

SEMINARIO GIURIDICO
DELLA UNIVERSITÀ DI BOLOGNA
CLXXVIII

SCRITTI
IN ONORE DI
GIUSEPPE FEDERICO MANCINI

Volume I
DIRITTO DEL LAVORO



MILANO - DOTT. A. GIUFFRÈ EDITORE - 1998

WOLFGANG DÄUBLER (*)

VERSO UN DIRITTO DEL LAVORO EUROPEO?

SOMMARIO: 1. Introduzione. — 2. L'attività normativa della Comunità europea in materia di diritto del lavoro. - 2.1. I contenuti. - 2.2. Le specificità strutturali. - 2.3. I problemi legati all'implementazione. — 3. Alla ricerca delle cause. - 3.1. Le cause economiche. - 3.2. Le cause politiche. — 4. La necessità di una futura politica sociale. - 4.1. La diminuzione delle competenze statali. - 4.2. La politica sociale come fattore di stabilizzazione. — 5. Il grande progetto: lo stato sociale europeo. — 6. Una politica dei piccoli passi. - 6.1. Gli interventi della Comunità europea. - 6.2. Dialogo sociale o coordinamento della contrattazione collettiva?

1. *Introduzione.*

Esistono, attualmente, un diritto del lavoro tedesco, un diritto del lavoro francese ed uno italiano, ma non esiste un diritto del lavoro europeo. L'Unione europea dispone di un sistema di regole che riguardano ambiti anche molto differenziati tra loro come, ad esempio, il settore agricolo e quello dell'anti-trust. Tuttavia, individuare la normativa relativa al rapporto di lavoro subordinato come ambito giuridico a sé stante rappresenta attualmente un semplice desiderio: che non corrisponde alla realtà. Né innovano questo quadro i manuali intitolati in modo corrispondente (1).

A questa ipotesi — un po' provocatoria — è possibile affiancare un'altra: la politica dell'Unione attribuisce un'importanza molto maggiore alla tutela, ed al sostegno, degli « interessi diffu-

(*) Professore ordinario di Diritto del Lavoro nell'Università di Brema.

(1) Cfr. EGGER, *Das Arbeits- und Sozialrecht der EG*, Vienna, 1993; KRIMPHOVE, *Europäisches Arbeitsrecht*, Monaco, 1996; BARNARD, *EC Employment Law*, Chichester, 1996; ROCCELLA, TREU, *Diritto del lavoro della Comunità europea*, 2ª ed., Padova, 1995; COLIN ROBLEDÓ, M. RAMÍREZ, F. SALA, *Derecho Social Comunitario*, 2ª ed., Valencia, 1995.

si »⁽²⁾ rispetto agli « interessi organizzati » dei lavoratori. Chi rimanesse scettico dinnanzi a questa supposizione può confrontare tra loro la direttiva del Consiglio del 5 aprile 1993, n. 93/13 sull'avvicinamento delle legislazioni in materia di clausole vessatorie⁽³⁾ con la direttiva del Consiglio del 14 ottobre 1991, n. 91/553 relativa all'obbligo del datore di lavoro di informare il lavoratore delle condizioni applicabili al contratto o al rapporto di lavoro⁽⁴⁾. Mentre nella prima direttiva i contratti vengono sottoposti ad un minuzioso controllo contenutistico, la seconda si limita a stabilire che le condizioni contrattuali devono essere, entro un certo termine, fissate per iscritto.

Prima di esaminare le cause che sono all'origine di questa disparità di trattamento, e di sviluppare delle riflessioni sulle possibili prospettive future, è necessario analizzare quali siano le attuali attività dell'Unione europea in materia di diritto del lavoro.

2. *L'attività normativa della Comunità europea in materia di diritto del lavoro.*

2.1. *I contenuti.*

Le direttive, i singoli regolamenti — nonché la giurisprudenza della Corte di Giustizia — hanno creato, in tre distinti settori, una base giuridica che accomuna l'Unione europea e gli Stati membri. In questi tre ambiti, il diritto comunitario si afferma qui su larga parte delle regole nazionali, pur senza rimuovere *in toto* la rilevanza di queste ultime.

La finalità della *libertà di circolazione dei lavoratori* contenuta negli artt. 48 e ss. del Trattato CE risiede nella parificazione della posizione del lavoratore straniero sul mercato del lavoro interno. Ciò non significa solo libero ingresso negli Stati membri, ed eliminazione dei permessi di lavoro previsti per gli stranieri, ma comporta altresì un uguale trattamento sul posto di lavoro e la piena

(2) Vedi REICH, *Förderung und Schutz diffuser Interessen durch die Europäischen Gemeinschaften*, Baden-Baden, 1987 (1ª ed. di *Europäisches Verbraucherrecht*, Baden-Baden, 1996).

(3) GUCE del 21 aprile 1993, n. l. 95/29.

(4) GUCE del 18 ottobre 1991, n. l. 288/32; cfr. anche DÄUBLER, KITTNER, LÖRCHER, *Internationale Arbeits- und Sozialordnung*, 2ª ed., Köln, 1994, n. 434.

equiparazione al lavoratore interno in tema di erogazioni sociali, sia aziendali che di altro tipo ⁽⁵⁾. Su questa falsariga, sono state eliminate alcune discriminazioni come, ad esempio, l'esclusione dal diritto di voto per le rappresentanze collettive di tutela degli interessi, creando così una parificazione tra lavoratori stranieri e non. Va però aggiunto che tale parificazione si arresta dinnanzi alle questioni politiche, dove non si è andati oltre il riconoscimento ai cittadini di altri Stati membri dell'Unione europea — che quantitativamente rappresentano peraltro solo il 5% di tutti i lavoratori dell'Unione europea stessa ⁽⁶⁾ — del diritto di voto per le elezioni comunali. Si tratta principalmente di lavoratori immigrati da lungo tempo nel paese ospitante dal momento che l'attuale situazione di disoccupazione rende oggi giorno molto difficile poter usufruire della libertà di circolazione ⁽⁷⁾.

Deve essere, infine, sottolineato che i mercati del lavoro dei diversi Stati membri dell'Unione europea non sono assolutamente coordinati tra di loro. Ad esempio, il diritto quesito di percepire un sussidio di disoccupazione non può essere « trasferito » in un altro Stato membro ⁽⁸⁾; diversamente da quanto avviene per un'« occupazione ragionevole » all'interno dei propri confini, alla quale è obbligato chi percepisce il sussidio di disoccupazione e che può essere oggetto di sanzione (nella Rft: inflizione della sanzione di un periodo di sospensione *ex* § 119 della legge tedesca di sostegno all'occupazione), ciò risulta impossibile in relazione ai lavori che si svolgono al di fuori di tali confini.

Il principio della parità di retribuzione a parità di impiego senza distinzioni di sesso contenuto nell'art. 119 Trattato CE — a sua

(5) Per una sistematica della situazione giuridica nonché della giurisprudenza europea confronta WÖLKER, *Erläuterungen zu Art. 48-51*, in Von der GROEBEN-THIESING-EHLERMANN. Per la legislazione sociale cfr. WATSON, *Europäische Gemeinschaft und soziale Sicherheit - eine Bestandsaufnahme*, in ZIAS, 1991, 41 ss.

(6) SCHULTE, « ... und für den Arbeitnehmer wenig oder nichts? Sozialpolitik und Sozialrecht in den Europäischen Gemeinschaften », in KJ, 1990, 96.

(7) ROCCELLA, TREU, *op. cit.*, 30.

