

Michele De Luca

**Contratto di lavoro subordinato nel diritto
dell'Unione europea**

**Conversazioni sul lavoro dedicate
a Giuseppe Pera dai suoi allievi**

**Il lavoro oltre l'emergenza sanitaria:
tra principi fondamentali e politica del diritto**

Conversazioni sul lavoro a distanza

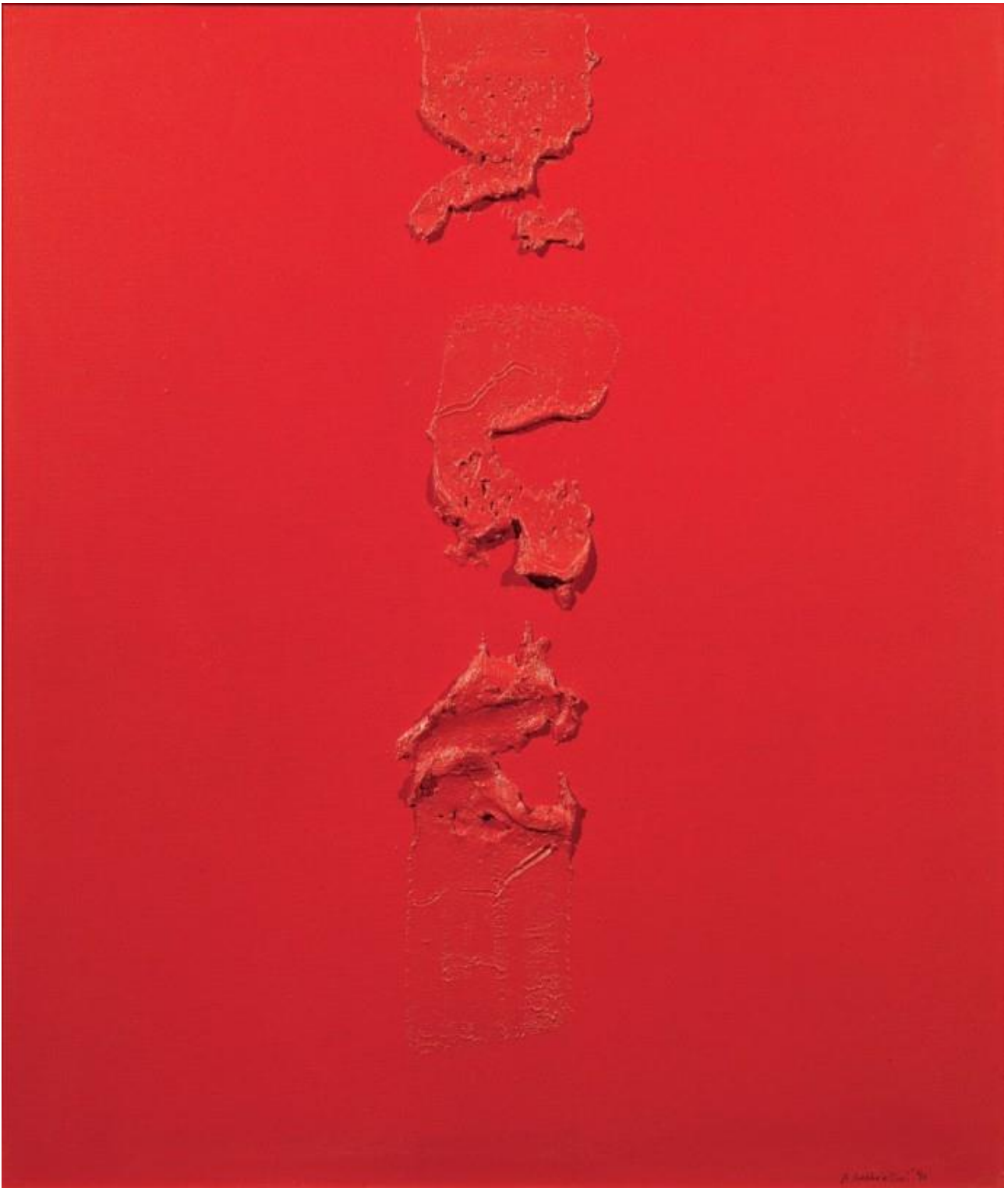
da ottobre 2021 a giugno 2022

promosse e coordinate da **Vincenzo Antonio Poso**

Gruppo delle Conversazioni sul lavoro del Convento di San Cerbone

conversazioni.sancerbone@gmail.com





Andrea Gabriellini *Frantumazione rossa*, 1993

Michele De Luca

Contratto di lavoro subordinato nel diritto dell'Unione europea

** aggiornato al 31 gennaio 2022*

***Il presente saggio è destinato ad essere pubblicato nel volume AA.VV., *Il diritto del lavoro europeo*, per i tipi di Giuffrè Francis Lefebvre*

SOMMARIO:

- 1. Contratto di lavoro subordinato nel diritto dell'Unione europea: definizione ed impostazione del tema d'indagine.**
- 2. Segue: cosiddetta *nozione comunitaria*.**
- 3. Segue: norme dell'Unione recanti garanzie di diritti per i lavoratori subordinati.**
- 4. Segue: tra *efficacia diretta* della *indisponibilità del tipo contrattuale* ed obbligo degli stati membri di *conformare* i propri ordinamenti al diritto dell'Unione.**
- 5. Segue: e l'ordinamento italiano.**

1. Contratto di lavoro subordinato nel diritto dell'Unione europea: definizione ed impostazione del tema d'indagine.

1.1. *La nozione unitaria e la indisponibilità del tipo contrattuale di lavoro subordinato – nel diritto dell'Unione europea – sono funzionali, da un lato, alla*

uniformità della disciplina in tutti i paesi membri dell'Unione e, dall'altro, al contrasto della elusione di diritti garantiti ai lavoratori.

