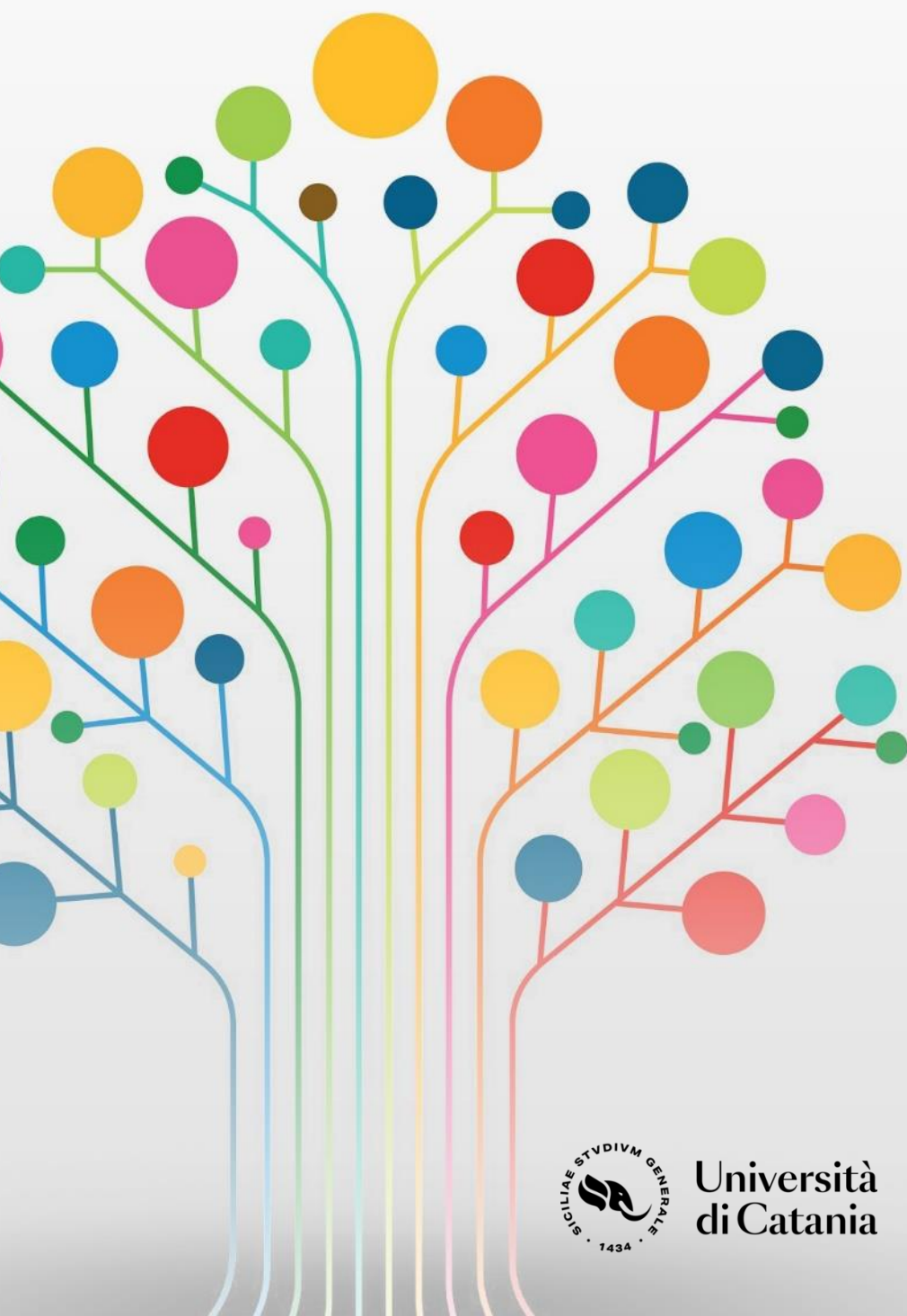


1/2002

20 Venti Maggio

BIBLIOTECA DEL CENTRO STUDI DI
DIRITTO DEL LAVORO EUROPEO
"Massimo D'Antona"



Università
di Catania



Centre for the Study of
European Labour Law
"MASSIMO D'ANTONA"

Con contributi di

MASSIMO D'ANTONA

BRUNO CARUSO, Università di Catania

ANTONIO LO FARO, Università di Catania

GIANCARLO RICCI, Università di Catania

GIUSEPPE FERRARO, Università di Napoli "Federico II"

GIORGIO FONTANA, Università Mediterranea di Reggio Calabria

ULRICH RUNGGALDIER, Wirtschaftsuniversität Wien e Libera Università di Bolzano

2022 - UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI CATANIA

Piazza Università, 2 - 95131 Catania – www.unict.it

© 2002 CENTRO STUDI DI DIRITTO DEL LAVORO EUROPEO "MASSIMO D'ANTONA" - salvi i diritti riservati - www.csdle.lex.unict.it

ISBN 9791280569738

SOMMARIO

The Right to Work in the Italian Constitution and in the European Union Massimo D'Antona	1
Decentralised Social Pacts, Trade unions and collective bargaining (how Labour Law is changing) Bruno Caruso	9
Judicial Enforcement of EC Labour Law: Time limits, burden of proof, ex officio application of EC law Antonio Lo Faro	38
El tiempo de trabajo en España entre tradición y actualidad Giancarlo Ricci	72
Sviluppo e occupazione tra europeismo e localismi Giuseppe Ferraro	103
Concertazione e dialogo sociale: appunti per un dibattito Giorgio Fontana	120
La Riforma dell'art. 117 della Costituzione italiana dal punto di vista del diritto del lavoro: aspetti di diritto comparato Ulrich Runggaldier	144

The Right to Work in the Italian Constitution and in the European Union*

Massimo D'Antona

1. The right to work “taken seriously”.	2
2. Two great transformations: the difficult relationship between development and employment and the disarticulation of the State in the process of European integration.	2
3. The juridical profile of the right to work as enshrined in the Constitution	3
4. The Constitutional right to work and the European Union.	4
5. Employment policy in the Amsterdam Treaty and national employment policy	5
6. The right to work, labour law and the European Union.	6
7. The right to work from “having” to “being”.	7

* Previously published as WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 1/2002

1. The right to work “taken seriously”.

Of the fundamental principles of the Italian Constitution, the right to work (Art. 4) is the one that has been most affected by the weight of historical development. In the early days of the Constitution, its bidding nature was the subject of excessive debate because, as G.F Mancini remarked in the *Commentario Branca* in the mid 1970s, it derived from an ideological juxtaposition between a planned economy and market economy. Although some of the points put forward in the debate were developed by subsequent legislation (including the connection between the right to work and protection against unfair dismissal), the right to work has not achieved its aspired-to status as the cardinal norm of the labour law system. Beyond the ideological polarisation of that time, the constitutional provisions deserve to be reconsidered and “taken seriously” nowadays, at a time when the issue of work has become a focal point in all plans for a future society, and a new collocation of public powers in the economy, centring round the European Union, requires reconsideration of the role of the nation state.

2. Two great transformations: the difficult relationship between development and employment and the disarticulation of the State in the process of European integration.

In order to be “taken seriously”, the right to work has to be seen in the framework of two great ongoing transformations. The first concerns the position of work in the process of European economic and monetary integration. The second concerns the position of fundamental social rights, including the right to work, in the process of integration between Community law and the legal systems of the Member States.