(8) Cfr. BIEBACK, *Der Sozialstaat der Bundesrepublik in der Europäischen Gemeinschaft* in *Sözialökonomische Beiträge*, 1991, 60: in caso di trasferimento in un altro paese, si perde qualunque tipo di diritto dopo tre mesi.

volta integrato dalle direttive sulla parità di trattamento e di retribuzione senza discriminazioni basate sul sesso ⁽⁹⁾ — comporta notevoli conseguenze non solo per quanto riguarda l'inquadramento il quale non può più aver luogo in base al solo criterio della forza fisica ⁽¹⁰⁾. La giurisprudenza della Corte di Giustizia ha operato in una direzione molto più ampia, considerando, ad esempio, quale discriminazione indiretta basata sul sesso, il trattamento meno favorevole riservato ai *part-timers* ⁽¹¹⁾. Sussiste bensì la possibilità, in taluni casi concreti, di giustificare la discriminazione con motivazioni inerenti a presunti interessi aziendali, oppure politico-sociali, di particolare importanza, e quindi non relativi al sesso del lavoratore; va però soggiunto che solo molto raramente simili giustificazioni sono riuscite nel loro intento.

Così, ad esempio, è stata ritenuta non giustificabile, e quindi immotivata, la mancata corresponsione della retribuzione per malattia ai lavoratori a tempo parziale con meno di 10 ore settimanali. In seguito ad una pronuncia della Corte di Giustizia questa disposizione dell'ordinamento tedesco è stata però, dapprima, disapplicata ⁽¹²⁾, in un secondo momento, abrogata ⁽¹³⁾. Una correzione è avvenuta anche per quanto riguarda gli scatti d'anzianità previsti nel pubblico impiego, che sono stati estesi anche agli impiegati a tempo parziale, sempre però che la maturazione degli scatti stessi non sia legata all'esperienza lavorativa accumulata ⁽¹⁴⁾. Sensibili conseguenze sul piano pratico derivano anche dal fatto che i lavoratori a tempo parziale non possono essere esclusi dalle cosiddette « pensioni aziendali » ⁽¹⁵⁾ e che persino la previsione di una diversa età

(9) Cfr. DAUBLER, KITNER, LÖRCHER, *op. cit.*, n. 421 ss.

(10) Corte di Giustizia 1 luglio 1986, in causa n. 237/85, in *DB*, 1986, 1877.

(11) Cfr. Corte di Giustizia 7 febbraio 1991, in causa n. 184/89, in *EuZW*, 1991, 217 - Nimz.

(12) Corte di Giustizia 13 luglio 1989, in causa n. 171/88, in *DB*, 1989, 574, nonché BAG 9 ottobre 1991, AZR 598/90, in *DB*, 1992, 330.

(13) Legge sul pagamento della retribuzione per festività e malattia del 26 maggio 1994 (*BGBI I*, 1014).

(14) Corte di Giustizia 7 febbraio 1991, in causa n. 184/89, in *EuZW*, 1991, 217.

(15) Corte di Giustizia 13 maggio 1986, in causa n. 170/84, in *DB*, 1986,

pensionabile per uomini e donne costituisce una violazione del diritto comunitario ⁽¹⁶⁾.

La Corte di Giustizia ha, infine, rimesso in discussione principi consolidati, quando ha considerato come discriminazione diretta la mancata assunzione da parte del datore di lavoro di lavoratrici in stato di gravidanza, una condotta non giustificabile neppure in caso di situazione d'emergenza dello stesso datore di lavoro ⁽¹⁷⁾. È pertanto divenuta illegittima anche qualunque domanda in merito ad un eventuale stato di gravidanza posta dal datore di lavoro in occasione del colloquio di assunzione ⁽¹⁸⁾.

Comunque sia, l'applicazione del principio della parità di trattamento è limitata alla sola sfera lavorativa; le iniziative della Commissione volte a facilitare la conciliazione tra famiglia e lavoro non hanno finora ottenuto alcun risultato pratico. La direttiva sull'aspettativa dei genitori non ha, in tal senso, innovato nulla ⁽¹⁹⁾.

In materia di *sicurezza sul lavoro*, infine, il diritto comunitario comporterà sicuramente ampie trasformazioni nelle legislazioni degli Stati membri ⁽²⁰⁾. La cosiddetta direttiva-quadro del 12 giugno 1989 ⁽²¹⁾ ha portato nella Rft all'emanazione della legge del 7 ottobre 1996 sulla sicurezza sul lavoro. Il § 5 di questa legge dispone, ad esempio, che il datore di lavoro deve predisporre un'analisi dei rischi per ogni posto di lavoro e documentarli insieme alle misure adottate per ridurre i pericoli per la salute dei lavoratori. Ai sensi

1525; BAG 14 ottobre 1986, in *DB*, 1987, 994; questo però non vale per le cosiddette occupazioni marginali (BAG 27 febbraio 1996, 3 AZR, 886/94 in *DB*, 1996, 1827).

(16) Corte di Giustizia 17 maggio 1990, in causa n. 262/88, in *EuZW*, 1990, 283 - Barber.

(17) Corte di Giustizia 8 novembre 1990, in causa n. 177/88, in *DB*, 1991, 286 - Dekker.

(18) BAG 15 ottobre 1992, 3 AZR 227/92, in *DB*, 1993, 435. Secondo la giurisprudenza del BAG 1 luglio 1993, 3 AZR 25/93, in *DB*, 1993, 1978, il principio subisce un'eccezione se l'attività da svolgere costituisce un pericolo per la salute della madre e del bambino.

(19) Cfr. BT-Drucksache 13/4682.

(20) Vedi BÜCKER, FELDHOF, KOHTE, *Vom Arbeitsschutz zur Arbeitsumwelt. Europäische Herausforderungen für das deutsche Arbeitsrecht*, Neuwied, 1994.

(21) *GUCE* n. l. 183/1 del 29 giugno 1989.

del § 12 i lavoratori devono essere inoltre istruiti — e non semplicemente informati — in modo esauriente in merito alla sicurezza ed alla protezione della salute sul posto di lavoro. Il § 11 prevede poi la possibilità di richiedere una visita medica preventiva, anche se tale obbligo è formulato solo in via generale.

Nei rimanenti ambiti del diritto del lavoro, e della legislazione sociale, il diritto comunitario incide per singoli aspetti, a volte importanti, altri meno. Ad esempio, la direttiva del Consiglio 14 febbraio 1977, n. 77/187, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento di imprese, di stabilimenti o di parti di stabilimenti, ha acquistato un'importanza sempre maggiore ⁽²²⁾. In particolare, il fatto che ora nella Rft la disciplina del contratto collettivo mantiene la sua validità per almeno un anno dal passaggio di proprietà di un'azienda, o dalla fusione della stessa con un'altra, ha portato miglioramenti notevoli per il lavoratore. La giurisprudenza del Tribunale federale del lavoro (BAG), ha peraltro recepito questo principio molto tardivamente.

Notevole interesse suscita da sempre la questione, di natura giurisprudenziale, se il diritto del lavoratore di opporsi al passaggio del suo rapporto lavorativo sia compatibile o no con il diritto del lavoro comunitario; la Corte di Giustizia si è pronunciata in senso favorevole ⁽²³⁾. Controversa era, e rimane, tuttavia la questione relativa a quando si può iniziare a parlare di trasferimento di parti dell'azienda; che il semplice passaggio del lavoratore ⁽²⁴⁾ possa bastare per individuare questa fattispecie appare assai dubbio ⁽²⁵⁾. Nel frattempo gli animi si sono comunque calmati, dato che la Corte di Giustizia ha chiarito che vanno prese in considerazione tutte le circostanze del singolo caso concreto poiché il semplice passag-

(22) GUCE n. l. 61/26 del 4 marzo 1977.

(23) Corte di Giustizia 16 dicembre 1992, in causa n. 132/91, in *DB*, 1993, 230.

(24) Corte di Giustizia 14 aprile 1994, in causa n. 392/92, in *DB*, 1994, 1370.

(25) Cfr. la sistematica in WENDELING-SCHRÖDER, *Outsourcing aut?*, in *AuR*, 1995, 126 ss.; nonché DÄUBLER, *Arbeitsrecht 2*, 10^a ed., Reinbek, 1995, 678 ss.

gio di funzioni non è di per sé sufficiente ad individuare un trasferimento d'azienda ⁽²⁶⁾.