Coerentemente, riguardano le *norme dell'Unione*, che di tali diritti rechino la garanzia.

1.2. La *nozione unitaria del tipo contrattuale di lavoro subordinato* deve essere definita in base a *criteri obiettivi*, che caratterizzino il rapporto di lavoro sotto il profilo dei diritti e degli obblighi delle persone interessate ¹

I *criteri obiettivi*, infatti, sono sottratti alla *disponibilità* e risultano, perciò, funzionali alla *indisponibilità del tipo*

E la *efficacia diretta* della *indisponibilità del tipo* risulta funzionale al contrasto della elusione di diritti garantiti ai lavoratori.

1.3. La *efficacia diretta* della *indisponibilità del tipo*, tuttavia, non dispensa gli stati membri dall'obbligo di *conformare* i propri ordinamenti nazionali al diritto dell'Unione.

1.4. Pertanto, il principio di *indisponibilità del tipo* – come previsto dal diritto dell'Unione e dal nostro ordinamento nazionale, in termini non dissimili nella sostanza – risulta parimenti funzionale, sia pure con *efficacia* diversa, al contrasto – in relazione a norme rispettive degli stessi ordinamenti – della elusione dei diritti, che ne siano garantiti ai lavoratori.

¹ Vedi, per tutti, Corte giust. 16 luglio 2020, in causa C-658/18, punto 90 (in Foro it. 2021, IV, 37, con note di richiami di G. Grasso e nota di F. PAOLICELLI, *Lavoro, remunerazione, ferie: la dignità del giudice di pace innanzi alla Corte di giustizia*): 20 novembre 2018, Sindicatul Familia Constanța e a., in causa C-147/17, punto 41 e giurisprudenza ivi citata.

2.Segue: cosiddetta *nozione comunitaria*.

2.1. La nozione unitaria del tipo contrattuale di lavoro subordinato – come è stato anticipato - deve essere definita in base a *criteri obiettivi*, in funzione, appunto, della indisponibilità *del tipo*, che ne risulta perseguita.

In altri termini, non può essere negata la natura subordinata – in funzione elusiva, appunto, di diritti garantiti ai lavoratori - ai tipi contrattuali che, obiettivamente; abbiano tale natura.

2.2. Coerentemente, la nozione di *lavoro subordinato* – propria *del diritto dell'Unione, insuscettibile di variazioni a seconda degli ordinamenti nazionali e, quindi, uniforme* – deve essere intesa come lo svolgimento di *attività reali ed effettive* - restandone, quindi, escluse quelle attività talmente ridotte da poter essere definite puramente marginali e accessorie – che una persona fornisca - a favore di un'altra e sotto la direzione di quest'ultima – ricevendone una retribuzione.²

2.3. Essenziale risulta, innanzi tutto, il *vincolo di subordinazione tra il lavoratore e il suo datore di lavoro, da valutare caso per caso in considerazione di tutti gli elementi e di tutte le circostanze che caratterizzano i rapporti tra le parti.*³

² Vedi, per tutti, Corte giust. 16 luglio 2020, in causa C-658/18, cit.; 26 marzo 2015, causa C-316/13, punto 25; 20 novembre 2018, causa C-147/17, punto 41.

³ Vedi, per tutti, Corte giust. 16 luglio 2020, in causa C-658/18, cit.; 20 novembre 2018, causa C-147/17, punto 42.

Anche nel diritto dell'Unione, pertanto, elemento essenziale del rapporto di *lavoro obiettivamente subordinato* – che costituisce *parametro* per la definizione del *tipo* e, ad un tempo, per la qualificazione giuridica delle fattispecie concrete – è la *subordinazione*, intesa quale vincolo di soggezione personale del prestatore al *potere direttivo* del datore di lavoro, che inerisce alle intrinseche modalità di svolgimento – e non già al risultato – delle prestazioni lavorative.⁴

2.4. Non sono alternativi – rispetto all'elemento essenziale della subordinazione – altri elementi che sono, bensì, *caratteristici* del rapporto di lavoro subordinato⁵, ma risultano, talora, comuni a rapporti di lavoro *non subordinato*.⁶

Il carattere meramente *sussidiario* di tali elementi si coniuga con la loro *funzione ermeneutica ed indiziaria*⁷, che risulta di particolare rilievo nelle ipotesi di *subordinazione affievolita* – in dipendenza della qualità professionale della prestazione (intellettuale o, comunque, di professionalità elevata) e/o gerarchico del prestatore (quale il dirigente apicale o *top manager*) – nelle quali la indefettibile soggezione del prestatore al potere

⁴ Vedi ampi riferimenti in M. DE LUCA, *Rapporto di lavoro subordinato: tra indisponibilità del tipo contrattuale, problemi di qualificazione giuridica e nuove sfide della economia postindustriale*, in Riv. It. dir. Lav. 2014, n. 3.

⁵ Quali, (anche) con riferimento al nostro ordinamento nazionale: l'oggetto dell'obbligazione del prestatore (*locatio operis* oppure *operarum*); inserimento del prestatore nell'organizzazione aziendale del datore di lavoro; inesistenza di rischio e di organizzazione di impresa in capo al prestatore; continuità della prestazione; obbligo di osservare un orario di lavoro; cadenza e forma della retribuzione; utilizzazione di strumenti ed ambienti di lavoro messi a disposizione dal datore di lavoro etc.