As regards the former, it is a fact that European economies have been heavily affected by the consequences of a worrying phenomenon directly linked to the way in which economic and monetary integration is being achieved: growth without employment. From the *White Paper* presented by Jacques Delors to the recent *Manifesto against Unemployment in the European Union* signed, among others, by Modigliani, Fitoussi and Sylos Labini, there seems to be a certain convergence of opinions, at least as regards the fact that unemployment in Europe derives from a “misdirection” in the building of the European Union, a process which is otherwise valid and of fundamental importance for the future of European societies. The Manifesto indicates errors in the policy of aggregate demand, i.e. in macroeconomic policies, attributable to a rigorously financial interpretation of compliance with the Maastricht parameters, which has caused a drop in investments, above all in strategic sectors and infrastructures (insufficient growth from both a quantitative and a qualitative point of view); and errors in policies affecting the supply of labour, due to delays in updating European welfare systems, which tend heavily towards protecting workers and providing income supplements for the unemployed (too rigid a labour market and expensive, inefficient income support).

As far as the latter is concerned, European constitutions represent a suture, and therefore a point of tension, in a process of disarticulation affecting nation states both in an upward direction, towards the European Union, and in a downward one, towards territorial governments. This disarticulation concerns both the economic role and the normative authority of the State, two crucial functions for social rights, the protection of which requires both economic action by the State (state intervention and performance in the economy) and normative action (the attribution of rights and obligations in relationships between private parties). The constitutional tension also concerns values: the constitutive principles of the European Union highlight the central role of

the market with respect to social rights, which in the Italian Constitution are not subordinate to economic freedoms (a different value being attributed to the “possible and reasonable” reservation, i.e. the limits of the financial resources of the State as a measure of the achievement of social rights).

3. The juridical profile of the right to work as enshrined in the Constitution

The fact that the right to work is enshrined in the Constitution is in itself something to be “taken seriously”. To do so, however, it is necessary to remove the sediment of a debate excessively polarised around the alternative models of a planned economy (oriented towards safeguarding the right to work) and a market economy (oriented towards accumulating and increasing productivity) and update its juridical profile in the constitutional system.

It is inevitable to state, albeit in a summary fashion, certain interpretative options, in part taken from the wealth of comments made on the issue, and in part provoked by evolution of the (material) economic constitution.

a) First of all, the right to work laid down by the first clause and the duty of working by the second have different objects. The right to work enshrined in the first clause means work in a historical and social sense, the remunerated use of personal activity (even though recent trends suggest adding, not necessarily in the traditional form of subordinate, permanent employment). Viewed in this sense, work is firmly collocated in the sphere of the economy. The duty of working laid down by the second clause, on the other hand, concerns any activity that is useful to society: it does not qualify the nature and purposes of the activity and above all does not imply any connection with the economic sphere.

b) Article 4 contains a social right and a social freedom. The freedom is that choice of a form of employment cannot be imposed from the outside. The social right, however, does not represent a claim on the state. The very structure of the norm suggests a distinction between the right to work that the Republic “recognises” to citizens and the commitment to “promote the conditions which will make it effective”. In short, the right to work does not boil down to employment policies but has a nucleus that can be enjoyed by all citizens, irrespective of employment policy.

c) The right citizens enjoy by the first clause of Article 4 is the right to work, that is, to access and maintain a job without being subject to unlawful or discriminatory interference on the part of the state or private individuals. In this sense, as the right to have a job, the right to work is a personal right enjoyed by the “social individual”. It is not the same as the right to obtain a job via state intervention nor does it guarantee job stability. Legislation can obviously progress in this direction, variously graduating levels of protection, as has happened up to now. But the right to work, as a right enjoyed by the “social individual”, irrespective of the policies needed to make it effective by increasing job opportunities, consists of guaranteeing formal and substantial equality between individuals within the limits of the amount of jobs available, an equality that means balanced competition between people and protection against unlawful action linked to personal qualities, both in the labour market and in the workplace. This equality with respect to the amount of work available (the equal right to work) surely requires general legislation regarding dismissals, preventing abuse of authority on the part of employers, like the legislation in force in Italy since 1990 (but not necessarily the remedy of reinstatement, as the legislator’s task is to

indicate the level of effectiveness of the remedies provided); it justifies specific anti-discrimination measures concerning both access to and maintenance of employment, as well as measures for selective re-balancing via positive action; in certain labour market conditions, it also justifies imposing measures on the demand side. Finally, it justifies measures that are at one and the same time of a limiting and promoting nature, such as compulsory education or vocational training until the age of eighteen which, although mainly affecting the state, also affect relationships between private parties and provide a concrete basis for the attempt to rebalance the points of departure regarding work.

d) As far as the “claim to” is concerned, achievement of the conditions that will make the right to work effective, i.e. work and employment policies, can be developed in any mixed-economy historical situation accepted by the economic constitution (and so they do not postulate either models of planned economy or the functionalisation of enterprise to social utility) and may take the form of a mixture of intervention by both the supply and the demand sides, before, during and after employment. However, involuntary unemployment (i.e. affecting those who have lost their jobs or those who are in search of their first job) remains constitutionally alarming and immediately configures a subjective position of expectation towards the state (a different position from the one based on Art. 38 of the Constitution, related to social security rights). The State’s response to these expectations does not necessarily have to be in the form of actual provision of State-paid employment. It can take various forms and is not necessarily directed to the single individual: on the demand side, a policy of economic development, possibly territorial, oriented towards the creation of jobs; on the supply side, the provision of benefits and the means and knowledge needed to increase workers’ chances of returning to work. But however varied the response may be, if there is no response, that is, if the State remains inactive, it is failing its duty (which, as Paolo Barile claims, may well lead to a resumption of individual claims and entitle the “abandoned” unemployed to sue the State for damages).

4. The Constitutional right to work and the European Union.

The effect of the process of EU economic-monetary and juridical integration on the right to work as enshrined in the national Constitution is a complex one: in part it is an aspect of a more complex process of transformation of the role of the nation state in the economy, and in part it takes on a specific dimension, at least since employment policy was put on the EU agenda.

The effect of European integration on the role of the state in the economy - a role that is being re-dimensioned as various forms of sovereignty (from monetary sovereignty to market regulation) are transferred to supranational organisms or levels - is felt in different ways.

The first is the rigorous constraints imposed on financial resources, which represent an insuperable limit to any social policy that involves expense. The State can no longer count upon monetary policies and cannot stimulate the national economy by exchange-rate manoeuvres, nor can it rely on monetary tricks such as tolerated inflation or financing of the national debt with currency. In this situation social policies, including employment policies, have to be directly funded by the taxpayer. Who foots the bill, who reaps the benefits, and what the cost-benefit ratio is, are crucial issues in the provision of social rights enshrined in the Constitution such as the right to work (in such a context, the “possible and reasonable” reservation used by the Constitutional Courts takes on a political significance as well as an institutional one).

The second is the rigid Community market regulation principles, which prevent the State from recourse to occult forms of support for employment via state aids for enterprises. The principle of transparency in social expenditure, for example, forbids state financing of unproductive enterprises for the sole purpose of maintaining employment levels (the dominant form of employment policy in Italy, especially the South), considering it to be State aid. But in more general terms, the regime of state aid subordinates employment policies to a careful choice of the means whereby incentives are provided: they must not involve a differential advantage for certain categories of enterprises (which is not always the case in Italy, as demonstrated by the continuous dispute with the European Community, from the promotion of work and training schemes to that of realignment contracts as a way to emerge from black economy).

5. Employment policy in the Amsterdam Treaty and national employment policy

The White Paper on “Growth, Competitiveness and Employment” represents a turning point at least as regards awareness of the dramatic nature, not only at present but also in the future, of unemployment in Europe, its causes and the possible action to defeat it. The political acts came later and although they are not such as to allow the EU to be considered to be the subject of employment policies, which within limits remain the responsibility of the member states, they have given national policies a new character.