Si deve poi rilevare che la direttiva del Consiglio del 20 ottobre 1980, n. 80/987 concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative alla tutela dei lavoratori subordinati in caso di insolvenza del datore di lavoro ha goduto di un'attenzione molto minore rispetto a quella sul trasferimento d'azienda ⁽²⁷⁾.

Se si considera questo insieme di norme, emergono chiaramente due considerazioni.

Sarebbe, in primo luogo, scorretto affermare che il diritto comunitario sta influenzando in misura sempre maggiore il diritto del lavoro e la legislazione sociale degli Stati membri. Corrisponde senz'altro al vero che negli ultimi anni l'influenza del diritto comunitario è progressivamente aumentata, ma il rapporto resta di regola ad eccezione. Se consideriamo, infatti, l'insieme delle problematiche riferite al diritto del lavoro ed alla legislazione sociale, emerge che solo una piccola parte di esse è disciplinata dal diritto comunitario. Si prendano, ad esempio, in considerazione materie quali la tutela dal licenziamento, la retribuzione e le indennità di vario genere, il conflitto collettivo o la contrattazione collettiva. Il diritto comunitario forma solo delle piccole « macchie di colore » ovvero incide per aspetti limitati che sbucano, un po' da una parte e un po' dall'altra, ma che non modificano in modo sostanziale il diritto del lavoro e le legislazioni sociali nazionali, che continuano ad essere disciplinate per il 98 % dal diritto interno dei singoli Paesi membri dell'Unione europea.

Si deve, in secondo luogo, considerare che gli ordinamenti dei diversi Stati membri si sono sviluppati in modo tutt'altro che armonico né si sono reciprocamente influenzati nei settori non disciplinati dal diritto comunitario. Al contrario, è aumentata la differenziazione ⁽²⁸⁾. Se, ad esempio, il diritto del lavoro inglese nell'era

(26) Corte di Giustizia 11 marzo 1997, in causa n. 13/95, in *DB*, 1997, 628; nonché HEINZE, *Der Betriebsübergang in der Rechtsprechung des EuGH*, in *DB*, 1997, 677.

(27) *GUCE* del 28 ottobre 1980, n. l. 283/1980, modificata con la Direttiva del Consiglio n. 87/164/CEE del 2 marzo 1987.

(28) ROCCELLA, TREU, *op. cit.*, 29, 344.

della Thatcher e di Major ha subito una trasformazione notevole, tesa ad eliminare gli standard di tutela, la stessa tendenza non è stata registrata in Germania ⁽²⁹⁾ prima dell'emanazione della cosiddetta legge sul sostegno all'occupazione (*Beschäftigungsförderungsgesetz*) ⁽³⁰⁾. L'utilizzo dei contratti collettivi come strumento per aggirare le tutele predisposte dalla legge ha trovato particolare sviluppo in alcuni Stati membri, mentre in altri tale fenomeno non è stato riscontrato in maniera rilevante ⁽³¹⁾.

Sebbene gli ultimi ostacoli di tipo tecnico alla realizzazione del mercato unico dei beni e dei servizi saranno in futuro progressivamente superati, il « sociale » continuerà a rimanere una roccaforte degli Stati membri. Ciò è riscontrabile non solo nell'ambito giuridico, ma anche e soprattutto considerando i mezzi finanziari messi a disposizione per la realizzazione di scopi sociali.

2.2. Le specificità strutturali.

Le norme giuslavoristiche comunitarie si distinguono dalle regolamentazioni dei singoli Stati membri non solo per il carattere frammentario rispetto a queste ultime, ma anche per le loro particolarità strutturali.

Si può, in primo luogo, notare come le disposizioni comunitarie si incentrino soprattutto sul principio di uguaglianza: uomini e donne, lavoratori stranieri e locali devono avere gli stessi diritti. Si può parlare in questo senso pure di « integrazione negativa » ⁽³²⁾. Anche le disposizioni che tutelano il lavoratore in caso di trasferimento di imprese o stabilimenti possono essere interpretate come garanzie del principio di uguaglianza; i lavoratori esposti al cambio del datore di lavoro non devono subire un trattamento peggiore rispetto a coloro che mantengono, invece, invariata la situazione lavorativa.

(29) Cfr. DAUBLER, *Trends in German Labour Law*, in WEDDERBURN (a cura di), *Labour Law in the Post-Industrial Era. Essays in Honour of Hugo Sinzheimer*, Aldershot, 1994, 112-121.

(30) Legge di sostegno all'occupazione del 25 settembre 1996, *BGBI I* 1476.

(31) Cfr. ROCCELLA, TREU, *op. cit.*, 29 ss.

(32) Cfr. REICH, *Europäisches Verbraucherrecht*, cit., 48 e ss.

Questo tipo di equiparazione non permette però di individuare un livello di tutela che sia valido per tutti. Il legislatore nazionale resta, in altre parole, libero di abbandonare determinati standard di tutela in riferimento ad ampi settori. Se, ad esempio, si decidesse di ricomprendere anche gli impieghi a tempo parziale nel fondo pensione aziendale, ciò significherebbe suddividere la torta tra più persone.

Il secondo ambito di regolamentazione è rappresentata da norme di procedimentalizzazione (*Verfahrensnormen*). Un esempio in tal senso è rappresentato dalla direttiva sull'istituzione dei comitati aziendali europei⁽³³⁾ oppure dall'obbligo di informazione e consultazione dei lavoratori prima dell'attuazione di un licenziamento collettivo⁽³⁴⁾. Anche qui non sono riscontrabili interventi sugli aspetti sostanziali. Il legislatore comunitario lascia completamente aperta la questione dei risultati delle consultazioni con i lavoratori; tutto è concentrato sulla procedura, mentre i risultati non assumono rilievo.

Alcuni standard di tutela di tipo anche sostanziale sono forse riscontrabili nella normativa sulla tutela della salute del lavoratore e sull'orario di lavoro; si pensi, ad esempio, alla previsione delle quattro settimane di ferie⁽³⁵⁾. Anche in queste disposizioni è comunque riscontrabile una certa proceduralizzazione; l'obbligo del datore di lavoro di redigere un'analisi dei rischi e di documentare le misure previste per evitarli, nulla dice in merito ai cosiddetti rischi « residuali ».

La concentrazione dell'attività comunitaria sull'uguaglianza e sugli aspetti procedurali crea delle norme « compatibili » con il

(33) Direttiva del Consiglio 22 settembre 1994 riguardante l'istituzione di un comitato aziendale europeo o di una procedura per l'informazione e la consultazione dei lavoratori nelle imprese e nei gruppi di imprese di dimensioni comunitarie (*GUCE* del 30 settembre 1994, n. l. 254/64); cfr. DÄUBLER, KITTNER, KLEBE (a cura di), *BetrVG, Kommentar für die Praxis*, 5ª ed., Köln, 1996, 2229 ss.

(34) Direttiva del Consiglio 17 febbraio 1975, n. 75/129, modificata dalla direttiva del Consiglio 26 giugno 1992, n. 92/56, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di licenziamenti collettivi; cfr. DÄUBLER, KITTNER, LÖRCHER, *op. cit.*, sub n. 431.

(35) Art. 7 della direttiva sull'orario di lavoro (Direttiva del Consiglio del 23 novembre 1993, n. 93/104, *GUCE* del 13 dicembre 1993, n. l. 307/18); cfr. DÄUBLER, KITTNER, LÖRCHER, *op. cit.*, sub n. 436.

mercato; la politica di tipo protezionistico rinuncia, invece, ad intervenire sulle linee di sviluppo del mercato. In questo senso si riscontrano delle analogie con il diritto del lavoro statunitense; il fatto che la Corte di Giustizia europea nella sua giurisprudenza in merito al divieto di discriminazione indiretta e si sia orientata a prendere come modello la Corte Suprema degli Stati Uniti è sicuramente molto più che un mero dato storico ⁽³⁶⁾.

