

WOLFGANG DAÜBLER
Professore di Diritto del lavoro nell'Università di Brema

LAVORO NEL DIRITTO
DELLA REPUBBLICA FEDERALE TEDESCA

Estratto dal

Digesto

IV Edizione, vol. VIII Commerciale

UTET

Lavoro nel diritto della Repubblica Federale Tedesca

Bibliografia: si fa rinvio alle note.

Legislazione: si fa rinvio al testo.

Sommario: 1. Lavoro retribuito e lavoro non retribuito. - 2. Forme in cui si manifesta il lavoro retribuito: lavoro indipendente, lavoro dipendente, lavoro illegale. - 3. Il diritto del lavoro nel sistema giuridico. - 4. Strutture esterne e fonti del diritto del lavoro. - 5. Rapporto tra le parti sociali come principio guida espresso e non espresso per la conclusione dei conflitti. - 6. Diritto del lavoro di prim'ordine e diritto del lavoro di second'ordine. Liberalizzazione tramite spostamento dei confini. - 7. Eguaglianza dei diritti fra i due sessi nel mondo del lavoro. - 8. Nuove tecnologie e diritto del lavoro. - 9. Internazionalizzazione del diritto del lavoro tedesco. - 10. L'esportazione del diritto del lavoro tedesco federale nella ex-RDT.

1. *Lavoro retribuito e lavoro non retribuito.*

Se 15 anni fa si fosse proposto il tema «Lavoro nel diritto», sarebbe stato quasi automaticamente interpretato come «Diritto del Lavoro». In questo ambito si regola «il lavoro» — con l'aggiunta di alcune norme che riguardano il lavoro autonomo degli imprenditori, degli agricoltori e degli artigiani, che tradizionalmente appartengono sia al diritto civile che al diritto professionale.

Nel frattempo è mutata anche la nostra percezione: il lavoro non è più solamente orientato al mercato. Se lo si intende come «attività utile per altri», lo si trova anche in contesti molto diversi. Lo si svolge in famiglia, in particolare nell'educazione dei figli, lo si trova come «attività svolta secondo una carica onorifica» in chiesa, nelle associazioni, nelle organizzazioni politiche e nei sindacati, esiste in forma di aiuto ai vicini, che va dai piccoli favori fino all'ausilio nella costruzione di una casa. Il numero di ore spese in questo settore «informale» è pari, secondo le diverse stime, all'orario «ufficiale» di lavoro. Il diritto del lavoro in pratica non si occupa affatto di questo fenomeno. Anche altre parti dell'ordinamento giuridico si limitano ad una mera funzione di secondo piano. Di norma non è un problema giuridico se non si adempie a doveri familiari, se un collaboratore che ha una certa carica onorifica non si presenta o se si ha qualcosa di più importante da fare che aiutare il vicino a riparare l'auto. Le sanzioni si presentano sul piano sociale — chi delude le aspettative degli altri suscita critiche e disapprovazione. La normale sanzione del diritto civile, il risarcimento danni, sono fuori discussione.

Un'eccezione si presenta quando viene leso l'interesse per l'integrità di altre persone; lo Stato interviene quando si lede il «bene del bambino»; anche chi è impegnato soltanto per una cortesia è passibile di risarcimento danni, se nella sua attività lede colposamente la vita, la salute o la proprietà di altre persone. In casi come questi è anche possibile arrivare a conseguenze perseguibili.

Che l'ordinamento giuridico si «tiri indietro» presenta dei vantaggi. Il più importante è la mancanza di costrizione, la libertà di decidere del proprio comportamento. Lo svantaggio decisivo è rappresentato dalla mancanza di una ricompensa. In una società in cui la maggior parte dei beni si ottengono soltanto sul mercato, ciò porta automaticamente alla conseguenza che il lavoro non retribuito viene molto poco considerato. Il movimento femminista ha indotto delle riflessioni in particolare su lavoro delle casalinghe, che potrebbe essere remunerato in termini economici, senza per questo mutare la sua peculiarità. Si sono già fatti i primi passi — a chi cresce dei figli spetta un cosiddetto «anno di maternità», ovvero nel calcolo per la pensione viene messo in una posizione come se avesse svolto un lavoro retribuito per un anno in più (per ogni figlio). Un altro passo è la perequazione dei beni e l'accordo sugli alimenti nello scioglimento del matrimonio: il coniuge che dispone di un patrimonio più ingente e di maggiori diritti pensionistici deve dare la metà di ciò che eccede il suo necessario vitale all'altro coniuge (1). Un tipo di «commercializzazione artificiale» si verifica quando il coniuge che si occupa del governo della casa viene ferito in un incidente stradale; non sempre si considera come soluzione soddisfacente il risarcimento dei costi di una governante (2).

(1) Par. 363 ss. (perequazione dei beni), 1587 ss. (accordo sugli alimenti).

(2) Dettagli in LENZE, *Hausfrauenarbeit. Kritische Analyse und rechtliche Bewertung*, Baden-Baden, 1989, 113 ss.

2. Forme in cui si manifesta il lavoro retribuito: lavoro indipendente, lavoro dipendente, lavoro illegale.

La libera professione non sottostà ad alcuno statuto legale. L'individuo può, secondo l'art. 12, par. 1 della Costituzione, scegliere ed organizzare il proprio lavoro secondo le proprie idee.

Anche attività atipiche, che non corrispondono ad alcuna immagine professionale tradizionale, godono di protezione costituzionale (3).

La vendita dei propri prodotti e dei servizi segue le regole del Codice Civile.

L'autonomia del lavoro indipendente è soggetta ad una regolamentazione statale in tre ambiti:

— chi vuole esercitare un mestiere deve essere iscritto al cosiddetto albo delle imprese artigiane. Che cosa si debba annoverare tra i «mestieri» (ad es.: falegnami, idraulici, elettricisti, calzolai, ecc.) viene determinato nei dettagli in connessione con il cosiddetto codice dell'artigianato. All'albo delle imprese artigiane si iscrive soltanto chi ha ultimato un tirocinio di tre anni e ha superato gli esami di maestro artigiano. L'organizzazione del tirocinio, gli esami e il controllo dell'esercizio della professione sono totalmente delegati alle cosiddette camere, ovvero organismi coatti che organizzano tutti gli appartenenti a categorie professionali.

— Regolamenti simili esistono anche per ciò che riguarda le cosiddette libere professioni. Anche i medici, i dentisti e i farmacisti così come gli avvocati, i consulenti fiscali e gli architetti sono organizzati in ordini. Il tirocinio è comunque affidato totalmente alle università.

— Alcune attività, che comunque nella maggior parte dei casi non possono essere esercitate da un solo individuo, sono soggette a rischi a causa dell'autorizzazione statale e del controllo statale. Ciò vale per tutti i processi di produzione che scaricano determinate sostanze tossiche nell'ambiente, per la tecnica nucleare, ma anche per la raccolta di dati riferiti a persone, in particolare nei centri meccanografici (4).

Dal punto di vista statistico l'attività indipendente è un'eccezione relativamente insignificante. Nel maggio 1987, solo l'8,53% della popolazione lavorativa esercitava un'attività indipendente (5). L'1,78% era costituito dai cosiddetti collaboratori all'interno della famiglia, che si trovano particolarmente nell'agricoltura, nel commercio al dettaglio e nell'artigianato.

L'80,62% di tutta la popolazione attiva era costituita da operai e impiegati, il 9,07% da dipendenti statali e soldati (6). Quasi i nove decimi di tutta la popolazione lavorativa sono quindi lavoratori dipendenti. Mentre il rapporto di pubblico impiego si costituisce su atto della pubblica amministrazione e per quanto riguarda il contenuto viene regolato da una legge, gli operai e gli impiegati rientrano nel diritto del lavoro. Questo è il punto focale del presente articolo.

La delimitazione tra lavoro autonomo e lavoro dipendente non è dotata della stessa unilateralità di una costruzione geometrica. Un dipendente è colui che deve seguire le direttive di altri per svolgere il proprio lavoro, dunque in questo senso è anche «personalmente dipendente». Quando questa dipendenza si verifichi nei singoli casi, è discutibile;

secondo la giurisprudenza dipende tra l'altro se l'individuo è inserito in un'organizzazione, ovvero se altri contano sul fatto che svolga un determinato lavoro in un tempo determinato (7). La determinazione del concetto di dipendente riguarda la giurisprudenza; anche se in questo modo essa decide della sfera d'applicazione dell'intero diritto del lavoro, secondo la Corte Costituzionale federale non è contestabile che il legislatore non debba adottare un regolamento particolare (8).

Non ha alcuna importanza la denominazione che le parti in causa danno al contratto; anche il «libero collaboratore» e il «subappaltatore» rientrano nel diritto del lavoro se si verifica nel caso particolare la dipendenza personale richiesta dalla giurisprudenza (9).