The important institutional datum is the insertion in the Amsterdam Treaty of a chapter on employment (Articles 125 – 130). If we add that the Treaty has incorporated the Agreement on social policy, we notice an innovation on the market and monetary-based approach which had been prevalent up to then in Treaties and elsewhere.

The role of the Community is, however, only one of co-ordinating and evaluating the policies of the single member states, and not an active role (even though Art. 127 contemplates support for and possibly integration of the policies of the single states). The aims of Community action are not recognition of the right to work but the promotion of a “competent, qualified, adaptable workforce and labour markets that are capable of responding to economic change” (even though the Community “contributes towards a high level of employment”): a prospect which is more generic and less prescriptive than Art. 4 of the Italian Constitution.

However, the procedures whereby the Community performs its task of co-ordination not only stimulate national policies but also favour convergence. In short, they require the Commission and Council to establish each year “the orientations to be taken into account by Member States in their respective employment policies”; each Member State to transmit a report on the measures taken to comply with the Community orientations; the Council to perform an annual review of implementation of the Member States’ policies in the light of the orientations deliberated; and finally the possibility for the Council to address majority recommendations to Member States.

The national plan of action for employment (Nap, to use the Anglo-Saxon acronym) is the significant part of this process from the point of view of the Member States. Dispositions for verification of the quality and effective implementation of these plans, which are based on cross-checks between States and the identification of good national practice to be used as a comparison parameter, as well as the drafting of quantitative and performance indicators that are beginning to make policies and their effects measurable, have rendered the experience of co-ordination important,

despite its lack of any legal cogency. What is above all important, at a political level, is the reciprocal collective judgement to which Member States are submitted, through Council evaluation of the contents and effective implementation of the national plans.

The experience gained so far provides indications of the features of Community employment policy.

a) The basic inspiration, stated in Art. 125, is that of employment policies focusing on the supply of labour, promoting qualification and adaptability in the workforce and the efficiency of labour markets. The other pillar, i.e. development policies capable of creating employment, is absent or at least remains in the shadow (but was present in the White Paper by Delors in the form of a broad programme of investment in European networks and communication systems).

b) Given this basic inspiration, the experience of the last few years has shown that Community guidelines on employment have adopted a different approach, even though it is by no means incompatible with that of Art. 4. The European ideal is a more active society but not necessarily a society of workers. This means that the development of small and medium enterprises, which are closer to individuals than to capital, is considered to be an employment-related objective in itself. As far as the rest is concerned, however, judging by the employment guidelines expressed in 1999 (Council Resolution of 22nd February 1999), the Community appears to be driving national policies in the direction covered by Art. 4 of the Constitution.

Let us take a brief look at the 1999 Guidelines. They include improving employability, focusing on critical areas such as school-leavers and the long-term unemployed, and at the same time “opening” the labour market up to unfairly treated groups such as the disabled; establishing favourable conditions for the creation of additional employment in expanding sectors such as the service industries and new technologies; modernising the organisation of the labour market and introducing the flexibility needed to make both enterprises and workers more adaptable to market conditions, via methods including flexible contracts, thus increasing competitiveness; strengthening equal opportunities policies by adopting in all employment policies an approach based on gender integration, i.e. on an objective situation which needs correcting, in which women encounter greater difficulties than men in career and job opportunities, reconciling work and family commitments, and returning to work.

6. The right to work, labour law and the European Union.

To conclude, taking the Constitutional right to work seriously implies awareness of three points that emerge from the process described above.

a) The new role of state powers in the economy, in which the EU occupies a central position, robs the constitutional powers of the Italian State of many of the methods used up to now to implement policies for economic growth and promoting employment, which focused on the aggregate demand. This does not mean removing the constitutional constraint placed on the state. Italy will have to achieve its constitutional objectives *uti socius* in the EU context rather than *uti singulus*, because this involves the voluntary limitation of national sovereignty implicit in EU membership. The issue remains open: the recent joint statement agreed by Italy and France on employment policies, which confirms the need for growth-stimulating action at a macroeconomic level to be accompanied by microeconomic measures affecting the structure and functioning of

the labour market, are at the centre of current discussion between Member State governments and the Union.

b) The economic dynamic generated by economic and monetary integration exposes Italy more than other European countries to “domestic” risks due to its delay in updating labour law and the welfare system as compared with other countries. In Italy, the labour protection and welfare systems still focus heavily on safeguarding the employed and compensating those who lose their jobs (which generates a rigid but increasingly dual labour market and an expensive, inefficient, and unfair system of income support). This is proved by a worrying fact: the distribution of unemployment by age groups, which for adults is below average as compared with that of the best European countries and is mostly concentrated in the younger age groups. It is evident that unemployment in Italy conceals a generation gap.

c) Unemployment in Italy is also linked to the critical economic and social situation in southern regions, where it is highest. The creation of favourable conditions for investment via territorial pacts and the so-called “contratti d’area” is essential. Another contribution is made by regularisation of hidden economy workers and processes of contractual realignment, at least in the sense of restoring legality which is an incentive in itself. European labour market discipline and the principle of transparency in social expenditure, on the other hand, prevent the implementation of policies providing differentiated support to enterprises by geographical area. But they do not prevent us from concentrating services and resources on people who, given their territorial context and the high unemployment rate existing there, encounter greater difficulty in finding a job, and from selectively improving their employability, to use the current term, by means of extraordinary measures focusing on training, orientation and re-qualification.

7. The right to work from “having” to “being”.

In the European society being planned, the right to work preserves and loses something at the same time.

It preserves its link with growth, i.e. with a not merely monetary and/or financial vision of an increase in the productivity of the economic system and thus of wealth. Whereas the connection between growth and employment lay in things in the Fordist industrial society, in the society developing now it is a field for political rather than monetary choices. The fact is that these choices are not, or are only partly, in the hands of the constitutional powers of the Member States. But our State, and it is worthwhile remembering this, has enshrined the right to work in the Constitution, thus removing from the legislative and political discretion of constitutional powers any decision, if not as to how then certainly as to whether to create “conditions which make it effective”.

The right to work also loses something of its dense historical connotations: the heavy orientation towards “having” (stability of work, uniformity of jobs). Having work, i.e. a job, with the guarantee of stability and the accompanying qualification-based status, are historical derivations of the right to work but go beyond the essential current nucleus of the protection provided by the constitution, not least because they refer to a rigid, uniform, lasting model of enterprise and labour organisation that is in decline. Although it maintains its axiological and prescriptive valency, the right to work, both as an expectation and as the right to have a job, seems to be shifting its centre of gravity towards the “being” or person. When we speak of employability, when we stress the

indispensability of ensuring those looking for a job or trying to keep one of equal starting points but not finishing lines; when we indicate strategies to support the worker in the labour market as the best that the microeconomic approach can do in areas where unemployment rates are high (it being understood that jobs are not created without development); finally, when we denounce the compensatory nature of our welfare system and the almost complete absence of universal income support oriented towards favouring re-allocation in the world of work and not State-supported self-exclusion by those categories who enjoy social security benefits, then we are “taking the right to work seriously”, as a constitutional guarantee for the “social individual”, but updating it as a guarantee of being rather than having.

Decentralised Social Pacts, Trade unions and collective bargaining (how Labour Law is changing)*

Bruno Caruso

1. Introduction.	10
2. Regulation via social pacts: the various levels.	11
3. Social partnership at the plant and territorial level.	14
4. Are pacts for employment and competitiveness (PEC) a new model of collective bargaining?	15
4.1 The contents: the diversification of standard labour rules via PECs.	19
4.2 Transformation of the function of the law: from supporting to orienting collective bargaining.	22
5. Are the main partners in PECs new?	23
6. Territorial Employment Pacts vs. Pacts for Employment and Competitiveness: how they differ.	25
7. Territorial pacts and internal/external labour market policies.	28
8. Effects of the spread of Territorial Employment Pacts.	31
9. Conclusion.	36

* Previously published as WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 2/2002

1. Introduction.

The focus of this essay is the variegated phenomenon of social pacts, a term currently used to refer to a range of widely differing practices involving different places (the firm, the territory, the State), but that derive from the same inspiration or strategy which, for lack of a more evocative term, can be defined as partnership. The spread of practices based on the concept of partnership is such that in the meta-language of European Community institutions the term is gradually replacing what was once referred to by the glorious expression "social dialogue"¹.