⁶ Ad esempio, l'inserimento del prestatore nell'organizzazione aziendale altrui costituisce elemento essenziale della *parasubordinazione*: vedi, per tutte, Cass. 19 aprile 2002, n. 5692, in Lavoro nella giurisprudenza, 2002, 1164, con nota di GIRARDI; 9 gennaio 1996, n. 96, ID., 1996, 603.

E, comunque, non esclude – nella stessa prospettazione della giurisprudenza – l'indefettibile soggezione del prestatore al potere direttivo del datore di lavoro.

Considerazioni analoghe possono essere riferite, tuttavia, ad altri *elementi sussidiari*.

⁷ Oltre Cass, n. 5645 del 9 marzo 2009, cit., vedi Cass. n. 21028/2006, n. 4171/2006, n. 20669/2004.

direttivo del datore di lavoro non si coniuga, talora, con l'esercizio effettivo dello stesso potere.⁸

2.5. Né la subordinazione *pregiudica minimamente il principio di indipendenza del potere giudiziario*⁹ e la *facoltà degli Stati membri di prevedere l'esistenza di uno statuto particolare che disciplini l'ordine della magistratura.*¹⁰

E risulta, addirittura, del tutto irrilevante la circostanza che l'attività sia qualificata - come *onoraria* - in base al diritto nazionale.

Diversamente opinando, infatti, si attribuirebbe agli Stati membri il potere discrezionale di escludere talune categorie di persone dal godimento di diritti garantiti ai lavoratori.¹¹

⁸ Sulla *subordinazione attenuata*, vedi – con riferimento al diritto dell'Unione europea - Corte giust. 13 febbraio 2014, causa n. 596/12. (in Foro it., 2014, IV, 193 con nota di richiami di PERRINO; Lavoro giur., 2014, 233, n. MISCIONE; ass. giur. lav., 2014, 137, n. DELLA ROCCA; Giur. it., 2014, 1154 (m), n. TOSI; Nuovo notiziario giur., 2014, 249, n. FRACCHIA; Corriere giur., 2014, 1053, n. DI GARBO, Riv. giur. lav., 2014, II, 581 (m), n. CARBONE; Riv. it. dir. lav., 2015, II, 366, n. DONINI; Dir. mercato lav., 2014, 483, n. CALOJA), che risulta così *massimata*: “*La repubblica italiana, avendo escluso, mediante l'art. 4, par. 9, l. 23 luglio 1991 n. 223, la categoria dei dirigenti dall'ambito di applicazione della procedura prevista dall'art. 2 direttiva 98/59/Ce del consiglio del 20 luglio 1998 in tema di licenziamenti collettivi, è venuta meno agli obblighi su di essa incumbenti in forza dell'art. 1, par. 1 e 2, di tale direttiva*”.

Con riferimento al nostro ordinamento. Vedi, per tutte, Cass. n. 7517 del 15 maggio 2012, n. 18414 del 1° agosto 2013, con riferimento al lavoro dirigenziale; n. 22785 del 7 ottobre 2013, con riferimento all'attività giornalistica; n. 19568 del 26 agosto 2013, con riferimento alla *natura professionale ed intellettuale* della prestazione lavorativa di *medico responsabile del servizio di analisi*.

⁹ Vedi, per tutti, Corte giust. 16 luglio 2020, in causa C-658/18, cit., con riferimento al giudice di pace del nostro ordinamento

¹⁰ Oltre i riferimenti, di cui alla nota precedente, vedi Corte giust. 1° marzo 2012, causa C-393/10, punto 47, Foro it., 2012, IV, 247.

¹¹ Vedi, per tutti, Corte giust. 16 luglio 2020, in causa C-658/18, cit., con riferimento al giudice di pace del nostro ordinamento; 13 settembre 2007, causa C-307/05, punto 29, Foro it., 2007, IV, 617; 1° marzo 2012, causa C-393/10, cit., punto 36

2.6. Ad integrare il lavoro *obiettivamente subordinato* concorre – per quanto si è detto – la *retribuzione* erogata dal datore di lavoro per compensare le prestazioni del lavoratore.

Anche a tali fini, risulta parimenti irrilevante la circostanza che l'attività sia qualificata come *onoraria* in base al diritto nazionale.

Ciò non significa. Infatti, che *le prestazioni finanziarie percepite debbano essere considerate prive di carattere remunerativo*.¹²

Né il *livello limitato di tale retribuzione può riverberarsi in alcun modo sulla qualità di «lavoratore» ai sensi del diritto dell'Unione*.¹³

In altri termini, la *qualità di lavoratore*, nel ricorso degli elementi essenziali, compete – (anche) *ai sensi del diritto dell'Unione – ai lavoratori poveri*.¹⁴

Sembra restarne escluso, invece, il *lavoro gratuito*.¹⁵

¹² Vedi, per tutti, Corte giust. 16 luglio 2020, in causa C-658/18, cit.; 30 marzo 2006, causa C-10/05, punto 22.

¹³ Vedi riferimenti, di cui alla nota che precede.