2.3. I problemi legati all'implementazione.

Il diritto comunitario richiede di essere implementato dagli ordinamenti degli Stati membri. Per le direttive questo principio è fuori discussione, poiché esse, per la loro stessa natura, non creano diritti e doveri in capo a persone fisiche, ma si limitano ad obbligare gli Stati membri all'adeguamento dei loro ordinamenti. Ma anche nell'ipotesi di regolamenti oppure degli stessi Trattati istitutivi la situazione non è per nulla differente: le autorità degli Stati devono prenderne atto e poi applicarle al singolo caso.

Questa regola non viene però sempre rispettata.

Assai sintomatica è, a tal fine, la reazione della giurisprudenza del lavoro tedesca nei confronti del diritto comunitario. Fino a metà degli anni Ottanta quest'ultimo veniva preso in considerazione solo marginalmente, quale ulteriore supporto argomentativo di motivazioni che venivano già di per sé giustificate sulla base del solo diritto interno ⁽³⁷⁾. Anche attualmente si può notare come i ricorsi alla Corte di Giustizia per ottenere interpretazioni vincolanti in materia comunitaria provengano solo da determinati tribunali oppure, addirittura, da determinati giudici; nessuno potrà seriamente affermare che al di fuori dei Tribunali del lavoro di Hamm, Oldenburg, Brema, Amburgo, Kiel e Reutlingen siano mai state poste questioni di diritto comunitario ⁽³⁸⁾. Anche in altri Paesi si riscontrano atteggiamenti analoghi nei confronti del diritto comunitario.

(36) Per gli Stati Uniti cfr. GOULD, *A Primer on American Labor Law*, 3^a ed., MIT, 1993, 193 ss.

(37) Cfr. DÄUBLER, *Völkerrecht und Europarecht in der Rechtsprechung der Arbeitsgerichte*, in *Die Arbeitsgerichtsbarkeit. Festschrift zum 100-jährigen Bestehen des Deutschen Arbeitsgerichtsverbandes*, Neuwied, 1994, 619 ss.

(38) Cfr. SCHWARZE, *Die Befolgung von Vorabentscheidungen des EuGH*

Spesso non viene tenuto in considerazione il diverso ruolo che il diritto comunitario assume nei singoli Stati membri. In alcuni ordinamenti, la risoluzione dei conflitti è, rispetto ad altri, molto più di frequente di tipo giurisdizionale. Per questo motivo una normativa valida ed applicabile dalla Finlandia fino a Gibilterra non può regolare uniformemente i rapporti.

3. *Alla ricerca delle cause.*

Come si spiega che, tra tutte le attività comunitarie, quelle svolte in materia di diritto del lavoro sono di entità assolutamente modesta rispetto a quella che contraddistinguono altri settori? Non è forse paradossale il fatto che la protezione degli interessi diffusi sia maggiore nei settori della tutela dei consumatori e dell'ambiente, rispetto allo *special interest* dei lavoratori, che peraltro sono una categoria molto più organizzata? Per tentare di rispondere a questa domanda vanno analizzate dapprima le cause economiche e poi quelle politiche che hanno contribuito alla creazione della suddetta situazione.

Le disposizioni contenute nel Trattato CE non assumono in questo senso un ruolo determinante. La tutela dei consumatori è stata presa seriamente in considerazione solo con Maastricht I e più precisamente con l'introduzione dell'art. 129A del Trattato CE, mentre alla politica sociale è stato dedicato, fin dalla creazione della Comunità Europea, un capitolo a sé stante (artt. 117 e ss.). Il protocollo di Maastricht sulla politica sociale ha chiarito in particolare le competenze comunitarie nell'ambito del lavoro subordinato ed ha reso quindi superfluo il richiamo all'art. 100 o all'art. 235 del Trattato CE; tuttavia, ciò non ha portato ad un « impulso normativo » in tema di diritto del lavoro. Le cause devono essere pertanto cercate altrove.

Archiv deutsche Gerichte - Ergebnisse einer rechtstatsächlichen Bestandsaufnahme, Baden-Baden, 1988, 12; negli anni tra il 1965 ed il 1985 sono state presentate domande da parte di 60 tribunali tedeschi, ma più di tre quarti di tutte le domande (301 su 388) provenivano da soli 13 tribunali. Dato che di questi solo 6 erano tribunali del lavoro, evidentemente il resto si concentra in altre giurisdizioni.

3.1. *Le cause economiche.*

L'asimmetria dell'integrazione non si riscontra solo in relazione alle normative direttamente riferite al mercato — come, ad esempio, la materia dell'anti-trust — ma anche in riferimento ad altre politiche di tutela. Queste sono contraddistinte dal fatto di riferirsi direttamente al funzionamento dei mercati. Alcuni esempi molto significativi sono costituiti dalla sicurezza dei prodotti e dalla valutazione di impatto ambientale. Se in questi ambiti si dovessero scegliere vie diverse nei singoli Paesi, il funzionamento del mercato comune ne verrebbe oltremodo pregiudicato, giacché un bene prodotto in un paese non potrebbe essere immediatamente venduto in un altro. Anche se non sussiste un rapporto così immediato, rimane tuttavia il pericolo che uno Stato membro, per tutelare la salute, l'ambiente etc., emani delle disposizioni contrarie alla libera circolazione delle merci ai sensi dell'art. 36 del Trattato CE ⁽³⁹⁾.

Proprio per evitare simili iniziative unilaterali, di per sé consentite, diventa importante la ricerca di una disciplina comune. Un ruolo importante in questa direzione è, inoltre, rivestito dalle scelte di politica industriale e dal rafforzamento delle capacità concorrenziali della Comunità. Un esempio è rappresentato dall'adozione di norme che prevedono la responsabilità oggettiva del produttore, che costringono le imprese a mantenere un alto livello qualitativo dei prodotti ⁽⁴⁰⁾.

Motivazioni di questo tipo mancano nel diritto del lavoro e nella legislazione sociale, e ciò si riferisce in gran parte alle stesse politiche sociali. Livelli differenziati di tutela sono sempre la causa di un aumento dei costi, ma non toccano il funzionamento dei mercati delle merci e dei servizi. L'esempio dell'ordinamento federale canadese dimostra come in uno spazio economico unitario possano sussistere disposizioni giuslavoristiche anche molto differenziate tra loro. Anche in Germania sussiste uniformità solo a livello legislativo e giurisprudenziale; i contratti collettivi possono prevedere

(39) Ampiamente sul punto REICH, *Förderung und Schutz diffuser Interessen*, cit., 35 ss.

(40) Cfr. DÄUBLER, *Das Zivilrecht 2*, Reinbek, 1997, sub n. 1217.

livelli di tutela oltremodo differenziati a seconda del settore, della regione oppure dell'azienda. Non si crea, tuttavia, una distorsione della concorrenza; in Paesi come la Germania, caratterizzati da retribuzioni molto alte, la produttività del lavoro è del pari molto alta. Per questo motivo il costo del lavoro per unità di prodotto non è maggiore (anzi, di solito è minore) rispetto a quella di altri Stati membri⁽⁴¹⁾. Comunque sia, il diritto comunitario consente l'adozione di politiche difensionistiche nell'ipotesi in cui quanto fin qui descritto non funzioni in relazione a singoli casi come avviene, ad esempio, se lavoratori appartenenti ai Paesi a basso livello retributivo vengono distaccati in Paesi con un livello retributivo alto⁽⁴²⁾.

Le politiche protezionistiche nazionali non costituiscono ostacoli permanenti allo sviluppo del mercato comune. In casi estremi le imprese possono trasferire la produzione in un altro Paese, e la sola possibilità è sufficiente di per sé per contribuire all'«erosione» delle disposizioni vigenti. Una pressione altrettanto forte sulla normativa di tutela dei consumatori è difficilmente immaginabile benché un divieto di importazione favorirebbe senza dubbio le imprese locali concorrenti.

