).

Si discute sulla natura dell'indennità di disponibilità in quanto: da una parte, l'art. 36, 2° co., sancisce l'obbligo per il datore di lavoro di versare i contributi, per il loro effettivo ammontare, conferendole così apparentemente natura retributiva (54); dall'altra, l'art. 36, 4°, 5° e 6° co., parrebbe negarla, allorché la esclude dal computo di ogni istituto di legge o contrattuale, prevedendo che non maturi durante il periodo di malattia o di altro impedimento che, se non tempestivamente comunicato, fa perdere il diritto a riceverla per 15 gg. ovvero per tutto il periodo successivo ad un ingiustificato rifiuto (55).

Tuttavia, l'Inps ha previsto che, essendo le somme erogate a titolo di indennità di disponibilità, soggette a contribuzione obbligatoria, sia ai fini i.v.s. che ai fini delle prestazioni di malattia e maternità, debba essere assicurata la tutela di tali eventi anche nei periodi di attesa, riparametrando il trattamento a seconda che le giornate di malattia cadano nel periodo di prevista attività lavorativa ovvero di disponibilità (56).

Ad escludere che si tratti di retribuzione resta, però, il dato normativo, che, come visto, prevede la perdita dell'indennità di disponibilità, non solo per il caso della malattia, ma anche nell'ipotesi in cui la stessa non venga tempestivamente comunicata al datore di lavoro ovvero qualora ricorra un ingiustificato rifiuto di rispondere alla chiamata, nonché l'evidente inadeguatezza dell'indennità stessa, che è ben lontana dai parametri di cui all'art. 36 Cost. (57)

(52) V. ROMEL, *op. cit.*, 426.

(53) V. PELLACANI, *op. cit.*, 208.

(54) V. ROMEL, *op. cit.*, 427; GAROFALO, *La legge delega sul mercato del lavoro: prime osservazioni*, RGL, 2003, 371.

(55) V. NAPPI, *Il lavoro intermittente, Il lavoro intermittente. Scritti in onore di Salvatore Hernandez*, DL, 2003, VI, 539.

(56) V. circ. 1-2-2005, 18 e circ. 13-3-2006, n. 41.

(57) V. FERRARO, *op. cit.*, 83.

#### 9. *Diritti del lavoratore intermittente: il principio di non discriminazione.*

L'art. 38, 1° co., stabilisce che, fermo 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».

Si tratta di una disposizione che ricalca quella di cui all'art. 4 d.lg. 25-2-2000, n. 61, sul lavoro a tempo

parziale, adottata in attuazione della direttiva 97/81/CE, nonché quella di cui all'art. 6 d.lg. 6-9-2001, n. 368, in attuazione della direttiva 99/70/CE.

Sul punto, la Corte di Giustizia CE si è pronunciata affermando la legittimità del contratto di lavoro intermittente austriaco, senza obbligo di risposta, rispetto alla disciplina comunitaria antidiscriminatoria sul lavoro part time, sul divieto di discriminazioni di genere per l'accesso al lavoro, di cui all'art. 5 direttiva 76/207/CE e sul diritto alla parità di trattamento retributivo tra uomini e donne, di cui all'art. 141 Trattato CE e dell'art. 1 direttiva 75/117/CE, non essendo i lavoratori intermittenti comparabili né con i lavoratori a tempo pieno, né con i lavoratori a tempo parziale (58).

Se questo può avere una sua coerenza logica nella tipologia senza obbligo di risposta, vista la piena libertà delle parti, tipica anche della disciplina italiana, le perplessità nascono nella fattispecie con obbligo di risposta, qualificata dagli stessi organi previdenziali come lavoro subordinato (59), sebbene il terzo comma dell'art. 38 preveda espressamente che il lavoratore intermittente, durante i periodi di attesa, non sia titolare di alcuno dei diritti del lavoratore subordinato.

Di conseguenza, appare logico ritenere che, se si protende per la qualificazione subordinata del rapporto della tipologia con obbligo di risposta, la tutela antidiscriminatoria in senso lato, trovi applicazione anche durante i periodi di attesa, riferendosi l'art. 38, 3° co. solo ai diritti patrimoniali del lavoratore subordinato, ma non anche ad esempio a quelli sindacali, giacché, diversamente, si finirebbe per legittimare condotte datoriali, anche indirettamente discriminatorie, che potrebbero spingersi fino al recesso ingiustificato, solo perché intimato durante i periodi di non lavoro.