¹⁴ Sul *lavoro povero* – con riferimento al nostro ordinamento – vedi, per tutti, Fellini Ivana GABRIELLI M. G., *Le trasformazioni dell'occupazione e il lavoro povero in Italia: FELLINI I., Le trasformazioni dell'occupazione in Italia: solo una fragile ripresa prima della nuova emergenza e GABRIELLI M. G., Emergenza sanitaria e lavoro povero nel terziario, nel turismo e nei servizi – Una prima riflessione, in Riv. politiche sociali, 2020, fasc. 1, 123.*

¹⁵ Sul *lavoro gratuito* – con riferimento al nostro ordinamento – vedi:

- Sulle prestazioni lavorative *affectionis vel benevolentiae causa*: Cass. 11 luglio 2017, n. 17093; 29 settembre 2015, n. 19304, in Foro it., 2015, I, 3472; 3 luglio 2012, n. 11089 Foro it., 2012, I, 2659; 22 novembre 2011, n. 24619, Riv. Giur. lav., 2012, II, 526, con nota di MIGNONE; 18-10-2005, n. 20157. 16 giugno 2015, n. 1243, in Riv. it. dir. lav., 2016, II, 150. Con nota di R.VOZA, *Lavoro domestico e presunzione di gratuità: non basta l'affetto*.
- Sul volontariato: Cass. 21 maggio 2008, n. 12964, in Lavoro giur., 2009, 53, con nota di L. MENGHINI, Il volontariato visto dalla cassazione.
- Su altre ipotesi: Carlo Zoli - Lorenzo Zoppoli, *Lavoratori, volontari e amatori tra sport e terzo settore, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 443/2021*

2.7. Al prospettato rilievo della retribuzione - quale elemento essenziale del lavoro subordinato – non è di ostacolo la circostanza che la *retribuzione*, appunto, esuli dalla *competenza dell'Unione europea*.

Infatti, Il trattato sul funzionamento dell'Unione europea non *attribuisce* all'Unione (ai sensi dell'articolo 5, par. 1) *competenze* in materia di salari e retribuzioni.

Anzi ne esclude specificamente (articolo 153, paragrafo 5) la *competenza* a regolamentare la retribuzione minima nel settore del diritto del lavoro⁽¹⁾.

Né la Carta dei diritti fondamentali dell'UE contiene disposizioni specifiche in materia di salari e retribuzioni.¹⁶

3.Segue: norme dell'Unione recanti garanzie di diritti per i lavoratori

3.1. La *nozione unitaria* e la *indisponibilità del tipo contrattuale* di lavoro subordinato riguardano – per quanto si è detto – le norme eurounitarie che recano la garanzia di diritti per i lavoratori.

A mero titolo esemplificativo – e senza pretesa di completezza – se ne esaminano, di seguito, soltanto alcune,

3.2. Intanto – con riferimento a disposizioni concernenti *taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro*¹⁷- è stato stabilito che devono essere

¹⁶ Ciononostante, i principi del pilastro europeo dei diritti sociali - volti a fungere da bussola per una rinnovata convergenza verso migliori condizioni di vita e di lavoro – riconoscono, tuttavia, che i lavoratori hanno diritto a una retribuzione equa che offra un tenore di vita dignitoso, che retribuzioni minime adeguate devono essere garantite e che chiunque non disponga di risorse sufficienti ha diritto a un adeguato reddito minimo.

¹⁷ Art. 7, par. 1, direttiva 2003/88/Ce del parlamento europeo e del consiglio, 4 novembre 2003, concernente *taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro*, e l'art. 31, par. 2, della carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea

interpretate nel senso che una persona – in quel caso un *giudice di pace* - che “*svolge prestazioni reali ed effettive, che non sono né puramente marginali né accessorie, e per le quali percepisce indennità aventi carattere remunerativo, può rientrare nella nozione di «lavoratore», ai sensi di tali disposizioni, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare*”.¹⁸

Interpretazione non dissimile nella sostanza – per la nozione, tuttavia, di «*lavoratore a tempo determinato*» - risulta stabilita con riferimento a *clausole*¹⁹ dell'*accordo quadro sul lavoro a tempo determinato concluso il 18 marzo 1999, che figura nell'allegato della direttiva 1999/70/Ce del consiglio 28 giugno 1999, relativa – appunto - all'accordo quadro Ces, Unice e Ceep sul lavoro a tempo determinato*.²⁰

3.3. Anche con riferimento a disposizioni - in materia di *libera circolazione dei lavoratori*²¹ - risulta parimenti confermata una *nozione di lavoratore* – di *portata comunitaria* ed insuscettibile di *interpretazione restrittiva* – che considera “*lavoratore*» ogni persona che svolga attività reali ed effettive, ad esclusione di attività talmente ridotte da porsi come puramente marginali ed accessorie. La caratteristica del rapporto di lavoro è data, secondo tale giurisprudenza, dalla circostanza che una persona fornisca, per un certo periodo di tempo, a favore di un'altra e sotto la direzione di quest'ultima, *prestazioni in contropartita delle quali riceve una retribuzione*” -²²

¹⁸ Così testualmente *massimata* Corte giust. 16 luglio 2029, in causa C-658/18 e, ivi, precedenti conformi

¹⁹gg

²⁰ Vedi Corte giust. 16 luglio 2029, in causa C-658/18 e, ivi, precedenti conformi

²¹ Quale l'articolo 39 CE

²² Così, testualmente, Corte giust. 17 luglio 2008, causa 94/07 (Foro it. 2008, V, 531), spec. punto 33: Nello stesso senso, tuttavia, è la giurisprudenza comunitaria consolidata, anche con riferimento a disposizioni più recenti nella stessa materia (vedi, per tutte, Corte giust. 21 febbraio 2013, in causa C- 46/12, con riferimento all'art. 7, par. 1, lett. c), e 24, par. 2, della direttiva 2004/38/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, 29 aprile 2004

).

.