The analysis that follows will deliberately gloss over agreements at a macro level, that is, the national-level social pacts (social pacts in the real sense according to the terminology of the European Foundation) that spread throughout Europe in the 1990s (above all in Italy, Spain, Greece, Finland, Holland, Portugal and Ireland) and, towards the end of the second millennium, even proposed, albeit on as yet weak grounds, in a refractory country like the UK². The focus of the paper

¹ The Community document in which clear reference is made to partnership is "Commission of the European Communities, Green Paper - Partnership for a new organisation of work", COM (97) 128 Final (April 1997). In important previous documents the predominant reference is to social dialogue, v. "Commission of the European Communities, Green Paper – European Social Policy - Options for the Union", COM (93) 551 Final (November 1993) at 71-75 § IIIC5, despite a far-sighted reference to the setting up of networks and partnerships as an alternative to legislation in the process of evolution towards globalism *Id.* at 82-84, § IIIC9; and above all the 1994 White Paper, "Commission of the European Communities, European Social Policy – A Way Forward for the Union – A White Paper", COM (94) 333 Final (July 1994), part A at 55-58 § VIII, part B at 15-17 § 78-85. For references to social dialogue, see also "Commission of the European Communities, Commission Communication concerning the Development of the Social Dialogue at Community level", COM (96) 448 Final (September 1996); European Parliament, Resolution on the Commission communication concerning the development of the social dialogue in "European dialogue at Community level", O.J. C 286/338 (1997). Starting with the Green Paper quoted above, there has been an increasing number of documents in which reference to partnership is prevalent, cf. "European Parliament, Resolution on the Commission Green Paper 'Partnership for a new organization of work'", O.J. C 14/34 (1998); Economic and Social Committee, Opinion on 'Cooperation with charitable associations as economic and social partners in the field of social welfare', O.J. C 73/92 (1998); Economic and Social Committee, Opinion on the 'Green Paper - Partnership for a new organization of work', O.J. C 73/122 (1998); Commission of the European Communities, "Communication from the Commission - Social action programme (1998-2000)", COM (98) 259 Final (April 1998) at 5 § III; Commission of the European Communities, "Communication from the Commission adapting and promoting the social dialogue at Community level", COM (98) 322 Final (May 1998) at 19-21 § 6.2-6.4; Commission of the European Communities, Commission discussion paper 'The Commission and non-governmental organisations: building a strong partnership', COM (2000) 11 Final (January 2000). Reference to partnership is also to be found in official speeches made by authoritative members of the Commission: "Social Partnership in Action", Speech by Commissioner Padraig Flynn, Leicester, 10.9.1998, <http://europa.eu.int/comm/dgs/employment_social/speeches/980910pf.html>; "European social model - social dialogue; New challenges: Global economy, enlargement", Address by Allan Larsson, Director General - DG Employment and Social Affairs, Austrian Presidency Conference, Vienna, 9-10.11.1998, <http://europa.eu.int/comm/dgs/employment_social/speeches/981110al.html>; "Cooperative modernisation: role of the social partners", Address by Allan Larsson, Director General - DG Employment and Social Affairs, Hans Bockler and Bertelsmann Foundations and ETUI, Brussels, 28.4.1999, <http://europa.eu.int/comm/dgs/employment_social/speeches/990428al.html>; "Modernisation of Europe and the role of social partners", Speech by Allan Larsson, Director General - DG Employment and Social Affairs, Presidency Conference on the Social Dialogue, Helsinki, 2.11.1999, <http://www.europa.eu.int/comm/dgs/employment_social/speeches/991102al.pdf>; "The Social Partners and the modernisation of work organisation", Speech by Allan Larsson, Director General - DG Employment and Social Affairs, Conference on the Future of Workers' Co-determination in the Netherlands in a European context, The Hague, 6.4.2000, <http://www.europa.eu.int/comm/dgs/employment_social/speeches/000406al.pdf>.

² There is a vast amount of literature regarding social pacts and it in part coincides with that on social concertation: the reader is referred to G. Fertag and P. Pochet (eds.), *Social Pacts in Europe - New Dynamics*, ETUI/OSE, 2000; for slight hints at hypotheses of concertation in legislative processes in the UK, above all due to the necessity of adapting to Community directives, for example as regards working hours, see W. Brown, "Putting Partnership into Practice in Britain", *BJIR*, vol. 38, n. 2, 2000, pp. 299-316. G. Ricci "L'orario di lavoro in Gran Bretagna", to be published in B. Caruso – R. De Luca Tamajo (eds.), *Il diritto del lavoro nell'Unione Europea. Francia, Germania, Gran Bretagna, Spagna*, Vol II, *Regimi di orario e lavori atipici*, ESI, 2001. A more marked trend towards new

will be on the meso and micro levels (regional or local as far as territory is concerned, sector or plant level as regards the traditional workplace).

At these levels, innovations in practices based on the concept of partnership and their impact on labour law and industrial relations systems seem to be more significant and represent an aspect on which little light has as yet been shed³.

More specifically, the attempt will be to show that, terminological uncertainty apart, the “social partnership” or social pact label is often a blanket term used to refer to widely differing practices presenting varying degrees of innovation as compared with traditional bilateral contractual relationships at the plant or industry-wide level.

Following an analysis of the diversity of partnership practices that are common in Europe, the final part of the essay will give indications of a number of new research prospects that suggest themselves to labour law scholars who wish to investigate their impact on conventional contractual relationships and traditional models of trade union representation. They also end up by touching a problem that is an old but still topical one for labour law scholars: the complex framework of the sources of the discipline and the mutual relationships between the various regulatory subsystems.

2. Regulation via social pacts: the various levels.

In the Commission’s first report on industrial relations the philosophy of concertation (and models of governance based on social partnership) are explicitly recognised as a “strategic” regulatory initiative in the era of globalisation⁴.

From the launch of a common European employment policy (Council of Essen, 1994)⁵ up to the above-mentioned report, the Commission made constant reference to regulation via partnership, a concept poised somewhere between a prescriptive indication issued to governments and social partners and recognition of actual models based on this strategy operating in various guises throughout Europe.

That social partnership has become a model towards which the various European national systems are uniformly converging, and which above all represents a response in terms of domestic stability, is, however, a hypothesis about which several doubts have been expressed⁶.

practices based on partnership in public authorities has been seen above all since the Labour Party came to power; cf. I. Roper, “Quality management and Trade Union in local services”, *ER*, vol. 22, n. 5, 2000 pp.442-466; also N. Heaton, B. Mason, J. Morgan, “Trade unions and partnership in the health service” *ER*, vol. 22, n. 4, 2000, pp. 315-333.

³ See H. Collins, “Regulating the Employment Relation for Competitiveness” in *ILJ*, vol. 30, issue 1, 2001, 49-71; A. Hyde, “Employee Identity Caucuses in Silicon Valley: Can they Transcend the Boundaries of the Firm?”, in *LLJ*, August 1997, 491-97; K.V.V. Stone, “Employment Regulation in a Boundaryless Workplace”, paper presented at V Intell Conference, Toronto, September 2000.

⁴ COM(2000) 113 final REPORT, Industrial relations in Europe – 2000, p. 7.