A dispetto di quest'apparente chiarezza, anche nella Repubblica Federale esiste un gruppo di occupati paragonabili ai «parasubordinati» (10). In molti casi dipende dal datore organizzare il lavoro in modo tale che si eviti la «dipendenza personale» ma la dipendenza economica sia comunque talmente forte da poter contare su un pieno impiego di lavoro. Un esempio preso dalla tradizione sono i lavoratori a domicilio, esempi moderni sono i cosiddetti liberi collaboratori alla radio e alla stampa, ma anche negli uffici legali, oppure i cosiddetti nuovi liberi professionisti: si fa dei dipendenti dei gestori aziendali indipendenti, i direttori di filiali agiscono a proprio rischio quando stipulano un contratto con franchigia, nell'agricoltura si trovano aziende di un solo uomo, cui vengono affidate determinate attività (11). Mentre i lavoratori a domicilio sono vagamente equiparati ai normali dipendenti da un punto di vista giuridico (12), gli altri cosiddetti simil-dipendenti si trovano in una posizione difficile: i principi del diritto del lavoro vengono applicati in modo adeguato solo in casi eccezionali, è possibile usufruire di mutua e pensione, però l'interessato deve pagare tutti i contributi (inclusi quelli abitualmente versati dal datore di lavoro).

Il lavoro autonomo, come quello indipendente, può violare l'ordinamento giuridico. Si calcola che nella RFT la percentuale di questo lavoro illegale in termini di prodotto sociale lordo ammonti all'8% (13). Il lavoro illegale si presenta in diverse forme. La cosiddetta legge sul lavoro nero (14) riguarda solo quelle persone che pur essendo disoccupate non informano l'ufficio di collocamento, che svolgono un'attività artigianale senza essere artigiani, e anche coloro che non hanno denunciato la loro attività. Non meno importante l'attività di mano d'opera straniera senza permesso di lavoro, la consulenza illegale così come l'attività di dipendenti per i quali

non vengono versate imposte sul salario né contributi sociali. Infine, l'attività delle prostitute è, secondo il par. 138, 1° co. c.c. (BGB), immorale. Il lavoro illegale è lavoro discriminato. È già discriminato nella percezione che ne ha l'opinione pubblica e la scienza — si sa che esiste, ma quasi nessuno ne parla. Ancora più importante è il fatto che le regole generali non valgono: i contratti di compravendita e di appalto che vengono stipulati sono inefficaci, lo stesso vale per lo scambio forza lavoro/salario. Anche nell'attività dipendente si esclude la sicurezza sociale. Il lavoro illegale diventa un lavoro privo di ogni tutela, la retribuzione di solito è notevolmente al di sotto delle tariffe minime (15). Il diritto del lavoro mostra «buona volontà» senza poter giungere ad un risultato: retroattivamente, l'attività illegale viene in pratica considerata legale, sicché nel caso di un'attività dipendente si può comunque esigere il compenso minimo contrattuale o una adeguata retribuzione secondo il par. 612 BGB (16). In pratica non si fa quasi mai appello a questo diritto, data la totale dipendenza degli illegali, che perderebbero il lavoro e a seconda dei casi dovrebbero addirittura temere sanzioni penali, ad esempio per evasione fiscale. La consulenza illegale rappresenta forse un'eccezione, poiché secondo il par. 10 della Legge sulla cessione del dipendente (AÜG) (17) si crea un rapporto di lavoro con il titolare dell'azienda mutuataria in forza della legge (18). Comunque anche in questo campo la strada verso la legalizzazione è irta di molti ostacoli di carattere psicologico e sociale.

(3) Legge costituzionale (BVerfGE) 14, 19, 22 - La professione dell'installatore di distributori automatici.

(4) Cfr., SMITIS-RYDZY, *Von der Mitbestimmung zur staatlichen Administration: Arbeitsbedingungen bei riskanten Technologien. Eine Studie am Beispiel der Nuklearindustrie*, Baden-Baden, 1984.

(5) *Annuario statistico della Repubblica Federale Tedesca* (in seguito: *Statistisches Jahrbuch*), 1990, 104.

(6) *Ibidem*.

(7) Tribunale federale del lavoro (BAG), disposizione di attuazione 1980, 1996 e oltre.

(8) BVerfGE 59.

(9) BAG AP Nr. 15 sul par. 611 c.c. (BGB) dipendenza.

(10) Cfr., GHEZZI-ROMAGNOLI, *Il rapporto di lavoro*², Bologna, 1987, par. 51.

(11) Altri esempi in DÄUBLER, *Das Arbeitsrecht* 2⁷, Reinbek, 1990, 943 s.

(12) Legge sul lavoro a domicilio del 14-3-1951 (Gazzetta ufficiale della RFT, BGBl I, 191), recentemente cambiata dalla l. 13-7-1988 (BGBl I, 1034).

(13) MORIN, in *Soziales Europa*, Heft 3/1988, 12. Per il Portogallo e l'Italia si suppone qui il 20%.

(14) Del 30-3-1957 (BGBl I, 315) versione del 29-1-1982 (BGBl I, 109).

(15) Hanno numericamente poco peso le eccezioni nella prostituzione e nelle attività criminali.

(16) BAG AP Nr. 2 sul par. 138 BGB. Questo è il caso più importante di applicazione del cosiddetto rapporto di lavoro fattuale. Si veda in proposito SÖLLNER, *Grundriß des Arbeitsrechts*⁹, München, 1987, 17 e oltre.

(17) Legge sulla cessione del dipendente del 7-8-1972 (BGBl I, 1393) versione del 14-6-1985 (BGBl I, 1068), modificata dalla l. 22-12-1989 (BGBl I, 2406).

(18) Si veda il caso BAG AuR 1984, 348 con nota Ulber.

3. *Il diritto del lavoro nel sistema giuridico.*

Le norme giuridiche riferite al dipendente rappresentano un ambito giuridico a sé, che segue principi propri. A differenza di ciò che è stato affermato finora da autori liberali (19), il diritto del lavoro non è un mero derivato del diritto civile.

Innanzitutto persegue fini diversi. Dal punto di vista del contenuto assomma gli interessi di emancipazione del movimento operaio nel senso che formula condizioni minimali per lo scambio di forza lavoro per salario. Dunque il diritto del lavoro sviluppa una funzione tutelare. Tuttavia questa non è il suo unico scopo. Accanto a ciò esistono delle norme che limitano l'espansione del potere dei sindacati, che vogliono escludere in modo particolare la possibilità di mettere a repentaglio il sistema. Ciò si può spiegare con l'esempio del divieto dello sciopero spontaneo (20), ma anche nel vincolo del consiglio di fabbrica agli interessi del personale e al bene dell'azienda. Questi due scopi non si possono integrare nel diritto civile tradizionale; la sua funzione di controllo si limita a formulare delle condizioni generali per il comportamento sul mercato.

In secondo luogo soltanto una parte delle norme legali si collega alla figura del «possessore di bene-lavoro» (21) astratto. Mentre per un verso le regole formali su assunzione e licenziamento sono ancora dotate di una certa corrispondenza strutturale, ciò non accade più nel diritto della tutela del lavoro. In questo campo non si tratta di proteggere un individuo astratto da ciò che può pregiudicare la salute. Oggetto di protezione molto più determinante è la salute del singolo individuo fisico nella sua situazione lavorativa aziendale. Ciò ha delle conseguenze per la struttura delle norme giuridiche: mentre il diritto civile tradizionale si poteva limitare a norme generali ed astratte, nel diritto alla tutela del lavoro è diverso: i rischi per la salute sono palesemente diversi nell'industria chimica rispetto a quella metalmeccanica oppure nel campo dei servizi. Dunque è necessaria una decentralizzazione della disposizione delle norme che può arrivare a toccare le regole di comportamento che riguardano l'azienda e il reparto (22). Parallelamente, il collegamento con la persona fisica implica anche in parte una «collettivizzazione»: poiché la persona non esiste nell'azienda co-

me un isolato possessore di bene lavoro, bensì rientra all'interno di un contesto di divisione del lavoro, è possibile mutare la sua situazione soltanto tramite una azione comune (23). A questa nuova forma di diritto non si può far fronte con le categorie del diritto civile relative al mercato, in particolare la dottrina del negozio giuridico; ciò viene sufficientemente esemplificato dalle difficoltà di costruire un diritto soggettivo allo sciopero (24) o di comprendere esattamente il concetto di mutamenti aziendali (25) che devono tener conto di una pianificazione sociale.

In terzo luogo, anche la costituzione ha deciso a favore di un diritto del lavoro autonomo. Le diverse competenze legislative nell'art. 74, Nr. 1 della Costituzione (GG) per il «diritto civile» e nell'art. 74, Nr. 12 GG per il «diritto del lavoro inclusi l'organizzazione sociale delle aziende, la tutela del lavoro e il collocamento» si esprimono a favore, così pure la garanzia contenuta nell'art. 95, 1° co. GG di una giurisdizione sul lavoro autonoma (26). La Corte costituzionale federale ha già da tempo tratto le conseguenze e ha parlato di un «ambito giuridico autonomo e indipendente, che sta accanto al diritto civile» (27). Anche il diritto contrattuale del c.c. è ampiamente «escluso e modificato» (28); il diritto del lavoro è «totalmente staccato» dal diritto privato ed è diventato un «ambito giuridico particolare e sui generis» (29). Anche il legislatore si è appropriato di questa visione in un luogo apparentemente nascosto. Il par. 3, 2° co., della legge sull'addestramento professionale stabilisce che sostanzialmente bisogna applicare «le norme e i principi giuridici validi per il contratto di lavoro» al contratto di formazione lavoro. Però solo un ambito giuridico autonomo può disporre di principi giuridici propri.