3.2. *Le cause politiche.*

Anche in mancanza di motivazioni economiche nel senso dell'opportunità di un adeguamento se non, addirittura, di una unificazione degli ordinamenti giuslavoristici nazionali, un simile passo potrebbe comunque essere giustificato da ragioni politiche. Fino ad oggi, non è però dato registrare segnali che orientino in tale direzione. Ciò può essere dovuto, innanzitutto, a fattori socio-psicologici: il diritto del lavoro è un diritto della quotidianità per quasi il 90% della popolazione attiva; ne è profonda la consapevolezza nei lavoratori, e la sua modificazione non sarebbe facilmente accetta-

(41) Cfr. DEAKIN, in DAVIES et al., *European Community Labour Law: Principles and Perspectives*, Liber Amicorum Lord Wedderburn of Charlton, Oxford, 1996, 66.

(42) Sulla problematica della direttiva relativa al trasferimento dei lavoratori e sulla corrispondente legge tedesca del 26 febbraio 1996 (BGBl I, 227) cfr. per tutti KOBERSKI, SAHL, HOLD, *Arbeitnehmer-Entsendegesetz, Kommentar*, München, 1997.

ta (43). Tutto ciò risulta evidente in materia sindacale, dove si rassemberebbe l'assurdo se si cercasse ad esempio di sostituire le forme di rappresentanza tipiche del diritto tedesco con *shop stewards* oppure, viceversa, se si volessero esportare in Inghilterra i consigli aziendali tedeschi, oppure dar vita a forme miste (44).

Un ulteriore freno all'uniformazione dei diritti del lavoro nazionali è rappresentato dal fatto che le politiche del lavoro adottate dai vari governi dei singoli Stati membri sono sempre state molto differenziate tra di loro. Negli anni '80 la *deregulation* quasi maniacale della Gran Bretagna si contrapponeva ad un atteggiamento assai più cauto da parte degli Stati continentali, in cui si riscontravano anzi anche elementi di ri-regolamentazione, ad esempio, nel settore dell'impiego a tempo parziale o nell'equiparazione tra i sessi (45). Il principio dell'unanimità, rimasto in vigore anche dopo la riforma del 1986, con l'unica eccezione dell'art. 118a del Trattato CE, rende sufficiente la contrarietà da parte di un unico governo nazionale per bloccare l'adozione di una disciplina comunitaria. L'armonizzazione delle condizioni di lavoro effettivamente praticate vanificherebbe inoltre i vantaggi di cui godono gli Stati membri meno sviluppati ed a minor costo del lavoro (46).

4. *La necessità di una futura politica sociale.*

Di pari importanza — sebbene, generalmente, meno considerato — è, infine, il dato di fatto che le relazioni industriali costituiscono la parte centrale del sistema sociale; uno Stato che trasferisse

(43) Cfr. REITER, Prefazione a SCHULZ, *Maastricht und die Grundlagen einer Europäischen Sozialpolitik*, Köln, 1996, IX, che parla di « un pezzo di intima patria sociale ». Contra SIMITIS, *Europäisierung oder Renationalisierung des Arbeitsrechts?*, in Festschrift Kissel, München, 1994, 1097 ss.

(44) Roccella e Treu notano correttamente (p. 341) che sono particolarmente forti le resistenze poste dal diritto sindacale alle tendenze unificatrici.

(45) Sulla legge italiana in tema di cd. azioni positive del 10 aprile 1991 cfr. GAETA, ZOPPOLI (a cura di), *Il diritto diseguale. La legge sulle azioni positive. Commentario alla l. 10 aprile 1991, n. 125*, Torino, 1992.

(46) Sulla questione relativa alla possibilità che un ordinamento lavoristico fortemente sviluppato avvantaggi le imprese nella scelta della loro sede cfr. DÄUBLER, *Das deutsche Arbeitsrecht - ein Standortnachteil?*, in *DB*, 1993, 781 ss.

questo potere rinunciarebbe a gran parte della propria stessa sovranità. L'organizzazione del lavoro subordinato non è di minor importanza rispetto, ad esempio, alla moneta. Per una rinuncia di queste dimensioni mancano attualmente, in primo luogo, i presupposti di consapevolezza politica; d'altro canto, è necessario rilevare che la Comunità europea non dispone al momento degli strumenti necessari per gestire le relazioni industriali europee anche, e soprattutto, nelle situazioni di crisi. In questo senso sussiste una certa differenza rispetto alla gestione della politica anti-trust o della futura politica monetaria (47). Tutti i partecipanti si lancerebbero in un'avventura dall'esito incerto, se potessero sostituire le dettagliatissime disposizioni legislative, giurisprudenziali e di contratti collettivi, e le relative dettagliate possibilità d'intervento, con un ordinamento molto più approssimativo perlomeno in linea di principio, per il quale mancano, inoltre, autorità sufficientemente legittimate per risolvere gli inevitabili conflitti.

Non esiste, infine, in ambito comunitario, alcun motore adatto a stimolare lo sviluppo del diritto del lavoro. La Confederazione europea dei sindacati non dispone né di un mandato a trattare, né di sufficienti risorse per poter imporre, nel libero gioco dei poteri, anche solo parzialmente, gli interessi delle associazioni affiliate e dei loro membri (48). L'accostamento alla mancanza di tutela degli interessi diffusi è appropriato sebbene per questi ultimi manchino, addirittura, i meccanismi per poter garantire una tutela anche solo di livello minimale.

4.1. *La diminuzione delle competenze statali.*

Una parziale astensione della Comunità in materia socio-politica è tollerabile, se agli Stati membri rimane però uno spazio d'azione in ambito economico e politico sufficiente ad evitare sviluppi indesiderati del mercato o, perlomeno, ad eliminare, eventualmente

(47) Per quanto riguarda i deficit delle istituzioni comunitarie in relazione allo stato sociale cfr. PITSCHAS, in *DöV*, 1992, 277.

(48) Per la formazione e imposizione di interessi nello sviluppo giuridico cfr. GRIMM, in: DAUBLER-GMELIN/ADLERSTEIN (a cura di), *Menschengerecht*, 6. *Rechtspolitischer Kongreß der SPD, Dokumentation*, Heidelberg 1986, 392 ss.

anche solo attenuare, gli inconvenienti sociali che si creano⁽⁴⁹⁾. Queste condizioni divengono sempre più rare.

Per un verso, infatti, gli interventi statali in materia economica sono legati alla struttura economica dei mercati, e sono di conseguenza consentiti solo sotto forma di sussidi ai sensi degli artt. 92 ss. del Trattato CE⁽⁵⁰⁾. Ciò non significa solo che la competenza ad approvare tali interventi si è trasferita alla Commissione di Bruxelles, ma anche che devono essere rispettate le indicazioni contenutisticamente molto precise del diritto comunitario. Una interpretazione pedante delle disposizioni comunitarie può poi comportare che un semplice esonero tributario venga considerato, ai sensi del Trattato CE, come un aiuto illegittimo. Ai governi nazionali vengono così sottratti importanti strumenti per la salvaguardia di posti di lavoro o per il perseguimento di altri scopi socio-politici.

In secondo luogo, la Comunità stabilisce delle condizioni di ordine generale che rendono per lo meno difficoltosa la possibilità per lo Stato membro di imporre imposte e tributi. La « europeizzazione » del diritto tributario avanza per il momento molto lentamente — come dimostra l'esistenza di paradisi fiscali come il Lussemburgo e la diversità dei tassi dell'imposta sul valore aggiunto — mentre la globalizzazione dell'economia e l'apertura al mercato mondiale imporrebbero che nella tassazione delle imprese fossero considerati anche i differenti oneri fiscali ed i vantaggi conseguenti alla scelta di sedi alternative. La decisione relativa all'apertura dei confini economici spetta però alla Comunità europea che, ai sensi dell'art. 113 Trattato CE, rappresenta gli Stati membri nelle trattative in seno all'organizzazione mondiale del commercio.