3.4. Parimenti riposa - sul principio di *indisponibilità del tipo contrattuale* di *lavoro subordinato* - l'inclusione dei dirigenti, quali lavoratori subordinati appunto – tra i destinatari delle garanzie procedurali per i licenziamenti collettivi – che è stata stabilita dalla Corte di giustizia, con riferimento al nostro ordinamento.²³

La *efficacia diretta* dello stesso principio non ha esonerato, tuttavia, lo stato italiano dalla *conformazione* del proprio ordinamento nazionale al diritto dell'Unione.²⁴

4. Segue: tra *efficacia diretta* della *indisponibilità del tipo contrattuale* ed obbligo degli stati membri di *conformare* i propri ordinamenti al diritto dell'Unione.

²³ Vedi Corte giust. 13 febbraio 2014, causa n. 596/12, cit. Vedi, altresì, M. DE LUCA, *I licenziamenti collettivi nel diritto dell'Unione europea e l'ordinamento italiano: da una remota sentenza storica della corte di giustizia di condanna dell'Italia alla doppia pregiudizialità per il nostro regime sanzionatorio nazionale (note minime)*, spec. par 5.2. in Labor, 2020, 149 e 267, al quale si rinvia per riferimenti ulteriori.

²⁴ Vedi l'articolo 16 – intitolato, appunto, “*Modifiche all'articolo 24 della legge 23 luglio 1991, n. 223, in materia di licenziamenti collettivi. Procedura di infrazione n. 2007/4652. Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea del 13 febbraio 2014 nella causa C-596/12*” – della legge 30 ottobre 2014, n. 161, *Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea* (legge europea 2013-bis), che sancisce testualmente:

“1. All'articolo 24 della legge 23 luglio 1991, n. 223, e successive modificazioni, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) al comma 1, primo periodo, dopo le parole: «più di quindici dipendenti» sono inserite le seguenti: «, compresi i dirigenti,»;

b) dopo il comma 1-quater è inserito il seguente:

«1-quinquies. Nel caso in cui l'impresa o il datore di lavoro non imprenditore, ricorrendo le condizioni di cui al comma 1, intenda procedere al licenziamento di uno o più dirigenti, trovano applicazione le disposizioni di cui all'articolo 4, commi 2, 3, con esclusione dell'ultimo periodo, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 11, 12, 14, 15 e 15-bis, e all'articolo 5, commi 1, 2 e 3, primo e quarto periodo. All'esame di cui all'articolo 4, commi 5 e 7, relativo ai dirigenti eccedenti, si procede in appositi incontri. Quando risulta accertata la violazione delle procedure richiamate all'articolo 4, comma 12, o dei criteri di scelta di cui all'articolo 5, comma 1, l'impresa o il datore di lavoro non imprenditore è tenuto al pagamento in favore del dirigente di un'indennità in misura compresa tra dodici e ventiquattro mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, avuto riguardo alla natura e alla gravità della violazione, fatte salve le diverse previsioni sulla misura dell'indennità contenute nei contratti e negli accordi collettivi applicati al rapporto di lavoro»;

c) al comma 2, le parole: «commi 1 e 1-bis» sono sostituite dalle seguenti: «commi 1, 1-bis”.

4.1. Di fonte giurisprudenziale – anche nel diritto dell’Unione europea – il principio di *indisponibilità del tipo contrattuale di lavoro subordinato* è dotato di *efficacia diretta* – in quanto *immediatamente precettivo*, per il suo contenuto certo ed incondizionate – e, come tale, si applica, direttamente, in tutti i paesi membri dell’Unione, anche in sostituzione delle norme interne confliggenti.²⁵

Pertanto, può essere fatto valere – dinanzi ai giudici comuni - in tutti i paesi membri dell’Unione, a prescindere dalla conformazione degli ordinamenti nazionali al diritto dell’Unione.

4.2. La *efficacia diretta* non dispensa, tuttavia, gli stati membri dall’obbligo di *conformare* i propri ordinamenti interni al diritto dell’Unione.

L’incompatibilità della legislazione nazionale con disposizioni dell’Unione europea – ancorché *direttamente efficaci* e, come tali, da applicare (anche) in luogo delle norme interne confliggenti – può essere definitivamente soppressa, tuttavia, solo tramite disposizioni interne che abbiano lo *stesso valore giuridico* di quelle incompatibili con il diritto comunitario.

²⁵ Sulla *efficacia diretta* del principio giurisprudenziale eurounitario di *indisponibilità del tipo contrattuale* di lavoro subordinato, vedi M.DE LUCA, *Il lavoro nel diritto comunitario (ora eurounitario) e l’ordinamento italiano: (più di) trent’anni dopo* in Riv. dir. sicurezza sociale, 2018, 387 ed - in testo aggiornato – LDE n. 2/2020, spec. 1.4. ss. e 4.4.; ID., *Rapporto di lavoro subordinato: tra indisponibilità del tipo contrattuale, problemi di qualificazione giuridica e nuove sfide della economia postindustriale*, Sulla *efficacia diretta* del principio giurisprudenziale eurounitario di *indisponibilità del tipo contrattuale* di lavoro subordinato, vedi M.DE LUCA, *Il lavoro nel diritto comunitario (ora eurounitario) e l’ordinamento italiano: (più di) trent’anni dopo* in Riv. dir. sicurezza sociale, 2018, 387 ed - in testo aggiornato – LDE n. 2/2020, spec. 1.4. ss. e 4.4.; ID., *Rapporto di lavoro subordinato: tra indisponibilità del tipo contrattuale, problemi di qualificazione giuridica e nuove sfide della economia postindustriale*, Sulla *efficacia diretta* del principio giurisprudenziale eurounitario di *indisponibilità del tipo contrattuale* di lavoro subordinato, vedi M.DE LUCA, *Il lavoro nel diritto comunitario (ora eurounitario) e l’ordinamento italiano: (più di) trent’anni dopo* in Riv. dir. sicurezza sociale, 2018, 387 ed - in testo aggiornato – LDE n. 2/2020, spec. 1.4. ss. e 4.4.; ID., *Rapporto di lavoro subordinato: tra indisponibilità del tipo contrattuale, problemi di qualificazione giuridica e nuove sfide della economia postindustriale*, in Riv. It. dir. Lav., 2018, I., 397, spec. § 1. 4. Ad entrambi si rinvia per riferimenti ulteriori.