Il significato pratico di questa dichiarazione non si mostra soltanto nell'interpretazione ma anche nella abolizione di norme che riguardano il diritto del lavoro: fa una notevole differenza se ad esempio, data una determinata categoria di persone contemplata dalla legge sui licenziamenti, vale esclusivamente il diritto civile o se conserva ancora una certa qual importanza anche l'orientamento tutelare dell'attuale diritto del lavoro.

(19) Si veda in particolare lo scritto del cosiddetto circolo di KRONBERG, *Mehr Markt im Arbeitsrecht*, Frankfurt/M, 1986.

(20) BAG AP Nr. 32 sull'art. 9 della Costituzione (GG) sciopero, giurisprudenza costante.

(21) § 2, 1° co. BetrVG.

(22) Sulle applicazioni di una differenziazione specifica di un ambito sociale si veda DAMM, *JZ*, 1986, 916 e per il caso specifico del diritto di successione cfr., DÄUBLER, *Alternativkommentar zum BGB*, Bd 6 (diritto di successione), Neuwied u. Darmstadt, 1990, Einl., nota a lato 27 ss.

(23) Cfr., SINZHEIMER, *Das Weltbild des bürgerlichen Rechts*, 1932, recentemente pubblicato: in SINZHEIMER, *Arbeitsrecht und Rechtssoziologie*, Bd 2, Köln, 1975, 313 ss. Così anche GHEZZI-ROMAGNOLI.

(24) Notizie generali in DAUBLER in: *Arbeitskampfrecht*, a cura di DAUBLER, 2ª ed., Baden-Baden, 1987, con nota lato 128 ss. e oltre. In Italia si veda ultimo Gaeta.

(25) Si veda ad es., il problema del vincolo ad una decisione di chiusura o di chiusura fittizia, una volta presa.

(26) Al rapporto tra l'esistenza di un particolare ramo giudiziario e dell'autonomia del diritto del lavoro rimanda costantemente Wedderburn, *ILJ* 16 (1987), 16 ss.

(27) BVerfGE, 7, 342, LS, 2.

(28) BVerfGE, 7, 342, 350.

(29) BVerfGE 7, 342, 350, 351. La decisione è stata recentemente confermata da BVerfGE NZA, 1988, 355.

4. Strutture esterne e fonti del diritto del lavoro.

Il diritto del lavoro si compone di due grandi parti. Da una parte sta «il diritto dell'autotutela collettiva», ovvero quelle norme giuridiche che rendono possibile la tutela comune degli interessi dei dipendenti. Tra queste ci sono la libertà sindacale, l'autonomia della contrattazione collettiva, il diritto di sciopero, e anche — come caratteristica peculiare della Repubblica Federale — l'organizzazione sociale delle aziende e la cogestione aziendale. In questo ambito rientrano anche le possibilità (molto limitate) di tutelare gli interessi nei confronti dell'apparato statale. In conformità con una convenzione diffusa si parla di «diritto del lavoro collettivo».

Accanto a questo diritto dell'autotutela si trova dall'altra parte la garanzia statale di standards minimi e la determinazione dei doveri dei dipendenti. La parte più importante è la tutela sanitaria sul lavoro, ma in questo ambito rientrano anche la tutela contro il licenziamento e il compendio di diritti e doveri specifici tratti dal rapporto di lavoro (30). Questa parte viene tradizionalmente denominata «diritto del lavoro individuale» anche se ciò non risponde totalmente a realtà: dal punto di vista del contenuto non si tratta affatto di rapporti che concernono il diritto contrattuale solamente. La rappresentazione di singoli ambiti problematici, come «assunzione del dipendente», «parità salariale dei due sessi» o «licenziamento determinato dalle condizioni aziendali» comprende significativamente anche quei vantaggi che sono il risultato degli accordi economici collettivi e dei diritti di cogestione.

Diritto scritto, diritto applicato, diritto autonomo.

La Repubblica Federale non possiede un codice del lavoro. Attualmente esiste una molteplicità di singole leggi che riguardano il diritto del lavoro che derivano da epoche diverse: mentre il diritto contrattuale del lavoro continua ad essere fondato sui par. 611-630 BGB (31), il diritto del lavoro collettivo è stato rifatto dopo la seconda guerra mondiale, il che

rende però evidente l'influenza di numerosi regolamenti weimariani. Il lascito più importante dell'epoca fascista è il regolamento delle ore lavorative del 1938 (32).

A prima vista pare che la Costituzione abbia minore importanza per il diritto del lavoro. Pare che, a parte la libertà associativa nell'art. 9, 3° co. GG, la libera scelta del posto di lavoro nell'art. 12, 1° co. GG e il principio dello stato sociale vincolato nell'art. 20 GG, non crei dei vantaggi per il lavoro dipendente. Però la realtà dei fatti è diversa.

Nello stipulare convenzioni e contratti aziendali bisogna rispettare i diritti fondamentali dell'individuo. Tra questi sono, insieme ad altri, la parità dei due sessi (art. 3, 2° co. GG), la tutela del matrimonio e della famiglia (art. 6, 1° co. GG) come anche il diritto della proprietà che si estende anche ai diritti che riguardano i fondi patrimoniali del dipendente. Il diritto associativo dell'art. 9, 3° co., GG contiene secondo il suo testo soltanto un diritto fondamentale dell'individuo, però dalla Corte costituzionale federale viene considerato un fondamento per l'attività sindacale nell'industria per la stipula di contratti collettivi di lavoro e per la partecipazione dei sindacati all'organizzazione sociale dell'azienda (33). Anche al diritto di sciopero si dà un fondamento analogo (34).

Le valutazioni di diritto costituzionale determinano anche diritti e doveri tratti dal rapporto di lavoro (35) e possono obbligare il legislatore od il giudice che agisce al suo posto a cercare un compromesso adeguato nel contratto di lavoro (36). Recentemente si è dedicata particolare attenzione al divieto del lavoro domenicale nell'art. 140 GG, che rimanda all'art. 139 della Costituzione della Repubblica di Weimar (37). Infine è interessante il fatto che la Corte costituzionale federale abbia considerato contrari al principio di uguaglianza i diversi termini di preavviso di licenziamento di operai ed impiegati e li abbia dichiarati anticostituzionali (38).

La «compenetrazione» del diritto del lavoro con i vantaggi provenienti dal diritto costituzionale lo rende notevolmente stabile: poiché gli emendamenti della costituzione — sia effettuati dal legislatore, sia da una modifica della giurisprudenza della Corte costituzionale federale — sono molto rari, la struttura di base rimane di decennio in decennio la stessa (39).

Il diritto «reale», determinante per il comportamento di datori e prestatori di lavoro, si trova solo in parte nei testi giuridici. Innumerevoli regole, spesso straordinariamente importanti, sono state applicate soltanto dai Tribunali del lavoro, in particolare del

Tribunale federale del lavoro (BAG) e dalla Corte costituzionale federale (BVerfG). Ciò non vale soltanto per il diritto di sciopero non regolato legalmente, ma anche per materie di cui il legislatore si è occupato a fondo. Così la legge per la tutela contro il licenziamento parla del fatto che tra l'altro si può licenziare per motivi «intrinseci alla persona». Il fatto che la malattia sia un motivo di licenziamento, perché dà luogo a prevedibili assenze future, il che causa degli inconvenienti nell'azienda — tutto ciò si è sviluppato tramite la giurisprudenza (40). Senza che ci sia un riferimento nel testo della legge essa pretende anche che ad ogni licenziamento ci sia un calcolo completo degli interessi di ambo le parti (41). Di quali punti di vista si debba tener conto in questi casi (situazione economica dell'azienda, anzianità di servizio, parenti a carico dell'interessato, ecc.), si può egualmente determinare con un'analisi accurata delle decisioni esistenti. I tribunali hanno sviluppato una rete molto sottile di «norme simil-giuridiche», che ognuno deve conoscere, che funge da consigliere per un'associazione, un datore di lavoro, un consiglio di fabbrica, oppure un dipendente. A differenza dell'ambito giuridico anglo-americano, le decisioni non sono formalmente vincolanti, però bisogna tener presente che almeno nel 99% dei casi un conflitto viene risolto a tenore della giurisprudenza finora in uso.

Il «diritto applicato» — nasce sulla base della straordinaria ricchezza del «materiale processuale». Ogni anno nella ex-Repubblica Federale vengono intentati tra i 300.000 e i 350.000 procedimenti in materia di lavoro (42). Circa il 10% viene risolto con sentenza, negli altri casi si giunge per lo più ad un accordo. La giurisprudenza è molto aperta ai conflitti sociali, che normalmente risolve ai sensi della razionalità dominante (43).