Al contrario, il cit. terzo comma dell'art. 38 potrebbe avere portata più generale, non limitata ai soli diritti patrimoniali, per l'ipotesi senza obbligo di risposta, che per l'estrema libertà concessa alle parti, reca già in sé dei validi strumenti di autotutela.

Sotto il profilo della tutela previdenziale, il secondo comma dell'art. 38, prevede il criterio del riproporzionamento, dettato anche per gli altri istituti contrattuali, in ragione della prestazione lavorativa effettivamente eseguita, con riferimento al trattamento di malattia, infortunio sul lavoro, malattia professionale, maternità e congedi parentali.

L'Inps ha previsto, come già si accennava al paragrafo che precede, che al contratto di lavoro intermittente si applica, per quanto compatibile, la disciplina del rapporto di lavoro subordinato, limitatamente ai periodi nei quali il lavoratore si trova a svolgere effettivamente la prestazione di lavoro, e in particolare

le disposizioni in materia di minimale contrattuale e giornaliero, a parità di orario di lavoro svolto.

Inoltre, sono stati indicati i criteri per procedere al riproporzionamento di cui al secondo comma, art. 38 (60).

Anche l'indennità di disponibilità è soggetta a contribuzione obbligatoria sia ai fini i.v.s. che ai fini delle prestazioni di malattia e maternità senza il rispetto delle ordinarie disposizioni in materia di minimale giornaliero e/o contrattuale di retribuzione imponibile ai fini previdenziali (61).

Di certo, come si è osservato (62), si tratta di una tutela piuttosto debole, visto che nei periodi di disponibilità, non vi sarebbe alcun arricchimento effettivo della posizione contributiva; senza considerare il regime sanzionatorio, di cui all'art. 36, che, oltre all'indennità di disponibilità, fa perdere il relativo ammontare contributivo, ai danni del prestatore. Ciò vale ancor più per le altre due fattispecie, visto che ai sensi dell'art. 37 l'indennità viene erogata solo in caso di effettiva chiamata, mentre, nell'altra, totalmente libera, neppure è prevista.

Il successivo art. 39, prevede, poi, analogamente al *part time* che il prestatore venga computato nell'orario in proporzione dell'orario svolto nell'ultimo semestre, ai fini dell'applicazione delle normative di legge ma non di contratto collettivo (63).

(58) V. C. Giust. CE., 12-10-2004, *LG*, 2005, 12, 1133, con nota di BELLUMAT, *MGL*, 2005, 3, 176, con nota di CORAZZA.

(59) V. circ. 13-3-2006, n. 41, cit.

(60) V. circ. Min. Lav., 8-2-2006, n. 17, cit.

(61) V. circ. Min. Lav., 8-2-2006, n. 17, cit.; circ. 13-3-2006, n. 41, cit.

(62) V. M. PERSIANI, *La tutela previdenziale della riforma del mercato del lavoro*, *PAPP*, 2004, 1002.

(63) GOTTARDI, *op. cit.*, 502.

#### 10. Osservazioni conclusive.

Il contratto di lavoro intermittente, non applicabile alle pubbliche amministrazioni, secondo la generale esclusione contenuta nell'art. 1, 2° co., d.lg. n. 276/2003 (64), e, comunque, suscettibile di formare oggetto di certificazione, ai sensi degli artt. 75 ss. d.lg. n. 276/2003 (65), lascia ancora molte questioni aperte, non solo sul piano qualificatorio (66), ma anche sul piano applicativo (67), tanto da aver avuto sino ad oggi scarsa diffusione, come dimostrano i ripetuti interventi ministeriali a fronte del generale disinteresse delle parti sociali.

Sicché, sempre che non si addivenga alla sua abrogazione, come sembrerebbe essere emerso dal Protocollo su «previdenza, lavoro e competitività per l'equità e la crescita sostenibili» siglato da Governo e Parti Sociali il 23-7-2007, in favore di un'ipotesi di part-time che risponda a esigenze di attività di breve durata per lavoratori e imprese (68), sarà quanto

meno necessaria una riformulazione della disciplina, al fine di renderlo uno strumento di flessibilità, effettivamente utilizzabile.

ENRICO MARIA TERENCEO

(64) V. CATAUDELLA, «Lavoro intermittente», cit., 5 ss.

(65) V. CATAUDELLA, *op. ult. cit.*, 7.

(66) V. *retro*, pag. 3.

(67) V. PELLACANI, *op. cit.*, 219.

(68) V. *Il Sole-24 Ore* del 19-6-2007.