⁵ For a recent reconstruction of Community employment policies, see M. Barbera, *Dopo Amsterdam. I nuovi confini del diritto sociale comunitario*, Brescia, PIE, 2000, pp. 101 ff.

⁶ See M. Regini, “Social pacts in the EC Report on Industrial Relations in Europe”, in this volume. Id., “Between Deregulation and Social pacts: The Responses of European Economies to Globalisation”, *P&S*, Vol. 28, March 2000, 5-33.

It appears clear, however, that of the basic regulation strategies – regulation via the state (of a hierarchic or political nature) where the State structures conflicts, distributes resources and coordinates groups and activities, market-controlled regulation, and regulation via co-operation/reciprocity based on values, norms and identities, including agreements between large interest groups⁷ – the Community has definitely decided to promote the latter.

The choice does not appear to have been made by chance: it is strategically consistent with the European social model of Neo-voluntarism⁸, which is considered to be the most adequate response to the pressure of global competition and the need for the functional specialisation of production systems⁹. It is also in line with domestic trends in national systems towards new forms of concertation as an alternative to the neo-corporative practices of the 80s¹⁰, practices based on organised decentralisation¹¹ in which the method of concertation is shifted from the centre to the periphery, in terms of both territory and enterprise, where regulation has a greater freedom of movement but still remains within the framework of objectives laid out by central authorities¹².

It seems, however, appropriate to analyse the phenomenon from different angles.

Although regulation via social pacts is a phenomenon that has spread throughout Europe, it is important to stress that it reflects converging but different trends.

With reference to the *traditional system of industrial relations* of the bilateral kind, the spread of social pacts in Europe is authoritatively viewed¹³ as being a symptom, perhaps the most evident one, of a readjustment of industrial relations in co-operative terms in order to cope with the pressure of international competition: an endogenous response to the system of industrial relations made by social partners to face external constraints and tension, a readjustment of industrial relations with the aim of achieving *competitive* and *productive* advantage and not a *protective* and *re-distributive* trend¹⁴.

With reference to the *institutional sphere* of relations between public actors and the system of industrial relations (at a national level), the rise of social pacts represents something else if not something different: according to the typology of state intervention in industrial relations and the

⁷ P. La Galès, "La nuova *political economy* delle città e delle regioni", *S&M*, n. 52, April 1998, p. 58.

⁸ W. Streeck, "Neo-voluntarism: A New European Social Policy Regime?", *ELJ*, Vol. 1, n.1, pp. 31-59.

⁹ F. Traxler, "The logic of Social Pacts" in G. Fajertag and P. Pochet, *Social Pacts in Europe*, Brussels, ETUI, 1997, p. 29. F. Traxler and B. Woitech, "Transnational Investment and National Labour Market Regimes: A case of 'Regime Shopping' ", *EJIR*, vol. 6, n., 2000, pp. 141-159. C. Crouch, "The Globalised Economy: An End to the Age of Industrial Citizenship" in T. Wihthagen (ed.) *Advancing theory in labour law and industrial relations in a global context*, 1998, Amsterdam; North Holland.

¹⁰ M. Regini, "Between deregulation", cit. in n. 6; J. Visser, "Two Cheers for Corporatism, One for the Market: Industrial Relations, Wage Moderation and Job Growth in the Netherlands", *BJIR*, v. 36, n. 2, June 1998, pp. 262-292.

¹¹ F. Traxler, "Farewell to Labour Market Associations? Organised versus Disorganised Decentralisation as a Map for Industrial Relations", in C. Crouch and F. Traxler, *Organised Industrial Relations in Europe: What Future?* Aldershot, Avebury, 1995. P. Margisson and K. Sisson, "European Collective Bargaining: A Virtual Prospect?", *JCMS*, vol. 36, n. 4, p. 511 ff.

¹² G. Fajertag and P. Pochet, *Social Pacts in Europe*, cit. in n. 2. Chapter 1; also P. Pochet, "Les pactes sociaux dans le années 1990", *ST*, n. 2, 1998, pp. 173-190.

¹³ Here again there is a large amount of literature. See P. Cappelli, *The New Deal at Work*, Boston, Harvard, Business School Press, 1999. H. C. Katz and O. Darbishire, *Converging Divergences, Worldwide Changes in Employment Systems*, Ithaca, ILR Press, 2000; S.J. Frenkel – M. Korczynski- K. A. Shire – M. Tam, *On the Front Line, Organization of Work in the Information Economy*, Ithaca and London, ILR Press., 1999.

¹⁴ W. Streeck, "Il modello sociale europeo: dalla redistribuzione alla solidarietà competitiva", *SM*, n.59, 2000, p. 13.

labour market proposed by Cella and Bordogna¹⁵, the logic behind social pacts is no longer that of promoting industrial relations (and interest groups), but correcting and defining the objectives of the collective bargaining systems and the practices of the actors involved, in relation to internal and external economic and budget constraints: thus a consensual, not directly regulatory, definition and/or correction of objectives, without the exchange of political advantages and resources that was typical of concertation settlements in the 80s, based on the philosophy of redistribution in which the participants were rewarded with institutional accreditation and legitimacy¹⁶.

Lastly, with reference to the (*supranational*) *sphere of the European social model*, the promotion of territorial social pacts, which accompanies the attempt to govern institutional social policies launched in Maastricht, is one of the most significant tools, and at the same time one of the symptoms, of the polycentric and horizontal, rather than hierarchical and vertical, Europeanisation of social systems. This polycentric Europeanisation would appear to represent an alternative to the birth of a unified European social model, that is, a strategy of co-ordination rather than harmonisation of national diversities¹⁷.

In this strategy, the organised decentralisation of industrial relations, and above all their territorial organisation by means of second-generation social pacts, bring new protagonists to the forefront (local actors, even of an institutional nature such as chambers of commerce, universities, autonomous local bodies, interest groups and environmental protection groups), as well as regulatory strategies and techniques. The latter, although new, always reproduce parts of past strategies due to a peculiar mechanism of “self-referential resistance” that old systems possess¹⁸.

Empirical research anyway does not confirm the systematic prevalence of new post-Fordist industrial relations based on partnership over the old model based on conflictual relations oriented towards the redistribution of productivity at the plant level¹⁹. However, their experimental relevance and introduction in several Continental European countries stress their value as a significant trend, signalling a possible transition towards new industrial relations which justifies an analysis of their innovative features.

Finally, it should be added that the phenomena of diversification and specialisation facing modern economies (industrial districts, niche enterprise and production, regional and sectorial economic vocations) and the consequent deregulation processes will probably strengthen the process of “converging divergences”²⁰ of industrial relations systems (that is, the convergence and, at the same time, internal diversification, of national systems).

¹⁵ L. Bordogna and G.P. Cella, “Admission, exclusion, correction: the changing role of the state in industrial relations”, *Transfer*, 1-2, 1999, p. 21 ff. In general see also F. Traxler, “The state in industrial relations: A cross-national analysis of developments and socio-economic effects”, *EJPR*, vol. 36, 1999, pp. 55-85.

¹⁶ With reference to Italy, see M. Regini “Le implicazioni teoriche della concertazione italiana” *GDLRI*, n.72, 1996, pp. 729-743.

¹⁷ W. Streeck, “Il modello europeo” cit. in n. 13, p. 11.

¹⁸ G. Sapelli, “Le relazioni industriali europee: riflessioni sulle linee di tendenze per l’elaborazione di uno schema interpretativo”, manuscript to be published, 2000, p. 6; W. K. Roche, “The End of New Industrial Relations?”, *EJIR*, vol. 6, n. 3, 2000, pp. 261-282; in general about the ‘false novelty’ of flexible work, R. Sennet, *The corrosion of character. The personal consequences of Work in the New Capitalism*, New York - London, Norton & Company, 1999.