La presentazione delle parti in causa come anche le sentenze stesse si distinguono dal gran dispendio di argomentazioni. A differenza di ciò che succede ad esempio in Francia le sentenze del BAG possono tranquillamente occupare 50 pagine.

Finché non esiste, rispetto ad un problema, una giurisprudenza consolidata e confermata in diversi verdetti di tribunali superiori, la prassi si orienta per lo più sulle opinioni sostenute da studiosi di problemi giuridici di fama, in testi, commentari, monografie e saggi. In questo modo, i datori di lavoro, i sindacati e i consigli di fabbrica discutono per lo più facendo riferimento alle opinioni giuridiche che fanno scuola — le perizie che vengono occasionalmente commissionate hanno lo scopo di rendere sicura la propria posizione in ambiti specifici che sono stati discussi poco o affatto. I risultati di una elaborazione interpretativa condotta da relativamente poche persone

— professori, alti magistrati, consulenti legali, avvocati tra i più famosi e giuristi impegnati nei settori dirigenziali dell'amministrazione — acquisiscono in questo modo quasi forza di legge, tanto più che, per esperienza, in caso di controversia anche i tribunali si orientano all'«opinione dominante» (44).

La discussione scientifica nella Repubblica Federale non è, particolarmente per quello che riguarda il diritto del lavoro, un «discorso privo di condizionamenti». In particolare gli interessi delle associazioni imprenditoriali e (entro certi limiti) dei sindacati si esprimono anche nel pensiero dominante. A quasi tutti gli autori viene imputata una certa «vicinanza» all'una o all'altra parte. Mutamenti di posizioni sono straordinariamente rari. Le forme della contesa non sono sempre molto nobili; risse, scritte sui muri e anche agguati sono assolutamente comuni. Una cultura del conflitto con regole generalmente accettate non si è (ancora) sviluppata. Dal punto di vista del contenuto la dottrina tedesca si distingue da quella italiana in particolare in due punti:

— le discussioni riguardano per lo più questioni molto concrete. In questo l'argomentazione giuridico-dogmatica gioca un ruolo dominante, mentre le nozioni sociologiche rimangono piuttosto in secondo piano. Lo può dimostrare la controversia sulla determinazione contrattuale delle 35 ore settimanali: non si discuteva la funzione ed i confini dell'autonomia della contrattazione collettiva, né il rapporto tra legislazione statale e autonoma, bensì il problema apparentemente banale se si potesse stabilire nel contratto di lavoro un orario più lungo di quello contrattuale (45). Ciò si decide a seconda che «lavorare più a lungo» e guadagnare di più sia «più vantaggioso» di un orario più breve con una retribuzione minore. In questo modo i singoli contributi assumono un carattere molto più concreto;

— la tradizione del diritto del lavoro weimariano viene tramandata da singoli autori ma non dalla scienza del diritto in quanto tale. Ciò dipende per un verso dall'impostazione troppo dettagliata, per altro verso dal fatto che sono diventati ovvi molti concetti, che nella creazione di un ordinamento del diritto del lavoro come a Weimar (o nell'Italia degli anni '70) necessitavano di chiarimenti. Ma più importante di tutto doveva essere la distanza storica e social-politica. Alla domanda «Weimar - e poi?» (46) molti hanno spontaneamente risposto con le parole «e poi il fascismo». Per altri le opzioni di Sinzheimer e della sua scuola sono sospette, eppure per loro lo status quo non era affatto il migliore dei mondi.

Contratti collettivi e aziendali.

Lo stato giuridico concreto del singolo dipendente non viene determinato da leggi, ordinamenti, diritto

applicato e «opinione dominante». Secondo delle ricerche del ministero federale del lavoro circa 17 su 20 milioni di dipendenti rientrano in uno o più contratti collettivi (47). Questi differiscono per contenuto e per livello tutelare. Nella ricca industria chimica si pagano stipendi più alti che nel settore tessile, nel Baden-Württemberg si guadagna più che nello Schleswig-Holstein (48). L'orario lavorativo settimanale differisce di settore in settore; al 30-6-1990 era in media di 37,7 ore (49). Nel pubblico impiego esiste per operai e impiegati una protezione contrattuale molto forte contro il licenziamento; chi è stato impiegato per 15 anni ed ha almeno 40 anni può essere licenziato soltanto per un «motivo grave». Qualcosa di analogo esiste nel commercio ma solo a favore dei dipendenti più anziani (ad esempio oltre i 53 anni), posto che facciano parte dell'azienda da molti anni.

Il consiglio di fabbrica e l'amministrazione possono anche concludere degli accordi aziendali che però si possono riferire sostanzialmente solo a questioni non regolate contrattualmente. Spesso nella pratica non si rispetta questo limite; in molte aziende si pagano delle prestazioni extracontrattuali che vengono concordate in dettaglio con il consiglio di fabbrica. Gli accordi collettivi di lavoro e gli accordi aziendali sono dei mezzi con l'aiuto dei quali i dipendenti assunti possono conseguire successi materiali e una posizione più sicura. Al contempo questi strumenti rendono il diritto del lavoro un sistema flessibile: a seconda della capacità di carico economico del settore o della singola azienda e a seconda dell'opposizione da parte dei dipendenti sono possibili regolamentazioni migliori o peggiori. Spesso i contratti collettivi hanno un ruolo pionieristico: ciò che in un primo momento è stato concordato in singoli rami dell'economia in seguito viene esteso dal legislatore all'intera economia. Un esempio è la malattia pagata, un altro il viaggio di formazione, che in alcune nazioni è ormai garantito per legge.

(30) La differenza qui incontrata si trova come argomento già in SINZHEIMER, *Arbeitsrecht und Rechtssoziologie*, cit., 102-103, che parla di «legislazione della libertà di lavoro» e di «legislazione della tutela del lavoratore».

(31) Il c.c. (BGB) è del 1896 ed è entrato in vigore nel 1900.

(32) Sulla problematica corrispondente in Italia si veda GIUGNI, *DLRI*, 1982, 373 ss.; ROMAGNOLI, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1983, 11 ss.

(33) Notizie generali in DÄUBLER, *Ratgeber Arbeitsrecht*, Reinbek, 1991, 49 ss.; SÖLLNER, cit., 56 ss.

(34) *BAG DB*, 1980, 1266, colonna a destra.

(35) Esempio: la continuazione dell'impiego fino alla conclusione legalmente valida del processo di tutela contro il licenziamento (*BAG DB*, 1985, 2197 ss.).

- (36) *BVerfG NZA*, 1990, 390: «Laddove manchi un approssimativo equilibrio di forze delle parti, non è possibile garantire un compromesso con i soli mezzi forniti dal diritto contrattuale. Se in una siffatta situazione oggettiva ci si imbatte in posizioni garantite dal diritto fondamentale, devono intervenire regolamentazioni statali «compensatorie».
- (37) Su questo si veda RICHARDI, *Grenzen industrieller Sonntagsarbeit. Ein Rechtsgutachten*, Bonn, 1988.
- (38) *BVerfG DB*, 1990, 1565.
- (39) Fondamentale sull'influenza della Costituzione sul diritto del lavoro KAHN-FREUND, *DLRI*, 1979, 77 ss.
- (40) Su questo WELLER, *Das Arbeitsrecht der Gegenwart* 20 1983, 77 ss. Infine *BAG DB*, 1989, 2075.
- (41) BAG AP.Nr. 6 sul par. 1 Legge sui licenziamenti, giurisprudenza costante.
- (42) Dati secondo *BArbBl Heft* 7-8-1989, 163-165, anche per quello seguente.
- (43) Particolarmente chiaro nel diritto allo sciopero, dove la funzionalizzazione dello sciopero segue l'utilità dell'autonomia tariffaria, senza considerare le altre forme praticate dell'interpretazione del diritto fondamentale. Si veda BLANCKE, *AuR*, 1989, 2 ss.
- (44) Si veda RITA ZIMMERMANN, *Die Relevanz der herrschenden Meinung für Anwendung. Fortbildung und wissenschaftliche Erforschung des Rechts*, Berlin, 1983.
- (45) A favore BUCHNER, *DB*, 1989, 2030; ZÖLLNER, *DB*, 1989, 2124; contro DÄUBLER, *DB*, 1989, 2534; ZACHERT, *DB*, 1990, 986. Su un processo al Tribunale federale del lavoro (BAG) che si è risolto con rinuncia all'azione da parte del lavoratore, si veda NEUMANN, *NZA*, 1990, 962.
- (46) ROMAGNOLI, *Il diritto del lavoro*, 77.
- (47) CLASEN, *BArbBl Heft*, 3/1990, 11.
- (48) Su questo KURZ-SCHERF, *WSI-Tarifarchiv WSI-Mitt.*, 1989, 120.
- (49) BISPINCK, *WSI-Tarifarchiv WSI-Mitt.*, 1990, 548.

5. Rapporto tra le parti sociali come principio guida espresso e non espresso per la conclusione dei conflitti.

Organizzazione sociale della ditta.