Né possono considerarsi equivalenti, all'uopo, disposizioni di fonti interne di minore valore – rispetto a quello delle norme incompatibili – né, tantomeno, *prassi amministrative* – peraltro suscettibili di modifiche da parte dell'amministrazione – in quanto risultano, all'evidenza, inidonee a sopprimere definitivamente le norme interne confliggenti, appunto, con il diritto dell'Unione.

Lo stabilisce la Corte di giustizia, con riferimento a norme del trattato – sin dalla remota sentenza 15 ottobre 1986, in causa C- 168/85 ²⁶ – laddove sancisce:

“La facoltà degli amministrati di far valere dinanzi ai giudici nazionali disposizioni del trattato direttamente applicabili costituisce solo una garanzia minima e non è di per sé sufficiente ad assicurare la piena applicazione del trattato stesso; mantenere immutata, nella legislazione di uno stato membro, una disposizione interna incompatibile con una norma del trattato direttamente applicabile, crea una situazione di fatto ambigua in quanto mantiene gli interessati in uno stato di incertezza circa la possibilità di fare appello al diritto comunitario e costituisce quindi una trasgressione degli obblighi imposti dal trattato”.

4.3. in altri termini, *efficacia diretta ed obbligo di conformazione* non sono reciprocamente alternativi

Suscita, quindi, perplessità (per dirla con un eufemismo) il differimento della sostanziale *estensione* ai dirigenti della disciplina in materia di licenziamenti collettivi – stabilita dalla Corte di giustizia ²⁷, sulla base del principio di

²⁶ Vedi Corte giust. 15 ottobre 1986, in causa C- 168/85, Dir. comunitario scambi internaz., 1987, 105, n. ZILIOI; Giust. civ., 1987, I, 2449

²⁷ Vedi Corte giust. 13 febbraio 2014; causa C-596/12;; Commissione europea c. Repubblica italiana, cit. – laddove *“dichiara che, avendo escluso, mediante l’articolo 4, paragrafo 9, della legge n. 223/1991, la categoria dei «dirigenti» dall’ambito di applicazione della procedura prevista dall’articolo 2 della direttiva 98/59, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza dell’articolo 1, paragrafi 1 e 2, di tale direttiva”* – essenzialmente sulla base del rilievo (punto 17) che *“la caratteristica essenziale del rapporto di lavoro è la circostanza che una persona fornisca, per un certo periodo di tempo, a favore di un altro soggetto e sotto la direzione di quest’ultimo, prestazioni in contropartita delle quali percepisce una retribuzione (v., per*

indisponibilità del tipo contrattuale di lavoro subordinato – alla data di entrata in vigore della legge attuativa della sentenza della Corte di giustizia²⁸ - siccome ritenuto dalla Corte cassazione ²⁹ - sebbene quel principio abbia *efficacia diretta*. ³⁰

5.Segue: e l'ordinamento italiano.

5.1. La Comunità (ed ora Unione) europea risulta configurata dalla Corte di giustizia – fin da remota sentenza del 5 febbraio 1963³¹ – come “*ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale, a favore del quale gli Stati hanno rinunciato, anche se in settori limitati, ai loro poteri sovrani, ordinamento che riconosce come soggetti, non soltanto gli Stati membri ma anche i loro cittadini*”.

Coerentemente – è la stessa Corte di giustizia a stabilirlo – “*il diritto comunitario, indipendentemente dalle norme emananti dagli Stati membri, nello stesso modo in cui impone ai singoli degli obblighi, attribuisce loro dei diritti soggettivi. Si deve ritenere che questi sussistano, non soltanto nei casi in cui il Trattato espressamente li menziona, ma anche come contropartita di*

analogia, sentenza dell'11 novembre 2010, Danosa, C-232/09, Racc. pag. I-11405, punto 39 e la giurisprudenza ivi citata)”

²⁸ Vedi l'articolo 16 della legge 30 ottobre 2014, n. 161, *cit.*

²⁹ Vedi Cass. n. 5513 dell'8 marzo 2018, che ha rigettato il ricorso e confermato, sostanzialmente, la sentenza impugnata, che aveva limitato l'estensione della disciplina dei licenziamenti collettivi ai dirigenti solo a far tempo dalla entrata in vigore della legge (30 ottobre 2014, n. 161, art. 16), che ha dato attuazione alla sentenza della Corte di giustizia.

³⁰ Sulla *efficacia diretta* del principio giurisprudenziale eurounitario di *indisponibilità del tipo contrattuale* di lavoro subordinato, vedi M.DE LUCA, *Il lavoro nel diritto comunitario (ora eurounitario) e l'ordinamento italiano: (più di) trent'anni dopo* *cit.*, spec. 1.4. ss. e 4.4.; ID., *Rapporto di lavoro subordinato: tra indisponibilità del tipo contrattuale, problemi di qualificazione giuridica e nuove sfide della economia postindustriale*, *cit.*, spec. § 1. 4. Ad entrambi si rinvia per riferimenti ulteriori.