In terzo luogo, i parametri di convergenza per la creazione dell'unione monetaria impongono l'adozione, da parte degli Stati membri, se intendono raggiungere gli obiettivi fissati nel Trattato di Maastricht, di una rigida politica di risparmio. Le limitazioni del

(49) In questo senso vedi i lavori preparatori del Trattato CEE, tra cui il rapporto Ohlin dell'ILO così come il rapporto Spaak. Cfr. DEAKIN, *sub* n. 42, 65 ss.

(50) Cfr. v. WALLNEBERG, in GRABITZ, HILF, *Kommentar zur Europäischen Union*, München (raccolta a fogli mobili, aggiornam. 1996), *sub* artt. 92-94 Trattato CE.

deficit di bilancio e del debito pubblico operano in gran parte a scapito delle politiche di compensazione, in particolare della politica sociale, e non è dunque più possibile far fronte a nuovi problemi ricorrendo ad un maggior impiego di risorse.

Se si raggiungerà realmente l'unione monetaria non si imporrà solo una politica di assoluta stabilità monetaria, ma gli Stati membri perderanno anche la possibilità di compensare i differenti sviluppi produttivi con variazioni dei rapporti di cambio. Se un Paese resterà indietro rispetto agli altri nello sviluppo economico, l'unica « variabile » che gli rimarrà a disposizione consiste nell'abbassamento dei costi sociali; in una recente ricerca inglese tale fenomeno viene denominato come *social devaluation* ⁽⁵¹⁾.

Il ridotto margine d'azione degli Stati membri non farà però scomparire i problemi socio-politici, e fintantoché gli interessati non si rassegheranno al loro destino crescerà la necessità di un intervento da parte della Comunità.

4.2. *La politica sociale come fattore di stabilizzazione.*

Sviluppare una politica sociale, e trasformare il singolo in un individuo cooperante ed al contempo garantito, è nello stesso interesse della Comunità. Se essa decidesse di porre tali questioni solo al 5° oppure al 6° posto nella propria scala di priorità, rischierebbe di trovarsi a lottare, specie nei periodi bui, con seri problemi di legittimazione. La situazione dell'Unione europea non è paragonabile a quella degli Stati nazionali. Nella sua condizione di « Stato embrionale », l'attività è concentrata prevalentemente nel settore economico. La politica estera e di sicurezza si basa su un coordinamento volontario, finora non sempre riuscito. Il fatto che le questioni, in senso ampio, culturali non rientrino normalmente nel quadro delle competenze comunitarie, è stato quanto meno accennato dalla Corte di Giustizia in relazione al divieto del lavoro domenicale ⁽⁵²⁾. Se in ambito economico le aspettative saranno in gran parte deluse — se, ad esempio, la Comunità europea sarà vi-

(51) DEAKIN, *op. cit.*, 82.

(52) Corte di Giustizia 12 novembre 1996, in causa n. 84/94, in *EuWZ*, 1996, 751 ed in particolare 754.

sta, a torto o a ragione, come causa principale della disoccupazione e della critica sociale — essa non avrà la possibilità di opporvisi, mancandole la forza per garantirsi il sostegno della maggioranza dei propri cittadini tramite una comune identità culturale o beni collettivi quali la sicurezza interna ed estera. A ciò si aggiungono altre tre lacune:

— Il Parlamento europeo è eletto in modo democratico, ma è titolare soltanto di un diritto, peraltro limitato, di veto nell'ambito dell'attività normativa della Comunità; esso non possiede un potere di iniziativa legislativa e, pertanto, la sua posizione è più debole persino di quella della Dieta imperiale prevista dalla Costituzione dell'Impero tedesco del 1871.

— I processi decisionali della Comunità sono poco trasparenti. Il Consiglio dei Ministri, che è il vero organo legislativo, si riunisce a porte chiuse, ed a differenza di quanto avviene nei Parlamenti degli Stati membri al cittadino non è possibile verificare i vantaggi e gli svantaggi delle singole decisioni.

— Il deficit democratico e la mancanza di trasparenza risultano ulteriormente aggravati dall'assenza di un'opinione pubblica europea. La stampa, la radio e la televisione, ma anche i gruppi di interesse sono ancora organizzati su base statale, e ciò significa che la loro funzione di controllo viene esercitata con una certa efficacia solo nell'ambito nazionale. Bruxelles, Lussemburgo e Strasburgo appaiono al cittadino delle sedi lontane dal proprio Paese, tanto che, ad esempio, la nomina di un membro della Commissione risulta meno importante di un voto di sfiducia del Parlamento olandese.

Un potere così debole deve per lo meno garantire che il singolo cittadino possa trovare un riscontro (sebbene parziale) alle proprie aspettative nell'ambito della Comunità. Se quest'ultima non dispone di una legittimazione formale e procedurale, deve avere almeno una legittimazione contenutistica. Ciò varrà in particolar modo per gli anni a venire: quando l'unione monetaria si sarà stabilizzata, aumenteranno le competenze economiche ma al contempo anche le responsabilità del livello comunitario. Si è, infatti, scordato troppo in fretta che il destino del Trattato di Maastricht è appeso ad un filo. Il referendum danese, il risultato molto stretto del referendum francese, e l'appena evitato rigetto dello stesso da parte

del Tribunale costituzionale federale tedesco, avrebbero dovuto essere segnali d'allarme in tal senso. L'equilibrista che lavora senza rete nel circo dovrebbe comunque sviluppare il senso del pericolo, anche se fino a quel momento tutto è sempre andato bene. Bisogna ripeterlo ancora una volta: la Comunità europea ha bisogno della fiducia dei suoi cittadini come dell'aria per respirare ⁽⁵³⁾.

5. *Il grande progetto: lo stato sociale europeo.*

Se per un attimo ci allontaniamo dalla « gabbia » della quotidianità della politica europea, emerge con chiarezza che l'economia europea di mercato necessita per sopravvivere di correzioni sul versante sociale. Questo aspetto dovrebbe essere fissato, nelle sue linee di fondo, al più elevato livello normativo, al pari di quanto è avvenuto nelle Costituzioni della maggior parte degli Stati membri. I Trattati istitutivi, in quanto Costituzione dell'Unione europea, necessitano di un completamento in riferimento alla dimensione sociale. Sulla scorta della tradizione europea ciò dovrebbe avvenire con la predisposizione di un elenco di diritti fondamentali di natura sociale, sull'esempio della Costituzione belga ⁽⁵⁴⁾.

Qual è il vantaggio che presenta un elenco di diritti sociali rispetto a singoli interventi socio-politici, adottati in reazione a concrete situazioni di degenza o discriminazione? Due ordini di motivi possono essere portati a sostegno della prima alternativa ⁽⁵⁵⁾.

Si consideri, anzitutto, che la struttura attuale — ma presumibilmente anche futura — della Comunità europea fa sì che essa risulti poco adatta alla funzione di « pompiere » ovvero ad assolvere alla funzione di intervenire, tempestivamente ed adeguatamente,

(53) Cfr. REITER, *op. cit.*, IX. La politica sociale ha un ruolo chiave nel sistema comunitario e nella sua accettazione sociale. In questo senso anche la relazione del comitato dei saggi presieduto da MARIA DE LOURDES PINTASILGO, *Für ein Europa der politischen und sozialen Grundrechte*, Lussemburgo, 1996, 13 ss.

(54) Testo fiammingo, francese e tedesco in *Belgisch Staatsblad - Moniteur belge* del 17 febbraio 1994, 4054 ss.