Il consiglio di fabbrica è «partner» del datore di lavoro, che può partecipare alle decisioni che riguardano una serie di questioni. Il consiglio di fabbrica è partner del datore di lavoro nella misura in cui il par. 2, 1° co. della legge sull'organizzazione sociale della ditta (*BetrVG*) vincola ambo le parti ad una «collaborazione basata sulla fiducia» perciò il consiglio di fabbrica dovrebbe procedere in una maniera cooperativa e non conflittuale. Dal punto di vista contenutistico il par. 2, 1° co. *BetrVG* lo vincola a perseguire non solo il bene del dipendente ma anche quello della ditta.

Il par. 74 *BetrVG* definisce in maniera concreta questi vantaggi descritti finora in maniera generale. In base al 1° co. il datore di lavoro e il consiglio di fabbrica devono riunirsi almeno una volta al mese per trattare «con la seria volontà di trovare un'intesa» le questioni controverse. Il 2° co. dello stesso articolo vieta al consiglio di fabbrica di intentare o appoggiare misure sindacali contro il datore di lavoro. Inoltre si vieta al consiglio di fabbrica un'attività

partita, ad eccezione delle questioni di politica salariale, sociale ed economica, qualora queste riguardino la ditta o i suoi dipendenti. Ma in definitiva il consiglio di fabbrica deve astenersi da qualunque «attività che possa compromettere l'andamento del lavoro o la tranquillità dell'azienda».

La contropartita di questi vincoli si trova nell'esistenza dei diritti di cogestione, che si riferiscono a campi specifici ben determinati; tutte le questioni che non sono espressamente trattate restano automaticamente di competenza esclusiva del datore di lavoro. Obbligatoriamente soggetti alla cogestione sono il regolamento del lavoro, l'orario di inizio e fine della giornata lavorativa, l'orario ridotto e gli straordinari, il controllo tramite ausili tecnici e l'approvazione di piani sociali qualora si verifichi un sostanziale mutamento dell'azienda.

Non esiste invece una totale cogestione per quello che riguarda le assunzioni; anche per i licenziamenti il consiglio di fabbrica viene solo interpellato. A maggior ragione non viene interpellato per le decisioni relative agli investimenti.

Che cosa significa «cogestione?» in realtà si intende una suddivisione delle competenze operative: il datore di lavoro non può operare senza il consenso del consiglio di fabbrica, gli atti unilaterali non sono validi dal punto di vista legale (50). Il consiglio di fabbrica ha da parte sua il diritto di proporre di propria iniziativa un certo regolamento del campo in questione, in quanto gli compete un cosiddetto diritto di iniziativa. Se non è possibile raggiungere un compromesso la decisione passa al cosiddetto ufficio di conciliazione. Questo è formato da un numero uguale di rappresentanti del datore di lavoro e del consiglio di fabbrica (di solito da 2 a 4) e da un presidente neutrale. Sulla persona che deve ricoprire questa carica neutrale si devono accordare ambo le parti; se ciò non avviene è il tribunale del lavoro a nominare il presidente. Nell'ufficio di conciliazione è la maggioranza a decidere; se perde il consiglio di fabbrica il datore di lavoro può mettere in atto le misure desiderate mentre in caso contrario il datore di lavoro dovrà rinunciare ai suoi programmi, se non addirittura adottare le misure proposte dal consiglio di fabbrica.

Sindacati.

Mentre il consiglio di fabbrica viene eletto da tutti i dipendenti, il sindacato si basa sulla adesione spontanea. Circa il 35% di tutti i dipendenti pubblici e privati è organizzato in una delle 16 Confederazioni Generali Tedesche dei Sindacati (51). Invece il Sindacato Tedesco degli impiegati (DAG) e il Sindacato dei pubblici dipendenti (DBB) raggiungono ciascuno solo il 2,5% circa (52).

L'attività principale dei sindacali è la stipula dei contratti collettivi di lavoro, che di norma vengono stipulati per un intero settore di attività o per una regione. Nel primo caso si può citare come esempio il contratto collettivo degli impiegati tedeschi, che vale per tutti gli impiegati della pubblica amministrazione (comuni inclusi). La seconda variante esiste in tutti i maggiori settori industriali; ad esempio si concludono dei contratti collettivi per i metalmeccanici del Distretto Nordwürttemberg-Nordbaden o per la zona dell'Unterweser.

Per ciò che concerne il loro oggetto, i contratti collettivi si riferiscono essenzialmente a salario e a ore lavorative. Nei singoli casi vengono regolarizzate anche misure di compensazione sociale nei processi di razionalizzazione, ma anche questioni attuali come il favoreggiamento dell'occupazione delle donne o la tutela dei dipendenti più anziani (53). Fino a che punto le decisioni imprenditoriali in materia di investimento possano essere oggetto di una contrattazione collettiva, è una questione controversa (54). Nella pratica ciò non ha grande importanza poiché il potere di contrattazione del sindacato di solito non è sufficiente per poter avanzare delle richieste che concernano questo ambito e discuterle con delle prospettive di successo. Infine bisogna considerare che molte questioni, ad esempio di sicurezza sociale o di tutela sanitaria sul lavoro, sono regolate per legge, tanto che in effetti non rimane praticamente libertà di azione per i contratti collettivi.

Nel sistema tedesco dei rapporti di lavoro i sindacati hanno il monopolio dello sciopero: soltanto loro possono indire uno sciopero legale, che può avere come un unico scopo il rinnovo del contratto (55). Ciò corrisponde al modello di base tedesco dei rapporti tra datori e dipendenti: come ha sottolineato più volte la Corte costituzionale, anche la stipula dei contratti collettivi serve per «l'ordine e la tranquillità della vita lavorativa» (56).

Accanto alla conclusione di contratti collettivi hanno una certa importanza le influenze informali dei sindacati, sia nel campo dell'impresa privata che anche nei confronti dell'apparato statale. La struttura partitico-politica del Governo è un fattore importante, però in questo senso i due maggiori partiti non si distinguono in linea di principio: anche se l'SPD e la Confederazione Generale dei Sindacati tradizionalmente collaborano, l'SPD evita di scavalcare nelle questioni fondamentali l'imprenditoria. Viceversa la CDU, nonostante uno stretto collegamento con i rappresentanti dell'industria e del commercio, tiene conto in certa misura anche dei sindacati.

Coordinamento dei consigli di fabbrica e dei sindacati.

La considerazione isolata dei diritti di cogestione e del sistema tariffario potrebbe erroneamente indurre ad immaginare entrambi uno accanto all'altro ma senza vincoli, essendo la sfera sovraziendale in certa misura responsabilità dei sindacati, mentre l'ambito aziendale è di competenza dei consigli di fabbrica. Il diritto vigente accorda tuttavia ai sindacati anche un certo numero di diritti nell'azienda.

Innanzitutto esiste una cosiddetta priorità contrattuale. Finché si può disporre di un regolamento tariffario, la co-decisione del consiglio di fabbrica è esclusa (57). La libertà d'azione del consiglio di fabbrica può dunque essere limitata da un contratto collettivo. Però è anche possibile estendere i diritti previsti dalla legge tramite un contratto collettivo di lavoro (58). In ambito salariale la priorità contrattuale ha comunque un effetto limitato. Si conducono comunque «trattative salariali aziendali», che in molte imprese portano a retribuzioni superiori a quelle tariffarie (59). Per il datore di lavoro ciò ha il vantaggio che gli accordi non sono rivendicabili per vie legali e quindi in tempi di crisi economica possono essere facilmente ritirati. Il sistema attuale gode in questo senso di grande flessibilità: si può limitare il lavoro prestato, senza che si metta in discussione il livello tariffale, quindi si debba rischiare un grande conflitto.

In secondo luogo i sindacati hanno una serie di diritti d'influenza nei confronti del consiglio di fabbrica, sicché in linea di principio possono mandare uno o più incaricati alle riunioni del consiglio di fabbrica e all'assemblea generale del personale. Possono contestare l'elezione della Commissione interna per infrazioni giuridiche, o anche fare appello al Tribunale del Lavoro per fare destituire dalla carica il consiglio di fabbrica o i singoli membri per grave inadempimento di doveri. Di ancora più grande importanza dovrebbe essere nella pratica la «funzione di offerta di servizi» dei sindacati. Se il consiglio di fabbrica intenta un processo che concerne il diritto del lavoro contro il datore, il sindacato gli mette a disposizione un procuratore legale esperto in diritto, se un membro del consiglio di fabbrica si vuole aggiornare, può usufruire delle proposte molto varie delle attività sindacali, se nelle trattative con il datore può essere utile un esperto d'informatica, spesso è il sindacato a procurarlo.

Nonostante questo vincolo il consiglio di fabbrica conserva una certa autonomia. È al di fuori della gerarchia sindacale, il che ha il vantaggio che le minoranze all'interno dei sindacati non possono essere emarginate a piacere bensì conservano una base importante in forma di singoli consigli di fabbrica.