³¹ Corte giust. CE 5 febbraio 1963, in causa C- 26/62, van Gend & Loos, in *Dir. pen. globalizzazione*, 2020, 359 (m), n. RACCA

precisi obblighi imposti dal Trattato ai singoli, agli Stati membri o alle Istituzioni comunitarie”

Sembra risultarne che siano le *fattispecie lavoristiche* – per quel che qui interessa – il polo di attrazione per norme dell’ordinamento comunitario (ed. ora, eurounitario) – nei limiti, beninteso, delle materie *attribuite* alla *competenza* dello stesso ordinamento – e per (eventuali) norme del nostro ordinamento interno.

Le norme dell’ordinamento comunitario (ed, ora, eurounitario), poi, trovano applicazione – per quanto si è detto – *indipendentemente dalle norme emananti dagli Stati membri*.³²

E *prevalgono* – sulle norme interne confliggenti – in forme diverse, a seconda che siano dotate o meno di *efficacia diretta*.

Nel primo caso, infatti, si applicano in luogo delle norme interne confliggenti.

Nel secondo caso, invece, impongono l’interpretazione conforme delle stesse norme interne.

Ove l’interpretazione conforme, poi, non risulti *plausibile* – in dipendenza del tenore letterale della norma interna – soccorre, nel nostro ordinamento, la questione di legittimità costituzionale della stessa norma (in relazione all’articolo 117, primo comma, costituzione, integrato dalla norma eurounitaria confligente, quale *fonte interposta*).

Tutto risulta funzionale, in ogni caso, alla individuazione – in base ai criteri che governano, appunto, i rapporti tra gli ordinamenti – la disciplina giuridica del *caso concreto*, che i *giudici comuni* nazionali sono chiamati ad applicare.

5.2. Ciò comporta, per quel che qui interessa, l’applicazione diretta – da parte dei giudici comuni degli stati membri – del principio di *indisponibilità del*

³² Forte risulta, invece, la tentazione diffusa di considerare le norme comunitarie (ed, ora, eurounitarie) soltanto come parametro di *legittimità comunitaria o eurounitaria* – per le nostre norme interne – sulla falsariga del rapporto tra norme costituzionali e norme di leggi ordinarie, in funzione del giudizio di legittimità costituzionale – ed, ancor, prima, di interpretazione conforme – delle stesse norme.

tipo contrattuale di lavoro subordinato – come previsto, per quanto si è detto, dal diritto dell’Unione europea – in relazione alle norme dell’Unione, che rechino la garanzia di diritti per i lavoratori.

Per le norme degli ordinamenti nazionali degli stati membri – recanti tali garanzie – detto principio di fonte eurounitaria, all’evidenza, non può trovare applicazione.

Tuttavia, soccorre – per quanto riguarda il nostro ordinamento nazionale - il *principio di indisponibilità del tipo* – come previsto da tale ordinamento, in termini non dissimili nella sostanza – in relazione alle sue norme interne che, parimenti, rechino garanzie per i diritti dei lavoratori.

Affatto diversi risultano – nell’ordinamento dell’Unione e nel nostro ordinamento nazionale - gli effetti della violazione del *principio di indisponibilità del tipo*, rispettivamente previsto in termini sostanzialmente non dissimili.

5.3. Anche nel nostro ordinamento nazionale, infatti, il *principio di indisponibilità del tipo* preclude di “*negare la qualificazione giuridica di rapporti di lavoro subordinato a rapporti che oggettivamente abbiano tale natura, ove da ciò derivi l’inapplicabilità delle norme inderogabili previste dall’ordinamento per dare attuazione ai principi, alle garanzie e ai diritti dettati dalla Costituzione a tutela del lavoro subordinato*”.

È la Corte costituzionale a stabilirlo – in una pronuncia di accoglimento ed in una pronuncia interpretativa di rigetto³³ – con specifico riferimento, sia detto per inciso, a dipendenti di amministrazioni pubbliche.

³³ Vedi Corte costituzionale 29 marzo 1993, n. 121, Foro It 1993, I, 2432; 31 marzo 1994, n. 115, ID, 1994, I, 2656. Sul punto, vedi, altresì: Cass. 16 Ottobre 2006, n. 22129, in RIDL, 2007, II, 283, con nota di CATAU-DELLA; Cass. 5 settembre 2005, n. 17759, spec. punto 6, in RIDL, 2006, II, 552, con nota di A. AVONDOLA (alle quali si rinvia per riferimenti ulteriori). In dottrina, vedi, per tutti, R. SCOGNAMIGLIO, *La disponibilità del rapporto di lavoro subordinato*, in Riv.it.dir.lav., 2001, I, 95, al quale si rinvia per riferimenti ulteriori.

Sia pure con l'efficacia diversa — che è propria di ciascuna delle due tipologie di pronuncia (di accoglimento, appunto, ed interpretativa di rigetto) ³⁴ — chiaro ed univoco ne risulta, tuttavia, il principio enunciato, come la ratio decidendi ad esso sottesa.