¹⁹ In this sense, see above all W.K. Roche, “The End of New Industrial Relations?”, cit. in n.18.

²⁰ H. C. Katz and O. Darbshire, *Converging Divergences*, cit. in n. 13; P. Margisson and K. Sisson, “European Collective Bargaining”, cit. in n. 11.

As a consequence, the “contingent”²¹ spread of partnership agreements within the various national systems will favour (or will very probably become the main instrument of) internal diversification in systems of industrial relations, affecting national regulatory uniformity represented by the two pillars of labour law: labour law legislation which generally cannot be derogated and standard national agreements, which are likely to become more varied and diversified in proportion to their inherent binding effect, depending on the domestic political and institutional situation.

It seems quite plausible, in fact, to posit a direct correlation between the de-regulatory and re-regulatory capacity of social pacts (and their spread) and institutional reform in national states in the direction of federalism, accompanied by processes of decentralisation of the systems of contractual relations.

3. Social partnership at the plant and territorial level.

If this is the general trend, however, theoretical studies and empirical investigations into social pacts would seem to point to a need for definition, so as to distinguish between what is really new in this new concept of “social partnership” and what amounts to *déjà vu*.

It is, however, obviously not only a problem of definition: for labour law scholars dealing with social pacts as related to legal norms and the institutional actors involved, the need to distinguish between typologies and models is necessary and heuristically profitable in the attempt to follow the tortuous, and at times highly refined, paths taken by regulatory diversification and systemic complexity.

In studies on industrial relations it also appears necessary to distinguish between the various models of social pacts, not only to focalise observation of this social phenomenon, but also to gain a clearer understanding of the regulatory strategies in various national contexts, in relation to the role of the state and other public actors²².

So, focusing on social pacts at an intermediate and local level there seems to be a clear distinction, even on the terminological plane, between *Territorial Employment Pacts* (henceforward referred to as TEPs) and *Pacts for Employment and Competitiveness* (PECs)²³. From a functional viewpoint both aim to use the method of concertation for the controlled introduction of various forms of microeconomic flexibility in both the internal and external labour markets. On the regulatory plane, both seem to result in de-standardisation and a consequent regulatory differentiation.

Both types of pact therefore re-propose an updated version of social partnership with a common objective: how to reconcile competitiveness on the part of entrepreneurial and territorial systems with the right to work, seen as security and stability for workers in a context of greater mobility and flexibility, and as an increase in job opportunities for the weaker social groups (the long-term unemployed, the young, women, immigrants, etc.). Both follow the three guiding principles of

²¹ W. K. Roche “The End of New Industrial Relations?”, cit. in n. 18, 275 –6.

²² M. Regini “Social pacts”, cit. in n. 6. L. Bordogna and G.P. Cella, “Admission, exclusion, correction”, cit. in n. 15.

²³ See the documents of the European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions: K. Sisson and A. Martin Articles “Handling Restructuring Collective Agreements on Employment and Competitiveness”, Dublin 2000; S. Zagelmeyer “Innovative Agreements on Employment and Competitiveness in the European Union and Norway, Dublin, 2000. K. Sisson, J. Freyssinet, H. Krieger, K. O’Kelly. C. Schnabel, H. Sefert, “Pacts for Employment and Competitiveness Concepts and Issues”, Dublin 1999.

the social and economic policy in post-Fordist economies, at least in its European version: flexibility, competitiveness, and job security.

However, besides these common macro-objectives the two types of pact seem to present different dynamics as regards the logic of the action of the actors involved; and equally different are the problems they raise regarding their relationship with the system regulating employment relationships, in both contractual and legislative terms.

4. Are pacts for employment and competitiveness (PEC) a new model of collective bargaining?

In the form outlined in a study by the European Foundation²⁴, Pacts for Employment and Competitiveness reflect well-known institutional dynamics, such that it appears at times difficult to make out, as far as the actors and contents are concerned, how this model of collaborative non-adversarial bargaining differs from the concession and/or solidarity-based bargaining that was introduced as an absolute novelty in the 80s, at a time when big companies were restructuring the Fordist organisation of work and job design²⁵.

According to the authors of the European Foundation study, however, PECs differ from the concession bargaining typical of the 80s in two ways: the disappearance of the unilateral nature of the exchange²⁶ and the compensation they offer in terms of employment opportunities or improvements in job quality (safeguarding and at times increasing existing employment, protecting weak groups such as the young, women and the long-term unemployed, and introducing vocational and in-service training schemes).

However, this distinguishing feature seems in many respects to be disputable: only if the American notion²⁷ of concession bargaining is assumed is it possible to speak of innovation. If the only innovative element as compared with the concession bargaining of the 80s were the introduction of bilateral, reciprocal exchange instead of the unilateral nature of trade union concessions, it would not, in the ultimate analysis, amount to much. As the Foundation report acknowledges, the European model of concession negotiation in the 80s contemplated types of contract in which there was always an element of compensatory exchange (for example, forgoing acquired or future benefits in exchange for an increase in employment, and above all a reduction in or freeze on collective dismissals)²⁸. If we exclude Great Britain, merely unilateral concession bargaining was seldom present in Europe.

²⁴ Besides the research carried out by the European Dublin Foundation referred to in n. 23, cf. H. Krieger, "A Vote of Confidence for Collective Bargaining in Europe: New Developments in Company Level Employment Pacts" in this volume; EIRO *Annual Review 1999*, Dublin, 2000. A. Ferner & R. Hyman (eds.), *Changing Industrial Relations in Europe*, Oxford, Blackwell, 1998.

²⁵ K. Sisson and A. Martin Artiles "Handling Restructuring Collective Agreements on Employment and Competitiveness" op. cit. in n. 23, p. 6.

²⁶ The concession bargaining that spread in the USA in the '80s was substantially trade union ratification of unilateral management decisions; cf. P. Cappelli, "Plant Level Concession Bargaining, *ILRR*, vol.38, n. 3, 1985, pp. 90 ss.; P. Cappelli – R.B. McKersie, "Labor and the Crisis in Collective Bargaining", in *Challenges and Choices facing American Labor*, edited by T.A. Kochan, Cambridge, The MIT Press, 1985.

²⁷ Giving up acquired advantages in exchange for job protection is an element of the notion of concession bargaining inserted in the *European Employment and Industrial Relations Glossary: France*, edited by A. Lyon, Caen, London, Sweet & Maxwell, n. 524.

²⁸ For the Italian experience, see B. Caruso, *Rappresentanza sindacale e consenso*, Milano, Angeli, 1992, pp. 153 ff.

It appears evident from the Foundation study, however, that PECs are of great strategic importance; unlike the concession bargaining of the 80s, they do not seem to be a contingent, defensive response to occupational and organisational upheavals caused by the conversion and restructuring of large Tayloristic firms or to the constraints of “the management of uncertainty”²⁹.

On the contrary, PECs seem to introduce a model of industrial relations that is structurally more stable and far-sighted, based on partnership in which the pacts do not lay down regulations governing employment but rather construct a network of institutions and processes that are capable of continually adapting pre-existing rules and introducing new, shared ones that allow for the flexible management of labour oriented towards a common goal of increasing competitiveness, reducing costs and protecting employment and job quality.

Given their specific functional characteristics, PECs therefore signal a trend towards transformation of industrial relations systems with reference to the logic, structure and contents of traditional collective bargaining of the distributive or acquisitive kind; at this stage, however, the transformation does not seem to entail a radical upheaval of the conventional system of industrial relations (and rules)³⁰. On the contrary, PECs would appear to go alongside traditional collective agreements and not necessarily replace them, with a view to integrating the system but with different objectives.

It is quite clear, however, that PECs represent a distinct difference as compared with a period dominated by essentially distributive bargaining, for at least three reasons which are summarised below.