Inoltre il sistema duale di tutela degli interessi ha un carattere innovativo proprio grazie all'indipendenza dei consigli di fabbrica: in base ai loro diritti di gestione devono confrontarsi con alcune nuove questioni, devono prendere una posizione anche se il consiglio di amministrazione non è stato ancora eletto e il prossimo congresso del sindacato avrà luogo solo tra due anni. L'introduzione di nuove tecniche e nuove forme dell'orario lavorativo è dunque diventata un problema sindacale poiché il consiglio di fabbrica aveva sottoposto queste questioni agli apparati. Determinate da diversi contatti tra esperti aziendali e studiosi, alcune questioni vengono discusse nella letteratura giuridica prima di quanto non sia finora successo in altre nazioni.

È una realtà che il rapporto tra datore e prestatore di lavoro sia stabilito in termini legislativi e giurisdizionali. Dal 1984 il ricorso allo sciopero è diventato sempre più raro (60). La forma dominante è lo sciopero avvertitivo nelle trattative contrattuali, che di regola coinvolge diverse aziende e dura alcune ore. Uno sciopero generale comporterebbe per ambo le parti grossi rischi: la cooperazione molto stretta e la rete di collegamento tra molte imprese potrebbe implicare che uno sciopero non annunciato di 50.000 dipendenti induca all'inattività, dopo una o due settimane, aziende con due milioni di lavoratori. Il comportamento molto cauto rispetto al diritto di sciopero viene facilitato dal fatto che negli anni passati sia in campo retributivo che nella riduzione dell'orario di lavoro sono stati fatti notevoli progressi. Nell'ex-DDR si parte invece da condizioni diverse: là ci si riallaccia molto più saldamente alle forme tradizionali dell'agitazione operaia.

(50) Indicazioni sulla giurisprudenza e la letteratura in FITTING-AUFFARTH-KAISER-HEITHER, *BetrVG, Handkommentar*¹⁶, München, 1990, par. 87, nt. a margine 23.

(51) Dettagli in LÖHRLEIN, in *Gewerkschaftsjahrbuch*, 1990, a cura di KITTNER, Köln, 1990, 67 ss.

(52) Dati numerici in *Statistisches Jahrbuch*, 1990, 634.

(53) BISPINCK, *WSI-Tarifarchiv WSI-Mitt.*, 1990, 548 ss.

(54) Su questo BAG DB 1991, 181 e nella letteratura RUNG-GALDIER, *Kollektivvertragliche Mitbestimmung bei Arbeitsorganisation und Rationalisierung*, Frankfurt/M., 1983; WIEDEMANN, *RdA*, 1986, 231 ss.

(55) Generalità in DÄUBLER, *Das Arbeitsrecht I*², Reinbeck, 1990, 238 ss.; LÖWISCH (a cura di), *Schlichtungs- und Arbeitskampfrecht*, Wiesbaden, 1989, nt. a margine 481 ss.

(56) *BVerGe* 50; 290, 371, giurisprudenza costante.

(57) Ciò risulta dal par. 77, 3° co. *BetrVG* e dalla frase introduttiva al par. 87, 1° co. *BetrVG*.

(58) BAG AP Nr. 23 sul par. 77 *BetrVG* 1972 e BAG AP Nr. 53, sul par. 99 *BetrVG* 1972.

(59) Sulle cause si veda DÄUBLER, *Arbeitsrecht I*, cit., 154 ss.

(60) Dati in: *Statistisches Jahrbuch*, 1990, 113. Statisticamente ogni lavoratore nel 1988 ha scioperato in totale 2,4 minuti.

6. Diritto del lavoro di prim'ordine e diritto del lavoro di second'ordine. Liberalizzazione tramite spostamento dei confini.

La rappresentazione del diritto del lavoro e dei rapporti industriali rivela una certa forza suggestiva: all'osservazione pare più o meno ovvio che tutte le norme vengano effettivamente attuate, che il modello tutelare descritto abbia un carattere universale. Ma una supposizione siffatta contraddice gravemente la realtà.

Il datore di lavoro atipico.

Il «normale diritto del lavoro» non si trova nella piccola industria. L'organizzazione sociale delle aziende presuppone che si raggiunga una «soglia» di 5 dipendenti fissi (par. 1 BetrVG) — anche le aziende con 20, 30 o 50 impiegati spesso non hanno un consiglio di fabbrica poiché nessuno prende l'iniziativa di eleggerlo. Se il piccolo imprenditore non appartiene ad un'associazione padronale, anche i contratti collettivi non sono vincolanti per lui. La legge sui licenziamenti entra in vigore soltanto quando l'azienda ha almeno 6 dipendenti (par. 23 Legge sui licenziamenti, KSchG). Per la piccola impresa rimane una sorta di diritto del lavoro frammentario e i dipendenti da un punto di vista giuridico non sono molto meglio tutelati di 80 anni fa. Le norme del diritto del lavoro vengono meno anche quando il datore di lavoro stesso non ha libertà di azione. Ciò vale ad esempio per i fornitori di grandi industrie, in particolare nel settore automobilistico: la suddivisione del lavoro tra le imprese è così altamente sviluppata che l'orario ma anche la tecnica impiegata e le richieste ai collaboratori vengono determinati dal «produttore principale» (61). Lo stesso può capitare nei gruppi industriali (62). Il diritto del lavoro non ha ancora reagito in maniera adeguata a questa spaccatura funzionale del lato padronale; a parte alcuni accenni nella disciplina dei gruppi industriali (63), il rapporto di lavoro continua ad essere inteso come un rapporto bipolare, sicché diritti e doveri non possono essere determinati facendo riferimento ad un «centro decisionale aggiuntivo».

Il dipendente atipico.

Lo standard tutelare del normale diritto del lavoro è inferiore anche quando è datore di lavoro una media o grande impresa con libertà decisionale propria, ma contemporaneamente si è costituito un rapporto di lavoro atipico (64). Ciò si manifesta in modo particolare in tre forme:

— un numero crescente di dipendenti ha un impiego part-time. Di regola la retribuzione non è sufficiente per condurre uno standard di vita accettabile. Le possibilità di carriera nell'azienda sono rare, le erogazioni sociali da parte dell'azienda sono spesso ri-

servate agli impiegati a tempo pieno. Chi non lavora più di 15 ore alla settimana e non guadagna più di 480 DM al mese, è escluso dalla previdenza sociale secondo il par. 8 Legge Sociale (SGB IV);

— i dipendenti a tempo determinato non godono di una forma tutelare stabile e dunque non sono in grado di pianificare il loro futuro in modo più o meno attendibile. Sono esclusi da quelle attività che si basano sulla durata del rapporto di lavoro. La speranza di ottenere magari un prolungamento od un'occupazione duratura, crea una notevole dipendenza; — il contesto aziendale manca nei consulenti, che vengono inseriti in diverse aziende. A loro manca di norma la tutela degli interessi aziendali come anche la copertura dei contratti collettivi.

Anche in passato sono esistiti dipendenti con una situazione giuridica inferiore (65). Però 80 o 90 anni fa le «forze-lavoro di seconda categoria» si trovavano molto più al di fuori del diritto del lavoro: la categoria maggiore era costituita dai lavoratori a domicilio e dai cosiddetti collaboratori all'interno della famiglia. Oggi questi non hanno più un ruolo decisivo (66), ma in compenso è aumentata la differenziazione all'interno della categoria dei dipendenti. Mentre non ci sono dati attendibili sui dipendenti con un datore di lavoro «atipico» (67), si è notato negli anni '80 un evidente aumento dei rapporti di lavoro atipici (68): il numero degli occupati part-time sfiora ormai il 15% di tutti gli occupati, la percentuale dei dipendenti con contratto a termine è salita tra il 1984 e il 1988 dal 4 all'8% circa (69), circa lo 0,5% svolgono attività di consulenza occasionale (70). Approssimativamente un quarto di tutti gli occupati si trova dunque in un rapporto di lavoro atipico (71). Il contratto di lavoro in primo luogo è stato un mezzo giuridico per l'allargamento del confine tra diritto del lavoro «solido» e meno «solido». Il calcolo esatto dei costi del personale ha portato a tenere a disposizione forza lavoro possibilmente solo quando c'era veramente del lavoro. Ciò si è imposto senza difficoltà, data la disoccupazione di massa. Inoltre c'è stato anche un appoggio da parte del legislatore, che con la cosiddetta legge per l'incremento dell'occupazione del 1985 ha favorito la possibilità di stipulare contratti di lavoro a termine (72). Non si è seriamente discussa una ulteriore modifica, poiché si sarebbe scontrata contro una fortissima opposizione sindacale. Inoltre l'abolizione del «diritto del lavoro di prim'ordine» sarebbe stata problematica dal punto di vista del diritto costituzionale. In più, se il sistema del rapporto datore/dipendente fosse seriamente disturbato, con la funzione tutelare andrebbe persa anche quella ordinatrice del diritto del lavoro. Dunque neanche la parte impren-

ditoriale vuole fare «tabula rasa»; in una dichiarazione congiunta con la Confederazione generale tedesca dei sindacati la Confederazione federale delle unioni tedesche degli imprenditori si è esplicitamente dichiarata a favore dell'autonomia tariffaria e dei già esistenti diritti di gestione (73).