(55) Diffusamente DÄUBLER, *Sozialstaat EG? Die andere Dimension des Binnenmarktes*, Gütersloh 1989, pagg. 56 ss. Cfr. anche SIMTIS, *Europaisierung oder Renationalisierung des Arbeitsrechts?*, in *Festschrift für Otto Rudolf Kissel*, (aaO) München, 1994, 1097 ss.

laddove ciò risulti maggiormente necessario. Il pericolo che anche in materie in cui si delibera a maggioranza, il procedimento di adozione delle decisioni finisca per allungarsi eccessivamente rappresenta un'eventualità sempre più attuale. Può sorprendere ma si deve osservare che il tempo necessario per realizzare la riforma dei Trattati mediante l'Atto unico europeo ed il Trattato di Maastricht è stato molto più breve del tempo necessario per realizzare un comune progetto socio-politico di media entità che spesso viene paralizzato dal timore di costituire un'illegittima eccezione al principio della libera economia di mercato contenuto nell'art. 102A del Trattato CE. Se i diritti fondamentali di tipo sociale fossero riconosciuti quali principi base della Comunità europea, l'approvazione di singoli provvedimenti risulterebbe, al contrario, senz'altro facilitata.

A prescindere da queste valutazioni di natura pragmatico-politica, l'approvazione di un elenco di diritti fondamentali avrebbe, in secondo luogo, il rilevante vantaggio di far acquisire alla Comunità europea quell'accettazione sociale, che attualmente è carente, e comporterebbe l'eliminazione almeno parziale dei deficit di legittimazione democratica.

I diritti fondamentali rappresentano — come insegna Federico Mancini ⁽⁵⁶⁾ — la base della vita sociale, un importante criterio di orientamento per il processo di unificazione europea ⁽⁵⁷⁾ e dunque, in sostanza, un elemento centrale dell'identità europea. È con una Comunità che ha scritto il progresso sociale — non solo come formula astratta ma anche come garanzia concreta — sulla propria bandiera che il cittadino si può identificare. Egli potrebbe comprendere che a volte è necessario sopportare difficoltà ma potrebbe al contempo, e soprattutto, identificarsi con un progetto futuro, con i vantaggi (materiali e immateriali) che ne potrà trarre. Con l'adozione di un elenco di diritti fondamentali, il diritto comunitario acquisterebbe credibilità ⁽⁵⁸⁾ e trasmetterebbe speranza ⁽⁵⁹⁾. Un in-

(56) MANCINI, *Costituzione e movimento operaio*, Bologna, 1976, 163 ss.

(57) WEIDENFELD, *Europa 2000. Zukunftsfragen der europäischen Einigung*, München-Wien, 1980, 53.

(58) PESCATORE, *Bestand und Bedeutung der Grundrechte im Recht der Europäischen Gemeinschaften*, in *EuR*, 1979, 2.

(59) Cfr. GENSCHER, *Rede des Bundesministers des Auswärtigen über des*

sieme di singoli provvedimenti a macchia di leopardo non può, al contrario, produrre i medesimi effetti: i modelli rattoppati non rappresentano mai degli esempi costruttivi.

Dal punto di vista contenutistico, sarebbe opportuno orientarsi a prevedere i diritti sociali già garantiti nelle Costituzioni degli Stati membri dell'Unione europea ⁽⁶⁰⁾. Ciò corrisponde sostanzialmente allo spirito della giurisprudenza della Corte di Giustizia, che finora si è, tuttavia, sempre concentrata solo sui diritti di libertà, limitata com'è ad agire nell'ambito delle questioni che le vengono sottoposte.

L'esperienza dei singoli Stati aiuta anche a comprendere la rilevanza giuridica che occupa ciascun diritto fondamentale. E' comunque necessario operare alcune distinzioni.

Per quanto riguarda la funzione negativa dei diritti fondamentali, come ad esempio la libertà di coalizione come libertà da ingerenze statali, può essere mantenuta la tecnica tradizionale nella disciplina dei diritti fondamentali. Tuttavia, anche in questa ipotesi non si assolve in modo pienamente soddisfacente all'esigenza di una tutela comunitaria dei diritti fondamentali se si rimane nell'ambito di una tutela minima, come nel caso, ad esempio, in cui la libertà di coalizione fosse prevista come diritto a mera titolarità individuale. La Comunità europea dovrebbe, al contrario, dare gli orientamenti che indichino la strada verso cui progredire.

Nell'affrontare il tema dei « procedimenti partecipativi » in senso lato, oppure il tema della partecipazione dei lavoratori, l'atteggiamento più opportuno sarebbe poi quello improntato ad una certa cautela. Potrebbe, ad esempio, essere prevista espressamente la libertà di contrattazione collettiva in quanto tale, così come il diritto alla partecipazione, nell'azienda e nell'impresa, ma la loro rea-

Programm der deutschen EG - Präsidentschaft im erster Halbjahr, in EA, 1988, D 154.

(60) Cfr. la proposta formulata al vertice di Strasburgo del 1989 dall'autore in: DAUBLER, *Sozialstaat EG? Die andere Dimension des Binnenmarktes*, Güterloh, 1989, 109 ss. Cfr. anche le proposte formulate al vertice di Maastricht II in BLANPAIN, HEPPLER, SCIARRA, WEISS, *Fundamental Social Rights: Proposals for the European Union*, Leuven, 1995. Sull'argomento in modo meno concreto e trascurando molte problematiche BERCUSSON, *Soziales Europa - ein Manifest*, Reinbek, 1996.

lizzazione concreta dovrebbe rimanere di competenza degli Stati membri, se non altro per motivi di tradizione radicata nella popolazione.

Il vero problema sorge in riferimento a quei diritti fondamentali che riconoscono al cittadino una qualche pretesa a determinate prestazioni statali, oppure che obbligano lo Stato ad assicurare determinate condizioni. Un esempio del primo caso è rappresentato dal diritto all'assistenza sociale; un esempio del secondo caso è il diritto al lavoro, che non può dar luogo ad una pretesa azionabile in giudizio, ma che obbliga ad una programmazione di politiche occupazionali ⁽⁶¹⁾. Un intervento normativo troppo dettagliato in questo campo restringerebbe eccessivamente l'ambito di azione degli Stati membri e non terrebbe in conto la loro capacità di far fronte alle emergenze economiche.

Così, ad esempio, non può essere garantito per il territorio comunitario un aiuto sociale espresso in Ecu, ovvero in Euro; ciò che può, invece, essere garantito è un aiuto sociale, una rete di protezione, ovvero la previsione dei criteri essenziali per la determinazione degli importi. A simili conclusioni si può giungere anche nel caso del diritto al lavoro inteso come obiettivo della piena occupazione. Può essere contemplata la sua rilevanza specifica rispetto ad altri progetti di politica economica ma non, invece, la determinazione concreta dei programmi per l'occupazione.

Di grande, peraltro non scontata, importanza per l'applicazione dei diritti sociali è la previsione di un meccanismo di controllo sulla loro effettività che non sia limitato alla mera tutela giurisdizionale. Dato che in questo importante settore, i controlli giurisdizionali si limitano generalmente ad un eventuale riscontro delle situazioni di inattività o di arbitrarietà, acquistano grande rilievo pratico i meccanismi politici come, ad esempio, il controllo operato dalla Commissione ed il dovere di rendere conto ai cittadini dell'Unione europea. In assenza di questo elemento dinamico i diritti sociali corrono il rischio di regredire a mere dichiarazioni d'intento ⁽⁶²⁾. Nel momento in cui la Comunità europea rinuncia ad una

(61) Cfr. MANCINI, *Costituzione e movimento operaio*, cit., 27 ss.

(62) Cfr. PIETERS, *Sociale Grondrechten op prestaties in de Grondwetten van den Landen van de Europese Gemeenschap*, Antwerpen, 1986.

disciplina troppo estesa, dovrebbero al contempo aumentare le possibilità di darvi attuazione nei settori in cui la competenza permane.