A) The first reason refers to their main *contents* and the *more steadily co-operative and less conflictual role of trade unions and work councils*: PECs concentrate on the idea of competitiveness and production efficiency based on a philosophy of great collaboration between management, workers and their representatives in view of future benefits instead of the conflictual distribution of productivity results already achieved. In terms of industrial relations theory, this is equivalent to passing from zero-sum distributive bargaining to positive-sum integrative bargaining in which all the actors involved will benefit by the advantages typical of micro-concertation protecting the interests of each component inside the enterprise (labour and managerial technocracy), perhaps in conflict with similar but opposing external interests (in the case of large multinational companies or groups of firms, for example, competition could arise between units belonging to the same group)³¹.

B) The second reason typically refers to *managerial strategies*: in these contractual practices management would take on an increasingly prominent role, no longer being subject to trade union demands as it was under distributive bargaining, but taking a more active part in the dialogue.

²⁹ W. Streeck “The uncertainties of management in the management of uncertainty: employers, labour relations and industrial adjustment in the 1980s”, Berlin: Wissenschaftszentrum, 1986.

³⁰ H. Krieger, “A Vote of Confidence for Collective Bargaining in Europe ...” op. cit. in n. 24, p. 13, for data on the spread of PECs.

³¹ K. Sisson, J. Freyssinet, H. Krieger, K. O’Kelly, C. Schnabel, H. Sefert, “Pacts for Employment and Competitiveness Concepts and Issues”, op. cit. in n. 23, pp. 36-37; K. Sisson and A. Martin Artiles “Handling Restructuring Collective Agreements on Employment and Competitiveness” op. cit. in n. 23, p. 7.

This further innovative aspect is directly connected with the organisational transformations affecting enterprise, especially larger companies, due to divisionalisation, the provision of autonomous budgets for peripheral units, or overseas units in the case of multinational companies, and the decentralisation of operations³², with the assumption of a management philosophy based on management *by performance* rather than *by task*. All this implies the possibility of splitting up the models of industrial relations in the various sectors involved and the various production units of groups of firms or multinational companies, as well as greater management autonomy: management would no longer be homogeneous throughout a big company, but by virtuous use of human resources and relations with trade unions and workers' representatives would contribute to the possibility of success in "internal competition".

C) The third reason refers to the *role of public actors* in industrial relations. In this respect, PECs represent, in general, a trend towards the pursuing of public employment policies through bilateral negotiation (collective private autonomy), a policy which was not unknown in Italy in the 80s³³.

In the case of PECs (unlike territorial employment pacts, see *infra*) the role of the public actors involved seems, however, to be more "reactive" than "active", that is, focusing more on reacting to and conditioning proposals, inclinations and aims coming from the social partners, than on imposing their own³⁴. The role of many public authorities, in fact, is confined to that of "selectively policing" the financial incentives to be distributed and acting as a "hidden supporter", external to pacts aiming at increasing competitiveness and protecting employment. The European Foundation study summarises the functions of public actors in PECs by referring to them as *monitors* of the effectively co-operative nature of the agreements, as "honest brokers" ensuring that the agreements are drawn up through the normal public mediation channels (for example, ANACT - *Agence Nationale pour l'Amelioration des Conditions du Travail* - in France, and ACAS in the UK) and as financing measures to facilitate PECs, to create a favourable context for the negotiation process.

In short, this new model of collective bargaining differs from the traditional one in that it aims at increasing a company's competitiveness, seen as an objective common to all those taking part in the agreement (including workers' representatives), a common objective that affects its contents, the dynamic of relations between the actors, and the regulatory mechanisms.

It therefore seems evident that the significance of PECs goes beyond the fact that it is in harmony with the aims of work organisation and production in the post-Fordist era.

It is, in fact, possible to identify further innovative elements of a more fundamental importance, relating to both 1) the overall transformation of industrial relations and 2) the traditional labour law regulation mechanisms.

³² In general, cf. H. Collins, "Flexibility and Empowerment", in T. Wilthagen (ed.) *Advancing theory in labour law and industrial relations in a global context*, Amsterdam, North Holland, 1998, pp. 120 ff.

³³ See M. D'Antona, "Pubblici poteri nel mercato del lavoro, amministrazioni e contrattazione collettiva nella legislazione recente" (1987) now in *Massimo D'Antona Opere*, edited by B. Caruso and S. Sciarra, Milan, Giuffrè, vol. III, Book 2, pp. 669-736.

³⁴ M.R. Damaska, *I volti della giustizia e del potere*, Bologna, Il Mulino, 1991, pp. 49 ff.

1) As far as the first point is concerned, PECs seem to be able to reconcile what in the current debate regarding the “new industrial relations” appears to many observers to be irreconcilable³⁵: that is, a) on the one hand, legitimisation of collective bargaining as a method of joint regulation of employment relations, which shows an increasing tendency to resemble the participatory approach : thus a single method that goes beyond the tendential dualism between participation and bargaining and the consequent recognition and institutionalisation of the role of trade unions and work councils (where supported by law); b) on the other hand, personnel management methods based on the philosophy of Human Management Relations (HMR), which are normally considered to be incompatible with trade union bargaining in that they come under the unilateral jurisdiction of management.

In other words, the alchemy of PECs lies in their use of the partnership method to insert, within a framework of concerted rules, managerial initiatives that provide for the individual involvement of workers in the organisation of production processes, in sharing the greater productivity and financial wealth resulting from their participation and in the improvement of services offered to internal and external clients and users (above all in the privatised public service sector: airlines, banks, postal services etc.).

2) As far as the effects on labour law are concerned, PECs are the most appropriate instruments to overcome varying degrees of legal and contractual rigidity (depending on the national system concerned) and to base derogation or flexible adaptation of standard rules of employment protection, both legal and conventional, on the mutual consent of those directly involved. This applies both where the statute law explicitly hands the task over to trade unions³⁶ and where it does not explicitly provide for any derogation³⁷. This refers to the specific requirements of local and/or company markets, providing the opportunity to create differentiated regimes on a contractual basis.

It should be pointed out that even in systems where the constraints of statute laws or standard collective agreements do not appear to be so rigid as to force management to have recourse to consensual agreements in order to implement strategies of flexibility, PECs have been introduced because of the disadvantages of potentially conflict-generating unilateral decisions (which are unacceptable given the complexity and rigidity of competitive company planning)³⁸. Besides this, unilateral decisions, not blessed with consensual legitimacy, are not appropriate when human resource management methods aim at a high degree of personnel involvement (team work, performance-related pay, profit-sharing options, ESOPs, investment in professional capabilities, identification with management strategies, etc.).

PECs can thus be considered a response, as far as collective norms are concerned, to the general crisis affecting hard law in an era of globalisation, that does not only affect statutory labour law

³⁵ W. K. Roche, “The End of New Industrial Relations?”, cit. in n. 18. p 268 ff.

³⁶ As happens, for example, in Italy, Sweden or Germany, cf. Sisson and A. Martin Artiles “Handling Restructuring Collective Agreements...” op. cit. in n. 23, p. 61.

³⁷ For the case of the Veneto districts in Italy, see the analysis by M. Contarino, “Concertational and Free-Market Paths To Successful Territorial Economic Adjustment: Labour Unions and Adjustment in the 1990s”, *BJIR*, vol. 36, March, 1998, 27-41.