(61) Sugli effetti dal punto di vista del diritto del lavoro della cosiddetta Just-in-time-Production si veda J. WAGNER, *AuR*, 1990, 245 ss.

(62) Su questo WINDBICHLER, *Arbeitsrecht im Konzern*, München, 1989.

(63) HENSSLER, *Der Arbeitsvertrag im Konzern*, Berlin, 1983, che accetta in particolare un dovere di tutela dei dirigenti dei gruppi industriali nei confronti degli impiegati delle imprese dipendenti. Sulla creazione di un consiglio di fabbrica di gruppi industriali si vedano i par. 54 ss. BetrVG.

(64) Sulla costruzione dei normali rapporti di lavoro come un punto di riferimento per queste norme di occupazione atipiche si veda in particolare Mückenberger, *ZfS*, 1985, 484 ss.; ZACHERT, *Die Sicherung und Gestaltung des Normalarbeitsverhältnisses durch Tarifvertrag*, Baden-Baden, 1989, e — per un confronto giuridico — *BB*, 1990, 565. Sul tutto si veda GÉRARD LYON-CAEN, *La crise du droit du travail*, in GAMILSCHEG et al. (a cura di), *In Memoriam Sir Otto Kahn-Freund*, München, 1980, 517 ss.

(65) ZACHERT, *AuR*, 1988, 129 ss.

(66) *Ibidem*, II.

(67) Cfr., *Statistisches Jahrbuch*, 1990, 118: nel maggio 1987, 0,65 milioni di persone lavoravano in posti con un dipendente, e 2,811 milioni in poi con 2-4 dipendenti, ivi incluso il proprietario che collabora attivamente, quindi ci si può basare su dati incerti per stabilire il numero dei dipendenti.

(68) Dettagli in DÄUBLER, *Das Arbeitsrecht*, II, cit., 873.

(69) BÜCHTEMANN, *Mitb*, 1989, 548. Cfr., anche LINNE-VO-SWINKEL, *Vielleicht ist ja noch alles offen. Eine empirische Untersuchung über befristete Arbeitsverhältnisse*, Hamburg, 1989, 329 ss.

(70) KOCK, *WSI-Mitt.*, 1989, 25.

(71) Dati più precisi sono problematici: il numero dei consulenti occasionali è probabilmente troppo basso, d'altro canto esistono forze lavoro part-time impiegate con contratto a termine che compaiono in entrambi i gruppi.

(72) Su questo DÄUBLER, *RIDL*, 1985.

(73) Dichiarazione comune del DGB e del BDA del 26-7-1989, pubblicata in *Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung (Hrsg.) Der EG-Binnenmarkt und die Sozialpolitik*, Bonn, 1989, 46.

7. Eguaglianza dei diritti fra i due sessi nel mondo del lavoro.

Le donne costituiscono il 40% scarso della popolazione attiva (74), eppure nella vita lavorativa sono svantaggiate in più modi. Le donne hanno complessivamente una formazione professionale peggiore degli uomini, sicché sono tipicamente costrette ad accettare di svolgere le attività ritenute più semplici e anche peggio retribuite (75). Anche a parità di formazione professionale sono spesso svantaggiate perché non le si ritiene capaci, ad es., di assumere una posizione di comando — una valutazione che spesso le donne stesse fanno propria. Di loro domi-

nio sono attività ben precise, nelle quali sta in primo piano il «servire», la dedizione agli altri, ma anche la sopportazione della monotonia. Per questo le donne fanno spesso le infermiere, le assistenti, le insegnanti ma anche le operaie alla catena di montaggio; però non capita quasi mai di incontrarle ai livelli dirigenziali (76). La disoccupazione femminile è straordinariamente alta. Le donne si oppongono sempre più numerose a questa situazione sia all'interno che all'esterno dei partiti e dei sindacati.

Il diritto del lavoro risponde a questa situazione su due piani diversi.

Si è tutti concordi sul fatto che è vietata ogni discriminazione che sia immediata e direttamente collegata al sesso. Ciò ha minori effetti nelle assunzioni (dove normalmente è difficile provare perché una candidata viene respinta) quanto piuttosto nella formulazione di categorie salariali tariffarie (77) e nella concessione di indennità supplementari (78). La politica salariale sindacale ed aziendale si vede così esposta ad una (limitata) rettifica statale.

Le decisioni della CEE sulla discriminazione mediata (79) hanno agito soprattutto a favore della manodopera part-time. Poiché questa è rappresentata al 90% circa da donne, ogni reformatio in peius ha effetto discriminante. Di regola è dunque inammissibile escludere lavoratori part-time dall'assistenza pensionistica (80) o negare loro la malattia pagata (81). Ciò significa che l'«effetto di liberalizzazione» del lavoro part-time viene del tutto annullato: il diritto anti-discriminatorio vieta di applicare in questo senso un diritto del lavoro di second'ordine. Finora è ancora incerto fino a che punto valgano in pratica le rettifiche; altrettanto in dubbio è, ad es., se si debbano pagare gli straordinari anche per quelle ore che eccedono il numero pattuito (82). E soprattutto non è chiaro se basarsi sul criterio «anzianità di servizio» è ancora lecito, in ogni caso è evidente, se si considera il loro curriculum professionale tipico, che le donne hanno mediamente meno possibilità di lavorare nella stessa impresa per diversi anni.

Il fatto che la discriminazione sia stata eliminata non crea dunque alcuna eguaglianza di opportunità, dato che le posizioni di partenza sono diverse. Si discute dunque di regolarizzazione delle quote (83) e di altre forme di favoreggiamento mirato delle donne (84). La realizzazione pratica ha ancora limiti molto angusti.

(74) *Statistisches Jahrbuch*, 1990, 100-101. La percentuale degli occupati è salita dal 46,9% del 1972 al 50,5% del 1989 - *Statistisches Jahrbuch* cit.

(75) Dettagli in DÄUBLER-GMELIN, *Frauenarbeitslosigkeit*, Reinbek, 1977, 44 ss.

(76) Descritto con forza in BVerfG NJW 1981, 2177.

- (77) Fondamentali EuGH DB 1986, 1877 e Colneric AiB 1986, 40.
 (78) BAG AuR 1983, 219. Generalità in PFARR-BERTELSMANN, *Diskriminierung im Erwerbsleben*, Baden-Baden, 1989.
 (79) EuGH NJW 1981, 2639.
 (80) BAG NZA 1990, 25. Si veda anche G. PETER, *Frauendiskriminierung durch Teilzeitbeschäftigung*, Frankfurt/M., 1988.
 (81) EuGH DB 1989, 1574.
 (82) Su questo SCHÜREN, *RDA*, 1990, 18 ss.
 (83) Su questo PFARR, *Frauenförderung und Grundgesetz*, Baden-Baden, 1988.
 (84) Si veda DEGEN, *AiB*, 1986, 218; FRITSCH-KLEIN-SCHONNEFELD-MALZAHN, *PersR*, 1988, 143.

8. Nuove tecnologie e diritto del lavoro.

Le tecnologie informative sono state e sono percepite dalla coscienza pubblica prevalentemente come un rischio. Si vedono pericoli per i posti e le condizioni di lavoro, si immagina con orrore un sistema di controllo infallibile. Molti consigli di fabbrica si sono preposti il compito di provvedere ad una applicazione della tecnica che sia «sopportabile dal punto di vista sociale». Le questioni giuridiche così sollevate sono state discusse in quattro fasi:

— innanzi tutto si è discussa la questione dei posti di lavoro davanti al video del computer. Problemi di primo piano erano quelli della tutela della salute, del rifiuto del controllo e della pianificazione sociale. La Corte federale del lavoro ha approvato il diritto di cogestione per quanto riguarda il secondo e il terzo punto, presupponendo però una regolarizzazione legale della tutela sanitaria (85);

— la seconda fase riguardava la «computerizzazione dei fascicoli personali», ovvero il sistema informativo del personale. Dopo lunghe discussioni, la Corte federale del lavoro è giunta ad un risultato che favorisce la cogestione: non appena vengono registrate informazioni che insieme a liste, protocolli o altre «informazioni aggiuntive» rendono possibili delle dichiarazioni sul comportamento e il rendimento dei dipendenti, interviene il diritto di cogestione (86). Anche la singola utilizzazione delle banche dati è possibile solo con l'approvazione del Consiglio di fabbrica (87);

— la terza fase riguarda il cosiddetto rilevamento dei dati aziendali (BDE). L'andamento del lavoro in azienda viene rilevato e pilotato sempre più tramite sistemi elettronici. Esempi a questo proposito sono il Disegno Computerizzato (CAD), il controllo della produzione di Chip ed il lavoro al computer, come anche i sistemi di controllo d'ingresso e il rilevamento dei dati telefonici. Poiché di norma è possibile avvalersi almeno del supporto di un controllo effettuato tramite informazioni aggiuntive, entra in gioco il diritto di cogestione del consiglio di fabbrica secondo par. 87, 1° co., n. 6 BetrVG (88). Quindi il

consiglio di fabbrica si trova nella condizione di poter continuare a contribuire a livello decisionale alla struttura dell'azienda;

— la quarta fase riguarda il fenomeno della rete costituitasi tra le imprese, ma in particolare quella che esiste al di là dei confini aziendali (89). In quest'ultimo caso si presenta il problema già citato, che le decisioni trascendono l'impresa del singolo datore di lavoro (90).