6. *Una politica dei piccoli passi.*

Non sempre, ciò che è necessario viene effettivamente preso in considerazione. Le autorità competenti a decidere sono spesso legate a coacervi di interessi che impediscono loro di attuare ciò che è stato forse sempre riconosciuto come giusto. Questo vale in particolare nel caso in cui dietro ai progetti socio-politici non vi siano delle necessità economiche visibili o delle pressioni sociali di una certa entità, ma solamente una maggior coscienza. Se in tutta Europa si organizzassero scioperi di massa e dimostrazioni a favore di una politica comunitaria caratterizzata da chiare finalità socio-politiche, la discussione attorno ai diritti sociali prenderebbe un'altra direzione. Alle condizioni attuali, le prospettive sono più modeste e si concentrano principalmente sull'aspetto « statale » degli interventi comunitari. Per il resto non rimane che l'autotutela da parte degli interessati.

6.1. *Gli interventi della Comunità europea.*

L'opposizione alle innovazioni socio-politiche si riduce se l'applicazione concreta di tali innovazioni non comporta, per gli Stati membri, costi rilevanti. Come esempio si possono citare i diritti immateriali come la libertà d'opinione sul posto di lavoro oppure la partecipazione del lavoratore agli andamenti aziendali, ma anche la direttiva sulla tutela dei dati ⁽⁶³⁾, che comprende pure la tutela di dati relativi ai lavoratori, oppure ancora la direttiva sull'istituzione dei comitati aziendali europei ⁽⁶⁴⁾.

La partecipazione dei lavoratori nell'ambito degli ordinamenti nazionali non può essere « estorta » ma deve essere semmai incoraggiata. Un importante strumento — che peraltro in Germania

(63) Direttiva del 24 ottobre 1995; cfr. DAUBLER, KLEBE, WEDDE, *Bundesdatenschutzgesetz, Basiskommentar*, Köln, 1996, all. I.

(64) Vedi *sub* nota n. 34.

non è mai stato utilizzato a tal scopo — potrebbe essere rappresentato dalla concessione pubblica: la sussistenza di una rappresentanza aziendale, e di un suo parere favorevole in merito all'incarico, potrebbero essere configurate come condizioni per l'adozione della concessione pubblica ⁽⁶⁵⁾.

Un passo nella direzione della realizzazione dei singoli diritti sociali potrebbe essere compiuto cercando di collocare il singolo cittadino al centro delle politiche previste dal Trattato CE. Un esempio in tal senso potrebbe essere rappresentato dalla previsione di un rafforzamento della « coesione economica e sociale » della Comunità europea di cui all'art. 130A del Trattato CE ed, in particolare, dall'intento di ridurre « il divario tra i livelli di sviluppo delle varie regioni ed il ritardo delle regioni meno favorite ». Attualmente queste disposizioni hanno, com'è noto, un contenuto giuridico piuttosto ridotto ⁽⁶⁶⁾; determinante rimane infatti la volontà politica sia della Comunità che dei singoli Stati membri.

Questo stato di fatto non deve necessariamente rimanere immutabile. Si potrebbe pensare, ad esempio, di prevedere un « diritto a condizioni equiparabili di vita », il quale permetterebbe il coinvolgimento degli interessati. La politica regionale della Comunità europea non dovrebbe necessariamente essere innovata dal punto di vista dei contenuti ma sarebbe comunque salva la possibilità di ottenere nei casi estremi una pronuncia giurisdizionale. Se, ad esempio, l'arretratezza di alcune zone meno favorite dovesse, al posto di ridursi, aumentare, la Comunità europea potrebbe essere costretta dalla Corte di Giustizia ad adottare misure di compensazione ⁽⁶⁷⁾.

Un principio simile potrebbe essere adottato anche nella politi-

(65) Cfr. DÄUBLER, *Das Arbeitsrecht 1*, 13^a ed., Reinbek, 1995, sub n. 1387 ss.

(66) Cfr. GLAESNER A., *Der Grundsatz des wirtschaftlichen und sozialen Zusammenhalts im Recht der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft*, Baden-Baden, 1990, 177 ss.

(67) Un simile principio è stato enucleato dal Tribunale costituzionale federale tedesco per affrontare i danneggiamenti di guerra: lo Stato sarebbe costituzionalmente obbligato alla compensazione sociale degli oneri. Cfr. BVerfG 3 dicembre 1969, in *BVerfG*, 624/56, p. 27, 253, 283, 41, 126; BVerfG 13 gennaio 1976, in *BVerfG*, 631/39 e 24/70, p. 41, 126.

ca ambientale prevista dall'art. 130R del Trattato CE. Gli obiettivi di salvaguardare e migliorare la qualità dell'ambiente, di contribuire alla protezione della salute umana e di garantire un'utilizzazione accorta e razionale delle risorse naturali non devono rimanere in eterno delle mere dichiarazioni d'intento. Un diritto soggettivo alla salute potrebbe intervenire là dove la Comunità è inerte oppure dove addirittura causi danni all'ambiente. Questi due casi si verificano indubbiamente in ipotesi eccezionali, ma un'esclusione esplicita porterebbe comunque un'indubbia utilità per tutti.

Che questo rappresenti, peraltro, solo un primo passo verso un'efficace politica ambientale a livello comunitario è, invece, un altro paio di maniche.

6.2. *Dialogo sociale o coordinamento della contrattazione collettiva?*

Il « dialogo tra le parti sociali » previsto dall'art. 118B del Trattato CE, e dall'art. 4 del protocollo di Maastricht sulla politica sociale, ha portato finora a risultati modesti. Dichiarazioni di tal fatta sono caratterizzate da un grado molto alto di astrattezza e fanno ricorso a concetti dal contenuto concreto pressoché inesistente. A ciò si aggiunge la questione del deficit democratico: non esiste una procedura che possa garantire la presenza di singoli sindacati, o associazioni di datori di lavoro, nel dialogo sociale. Persino il più forte sindacato di un singolo Stato membro può essere escluso se non è membro della Confederazione europea dei sindacati.

Anche la questione degli interessi dei lavoratori non organizzati diventa attuale, se nell'ambito dell'art. 4 i risultati del dialogo sociale vengono recepiti dal diritto comunitario; dato che in questo caso sono esclusi sia il Comitato economico e sociale sia il Parlamento europeo, la legittimazione democratica diventa assai labile. Questo vale, in particolare, per i progetti che comportano conseguenze per non-lavoratori e non-datori di lavoro. Un esempio può essere la previsione dell'art. 2, comma 3, punto 1 del Protocollo sulla politica sociale, in base al quale i partners sociali europei possono accordarsi anche in ordine alla « sicurezza sociale e protezio-

ne sociale dei lavoratori », potendo così disciplinare, ad esempio, anche la situazione dei pensionati. Ma va aggiunto che le parti sociali nei singoli Stati membri non sono sicuramente disposte a cedere ai vertici di Bruxelles la competenza ad adottare decisioni vincolanti. Per questo motivo in questo settore bisognerà accontentarsi di raccomandazioni non vincolanti.

La via più democratica — e più ricca di prospettive — non consiste nel porre le questioni a livelli troppo alti, ma nel cercare di coordinare le contrattazioni che già avvengono nei singoli Stati membri. Siccome queste riguardano gli aspetti essenziali di un settore, tra alcuni anni sarà forse possibile avvicinare le rispettive durata dei contratti collettivi e quindi condurre le trattative all'incirca negli stessi periodi ⁽⁶⁸⁾. Questo avrebbe come conseguenza immediata e pratica di escludere i trasferimenti produttivi a breve termine da uno Stato membro all'altro e permetterebbe, inoltre, di sostenere le richieste delle rispettive controparti; in caso di situazioni particolarmente difficili, sussisterebbero inoltre le basi per raggiungere compromessi ragionevoli. La solidarietà oltre i confini statali potrebbe entrare a far parte del bagaglio di esperienze di chi è colpito da queste situazioni; non sarebbe forse utile riflettere su questa possibilità anche nell'era dell'individualismo?

(68) Per alcune riflessioni nel settore delle costruzioni cfr. BAUMANN, LAUX, SCHNEPF, in *WSI-Mitteilungen*, 1997, 138.