Lo stesso principio di *indisponibilità del tipo contrattuale di lavoro subordinato* risulta evocato, più di recente, dalla Corte costituzionale ³⁵ per negarne, tuttavia, l'applicabilità - ai rapporti di lavoro degli infermieri incaricati dagli istituti di prevenzione e di pena – in quanto alla legge ³⁶ non era preclusa

³⁴ Su «tipologie» ed «efficacia» delle pronunce della Corte costituzionale, v., per tutti, G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, 255 ss.; M. DE LUCA, *L'assunzione obbligatoria degli «invalidi psichici»: «storia» e prospettive di una pronuncia di accoglimento «annunciata»* (nota a Corte cost. 2 febbraio 1990, n. 50), in *Foro it.*, 1990, I, 1107, e, ivi, riferimenti ulteriori, spec. nota 4; AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, Atti del seminario di studi (Roma, palazzo della Consulta, 23-24 novembre 1988), Milano, 1989, passim; MORELLI, *La sentenza-monito come preannuncio di incostituzionalità sopravvenuta*, in *Giust. civ.*, 1988, I, 592; ID., *La sentenza-deplorazione come possibile «dies a quo» dell'incostituzionalità «superveniens»*, *ibid.*, 867; ID., *Declaratoria di illegittimità «dal momento in cui»: genesi e fondamento di una nuova tipologia di decisioni costituzionali di accoglimento*, in *Giur. costit.*, 1988, II, 512; ID., *Incostituzionalità sopravvenuta (anche a ridosso di precedenti pronunzie monitorie per successiva inerzia del legislatore) e declaratorie di illegittimità «dal momento in cui» (ovvero anche «ex nunc»)*. Alla ricerca di nuove tipologie di decisioni costituzionali di accoglimento, al di là del dogma della retroattività dell'effetto, in AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale*, cit., 171 ss.; ID., *Esiti del seminario*, *ibid.*, 417; ID., *Sentenza monito, inerzia del legislatore e successiva declaratoria di «incostituzionalità sopravvenuta»*. Nuove tipologie di decisioni costituzionali di accoglimento al di là del dogma dell'efficacia retroattiva (nota a Corte cost. 16 febbraio 1989, n. 50, *Foro it.*, 1990, I, 822), in *Giust. civ.*, 1989, I, 510; PANZERA, *Prime riflessioni sulle «sentenze miste» (ovvero sulla fantasia della corte)*, in *Giur. costit.*, 2004, 1988.

Nella giurisprudenza, v., per tutte, Corte cost. 15 gennaio 2003, n. 7, *Foro it.*, Rep. 2003, voce Titoli di credito, n. 77, e *Giur. costit.*, 2003, 27, con nota di A. CELOTTO, *Le sentenze della Corte costituzionale sono fonti del diritto?* Cass., sez. un., 2 dicembre 2004, n. 22601, *Foro it.*, 2005, I, 60, con nota di richiami, e *Dir. e giustizia*, 2004, fasc. 47, 41, con nota di BUSCEMA.

³⁵ Vedi Corte cost., 7 maggio 2015, n. 76, in *Foro it.*, 2015, I, 1849; *Giur. costit.*, 2015, 690, con nota di F. GHERA, *La corte alle prese con una norma di dubbia compatibilità con il c.d. principio di «indisponibilità del tipo»*; *Dir. relazioni ind.*, 2017, 397, con nota di, *Indisponibilità del tipo, ragionevolezza e autonomia collettiva - Sul nuovo articolo 2, 2° comma, decreto legislativo n. 81/2015*; www.amministrazioneincammino.luiss.it, 2016, II, 10 (m), n. FERRARO; *Mass. giur. lav.*, 2016, 166, n. GRANDI; *Giur. it.*, 2016, 131 (m), n. BINI; *Lavoro@Confronto*, 2018, fasc. 26, 36, con nota di D'ASCOLA, *L'indisponibilità del tipo contrattuale - I vincoli all'autonomia delle parti contraenti*.

Alla stessa sentenza si rinvia per riferimento di precedenti: Corte cost. 577 del 1989, punto 3.2 del 'considerato in diritto; 149 del 2010 (*Foro it.*, 2010, I, 1992).

³⁶ Articolo 53 l. 9 ottobre 1970 n. 740, *nella parte in cui non consente di qualificare i rapporti di lavoro degli infermieri incaricati dagli istituti di prevenzione e di pena come rapporti di lavoro subordinato*

la negazione della natura subordinata – esulandone requisiti essenziali – di quei rapporti.

5.4. Volto a “*dare attuazione ai principi, alle garanzie e ai diritti dettati dalla Costituzione a tutela del lavoro subordinato*” – per quanto si è detto – il *principio di indisponibilità del tipo* occupa – nella gerarchia delle fonti del nostro ordinamento nazionale - la posizione apicale riservata alle fonti costituzionali.

Coerentemente, la illegittimità costituzionale – per contrasto con il principio *di indisponibilità del tipo* – di *disposizioni o norme* di legge interna, ne comporta (art. 136 cost.), bensì, la *cessazione di efficacia* e la *non applicazione*.

Soltanto a far tempo, tuttavia, dal giorno successivo alla pubblicazione della pronuncia di accoglimento – all’esito di accertamento *centralizzato* - della Corte costituzionale ³⁷, alla quale i giudici comuni sono tenuti a rimettere le questioni di illegittimità costituzionale.

La *efficacia diretta* dello stesso *principio di indisponibilità del tipo* – come previsto dal diritto dell’Unione europea – ne comporta, invece, la diretta applicazione – in relazione a norme eurouitarie recanti la garanzia di diritti dei lavoratori - da parte dei giudici comuni degli stati membri, anche in luogo di eventuali disposizioni interne confliggenti.

Pertanto, il principio di *indisponibilità del tipo* – come previsto dal diritto dell’Unione e dal nostro ordinamento nazionale, in termini non dissimili nella sostanza – risulta parimenti funzionale, sia pure con *efficacia* diversa, al contrasto – in relazione a norme rispettive degli stessi ordinamenti – della elusione dei diritti, che ne siano garantiti ai lavoratori.

³⁷ Vedi, per tutti, G. ZAGREBELSKY, V. MARCENO’, *Giustizia costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2012, spec. 346 ss.