Nelle tecniche tradizionali, che implicano pericoli per la vita, la salute e l'ambiente, l'iniziativa è stata per lo più affidata alle istanze politiche. Il fatto che il consiglio di fabbrica e il sindacato si potessero impegnare ad usare procedimenti e prodotti ecologici, è un problema della fine degli anni '80 solamente (91). In particolare nell'industria chimica si sono conclusi più di 20 accordi aziendali, che accordano al consiglio di fabbrica diritto di informazione e di cogestione in tutte le questioni della protezione ambientale (92). In quanto organo all'interno dell'azienda, il consiglio di fabbrica è più adatto ad attività di questo settore di un'istanza di controllo esterno; si possono presentare dei problemi, se la protezione ambientale perseguita con costanza portasse in casi particolari alla perdita di posti di lavoro (93).

(85) BAG AP Nr. 7 sul par. 87 BetrVG 1972.

(86) BAG AP Nr. 9 e 12 sul par. 87 BetrVG 1972.

(87) BAG AP Nr. 13 sul par. 87 BetrVG 1972.

(88) BAG AP Nr. 11 e 13 sul par. 87 BetrVG 1972.

(89) Su questo KLEBE-ROTH (a cura di), *Informationen ohne Grenzen*, Hamburg, 1987, 7 ss.

(90) Sulle riflessioni sul fondamento della cogestione sul sistema informativo in quanto tale si veda DAUBLER, in: BIEBACK-ZECHLIN (a cura di), *Ende des Arbeitskampfes?*, Hamburg, 1989, 101 ss.

(91) Cfr., TRÜMNER, *Mitb*, 1988, 357.

(92) Cfr., SALJE, *BB*, 1988, 76.

(93) HOFFMANN-MÜCKENBERGER, *Mitb*, 1988, 166.

9. Internazionalizzazione del diritto del lavoro tedesco.

L'economia tedesca è in larga parte internazionale. Più di un quarto del prodotto sociale lordo viene esportato (94); il valore degli investimenti diretti tedeschi all'estero ammontava nel 1988 a 184 miliardi di DM (95). Le cifre che riguardano l'importazione e gli investimenti diretti stranieri nella Repubblica Federale raggiungono un ordine di grandezza analogo (96). Inoltre a metà del 1989 più di 1,6 milioni di stranieri lavoravano in Germania (97).

Non esiste una internazionalizzazione comparabile dei rapporti di lavoro. Nella Repubblica Federale il lavoro viene quasi sempre offerto secondo il diritto tedesco e alle condizioni vigenti; viceversa, nelle fi-

liali estere delle ditte tedesche valgono di regola le tariffe ed il diritto locale.

La Repubblica Federale ha ratificato numerose convenzioni della UNO, dell'ILO e del Consiglio d'Europa (98), che però sono del tutto sconosciute agli esperti aziendali come per lo più anche alle autorità giudiziarie. Nel diritto del lavoro di tutti i giorni se ne fa a meno (99). Per molto tempo questo è stato anche il destino del diritto comunitario, e soltanto nella seconda metà degli anni '80 si è preso seriamente atto del fatto che a Bruxelles venivano emanate norme anche nel campo del diritto del lavoro. Ciononostante non bisogna perdere di vista il fatto che la CEE finora ha toccato solo settori limitati del diritto del lavoro (100).

La cooperazione oltre confine con rappresentanti di interessi nazionali e sindacali di altre nazioni è ancora poco sviluppata. Non si tratta tanto del «grande» problema dello sciopero internazionale di solidarietà (101), quanto piuttosto di questioni di entità non modesta, come la possibilità del consiglio di fabbrica di passare le sue informazioni ad una rappresentanza straniera e di incontrarsi all'interno dell'esercizio della sua funzione (e dunque a spese del datore di lavoro) con un consiglio di fabbrica italiano o con un comité d'entreprise (102).

(94) Concretamente: nel 1989 esportazioni per 641,3 miliardi di DM con un prodotto sociale lordo di 2260,4 miliardi di DM (*Statistisches Jahrbuch*, 1990, 256-566).

(95) *Statistisches Jahrbuch*, 1990, 605.

(96) *Statistisches Jahrbuch*, 1990, 256 (importi per un valore di 506,6 miliardi di DM), 1990, 604 (Investimenti stranieri diretti per 109 miliardi di DM).

(97) *Statistisches Jahrbuch*, 1990, 105.

(98) Documentato in DÄUBLER-KITTNER-LÖRCHER (a cura di), *Internationale Arbeits- und Sozialordnung*, Köln, 1990.

(99) Sui fondamenti di questo «nichilismo giuridico» si veda DÄUBLER, *WSI-Mitt.*, 1987, 186 ss.

(100) Dettagli in BIRK, *RiW*, 1989, 1 ss.; COLNERIC, *BB*, 1988, 968 ss.; LICHTENBERG (a cura di), *Sozialpolitik in der EG*, Baden-Baden, 1986; WLOTZKE, *NZA*, 1990, 417; ZACHERT, *AuR*, 1989, 161.

(101) Su questo HERGENRÖDER, *Der Arbeitskampf mit Auslandsberührung*, Berlin, 1987.

(102) Cfr., BOBKE, *AiB*, 1989, 231 s.

10. L'esportazione del diritto del lavoro tedesco federale nella ex-RDT.

Il «contratto tra la Repubblica Federale Tedesca e la Repubblica Democratica Tedesca sulla costituzione dell'unità tedesca», il cosiddetto contratto di riunificazione (103) ha due allegati: l'Allegato I elenca quelle leggi e quei decreti federali che entrano in vigore nel territorio della ex-RDT con delle modifiche contenutistiche, oppure che entreranno in vigore solo in futuro. L'Allegato II riguarda la procrastinazione (normalmente a tempo determinato) del

diritto democratico tedesco nel territorio che finora è stato RDT. Non c'era alcun bisogno di aggiungere un Allegato III (estensione con modifiche del diritto tedesco democratico alla Germania riunita) e un Allegato IV (procrastinazione a tempo determinato del diritto federale tedesco): da quanto si può vedere, nessuna norma del diritto democratico tedesco è diventata fondamento dell'ordinamento giuridico della Germania riunita.

Anche il diritto del lavoro tedesco federale non rappresenta in questo senso un'eccezione; dal 3-10-1990 vale anche nella ex-RDT. Una serie di norme transitorie è stata altrettanto necessaria. I contratti in vigore finora sono ancora validi, finché non subentrerà un nuovo contratto collettivo. Le rappresentanze aziendali, che sono state elette con voto segreto e secondo presupposti democratici dalla maggioranza del personale rimangono in carica fino all'elezione dei consigli di fabbrica, non oltre il 30-6-1991. Ancora i contratti di lavoro continuano ad esistere, però ricadono nel nuovo diritto. Negli uffici pubblici si può smantellare il personale senza alcun riguardo per il diritto di tutela contro i licenziamenti.

L'introduzione del diritto del lavoro della RFT comporta una serie di svantaggi immediati per gli occupati. Mentre prima non si doveva temere pressoché mai il licenziamento, ormai la disoccupazione di massa è una realtà. Particolarmente colpite sono le donne lavoratrici con figli (104). La popolazione non reagisce molto, perché l'assetto di prima è stato totalmente screditato.

Non è possibile giudicare, a pochi mesi di distanza dalla riunificazione, che effetti produrrà in pratica l'estensione del diritto federale. Prima è necessario imparare ad applicare le strutture molto complesse del diritto «importato»; i sindacati e le leghe padronali hanno dei consulenti che provengono dalle regioni federali. Inoltre sono stati mandati circa 30 giudici del lavoro nel territorio della ex-RDT. I giudici finora in carica vengono sottoposti ad una verifica politica. Il basso livello salariale (circa un terzo degli stipendi della Germania occidentale) porta a contrattazioni collettive intensive e a scioperi diffusi. I vecchi sindacati si sono sciolti e normalmente consigliano ai loro membri di aderire alla Confederazione generale tedesca dei sindacati, che dalla fine del 1990 è rimasta l'unico interlocutore nei conflitti sindacali. La RDT ha lasciato dietro di sé un vuoto, che ormai viene riempito con contenuti federalrepubblicani (105).

(103) Del 31-8-1990, *BGBI*, II, 889.

(104) Notizie generali in *DAUBLER, A/B*, 1990, 366.

(105) Sulle cause della caduta del sistema politico della RDT si veda: BLANKE-ERD (Hrsg), *DDR. Ein Staat vergeht*, Frankfurt/M., 1990; HEMMER-STOLT (Hrsg), *Gleichheit Freiheit Solidarität für ein «Zusammenwachsen» in gemeinsamer Verantwortlichkeit*, Köln, 1990; DÄUBLER, *Arbeitsbeziehungen und Recht - Überlegungen zum Situation in der DDR*, GMH, 1990, 353 ss.