³⁸ See the analysis of PECs in the UK and Ireland in Sisson and A. Martin Artiles op. cit. in n. 23, p. 61.

as laid down by the state but also conventional labour law: that is, the collectively-negotiated version of the process of deformalisation and soft, flexible specialisation of the law. In this way, in conventional labour law, partnership agreements like PECs allow standard norms to interact with diversification in territorial and internal labour markets, resulting in a diversification of conventional regulatory structures at the plant level governing employment relationships, along completely new lines. What is envisaged is a system of collective negotiation of “opportunities”³⁹: the provision of mechanisms and instruments of co-operation (joint commissions etc.) creates a multiplicity of company-level or sectorial co-operative set-ups that could correspond to a “massive retreat on the part of government and public law regimes” and regulation via standard, general collective agreements that constitute a prelude to a continuous process of future action based on exchange and co-operative collaboration⁴⁰.

The real and potential effects of the development of PECs, not only on traditional models of collective bargaining but also on highly protective labour law systems based on legal and conventional norms that do not allow for derogation, are therefore considerable.

4.1 The contents: the diversification of standard labour rules via PECs.

As far as the specific *contents* of PECs are concerned, this type of contract leads to a functional diversification of the standard rules, as pointed out previously, in relation to the specific requirements of internal markets and external constraints. At a sub-sectorial level, in fact, PECs often alter the *standardising function* of higher-level collective agreements (that is, at the industry, sector or branch level).

As has emerged from the European Foundation study⁴¹, these agreements do not only adapt contractual norms regarding a certain sector or industry to a specific context, but also introduce, albeit within the framework of higher-level norms, a degree of individualisation (and flexibility) of the collective terms, above all as regards working hours and pay,⁴² but also pension plans and profit sharing options⁴³. The aims are different but convergent: greater individual flexibility, adaptation of the individual worker to company requirements, an increase in his/her productivity but also greater involvement in the productive goals of the company.

The same negotiated rules also introduce a completely new role for individual autonomy and contracts: it is as if the collective provision were “committing suicide” to be reborn in the guise

³⁹ Cf. M.R. Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione, diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, Il Mulino, 2000, pp. 57 ff. and 151 ff.

⁴⁰ G. Teubner, *Diritto policontesturale: prospettive giuridiche della pluralizzazione dei mondi sociali*, Napoli, La città del sole, 1999, quoted by Ferrarese in n. 39, p. 151.

⁴¹ K. Sisson and A. Martin Artiles “Handling Restructuring” op. cit. in n. 23, passim.

⁴² For the phenomenon of the de-collectivisation of pay, cf. J. Filella, J. and A. Hegewisch, ‘European Experiments With Pay and Benefits Policies’, in C. Brewster and A. Hegewisch (eds), *Policy and Practice in European Human Resource Management: The Price Waterhouse Cranfield Survey*, London: Routledge, 1994, pp. 89-106. In the USA the effects of pay differentiation are particularly evident, not least due to the prevalent model of industrial relations: cf. P. Cappelli, *The New Deal at Work*, op. cit. in n. 13, pp. 10 and 148 ff. Contrary to the association between new industrial relations and new individual pay schemes is W. K. Roche, “The End of New Industrial Relations?”, op. cit. in n. 19.

⁴³ For examples of such agreements, see the reports of the European Foundation, Dublin, op. cit. in nn. 23 and 24.

of individualised regulation⁴⁴.

The effect of PECs on the relationship between collective regulation and individual employment relationships also shows that through collective agreements it is possible to promote alternative forms of employment (temporary contracts, fixed-term contracts, training contracts, - 'dependent self-employed', i.e. 'parasubordination'), at times overcoming the limits imposed by law (for example, Art. 2094 of the Italian Civil Code). In this case, a collective agreement increases the fragmentation of work in order to enlarge its sphere of jurisdiction (beyond the boundaries of standard permanent employment relationships); but by so doing it jeopardises its traditional function of establishing and regulating a uniform, compact type of standard employment relationship.

Still with regard to their contents, PECs rarely but significantly⁴⁵ also affect the *minimum wage function* of collective agreements at a national or industry-wide level in that, given the rewards in terms of employment or other aims (in Italy, for example, the regularisation of the hidden economy), they establish salaries that are lower than the minimum levels laid down by these agreements or the temporary suspension of already negotiated pay increases, or again diversified adjustments in relation to the size of a company, or even pay increases reserved for certain groups of workers⁴⁶.

On the whole, however, PECs do not aim at reducing labour costs by acting directly on the basic pay, but rather complementary elements (such as overtime and shift indemnities and various other kinds of benefits), or other aspects. More common clauses, for example, refer to starting wages (lower than standard) for young workers taken on under training contracts, where the below-standard pay is only temporary. Another widespread feature is a reduction in working hours and consequently pay.

Besides these effects as regards the contents of individual employment relationships, all PECs have the collective aim of protecting the right to work, normally for insiders and occasionally for outsiders (that is, the maintenance of existing employment rather than an increase)⁴⁷; and thus a recurrent feature is the concertation of measures aiming at strengthening future stability for insiders through the concession of greater functional and organisational flexibility and improvement of professional skills by investing in training schemes: a sort of privatisation of public policy on employability⁴⁸.

⁴⁴ On the new dynamics between collective and individual bargaining, cf. R. Huiskamp, "Diversity of Employment Relations: Collective Bargaining Regenerates (in the Netherlands), but does Industrial Relations Theory?" in T. Wilthagen. (ed.), *Advancing theory in labour law*, op. cit. in n. 32, pp. 143-150.

⁴⁵ H. Krieger, op. cit. in n. 24.

⁴⁶ For an analysis of the abandonment of sector-level contracts in bargaining in Germany, due to the withdrawal of the entrepreneur from the employers' association that originally signed the agreement, cf. R. Dombois, "Verso un nuovo modello nel rapporto di lavoro? L'erosione di normali rapporti di lavoro e le nuove strategie", in *Il lavoro nei paesi d'Europa; un'analisi comparativa*, F. Bianchi and P. Giovannini (eds.), Milano, Angeli, 1999. Also H. Kotthoff, "Work councils and economic restructuring Betriebsräte zwischen Beteiligungsofferten und gnadenlosem Kostensenkungsdiktat" in IRRA, Developing competitiveness and social justice: the interplay between institution and social partners, XI World Congress, Bologna, 1998; R. Bispinck, Reinhard „Deregulierung, Differenzierung und Dezentralisierung des Flächentarifvertrags. Eine Bestandsaufnahme neuer Entwicklungstendenzen der Tarifpolitik" WSI Mitteilungen, vol. 50, n. 8, 1997 pp. 551-560.

⁴⁷ According to the study carried out by the European Foundation, Dublin, op. cit. in nn. 23 and 24, an increase in employment was achieved via a reduction in the working week in France, while in Spain agreements containing clauses to stabilise temporary jobs are more frequent.

⁴⁸ H. Kriege op. cit. in n. 24.

There are also provisions for improving the situation of disadvantaged groups of outsiders (women, the young, the long-term unemployed and ethnic minorities). But it is evident that PECs, by their very nature as bilateral agreements and by the basic philosophy supporting them (partnership and mediation between job protection and competitiveness), can be appreciated more as new strategies for the protection of insiders than as experiments in social policies to safeguard weak interests located outside the boundaries of an enterprise.

It is, however, a fact that PECs represent a new trend towards collective relations that also support new individual relations in which the element of trust and mutual reliance (between management, trade unions and workers, with public authorities acting as monitors) takes on a central role. Along lines that are completely different from previous employment relationship models where the exchange was based on job stability and slow but steady progress in pay and career within an enterprise.

This new central position taken by trust and mutual reliance as a basis for negotiation causes an implicit rewriting of the psychological pact underlying an employment contract, whether it be collective or individual; the reciprocal expectations do not focus on assets, compensation and individual performance that will remain certain and stable, as well as quantitatively measurable, across time, so much as a common negotiated programme focusing on the ways and instruments considered to be necessary for the achievement of shared objectives (for example, new rules to make employment flexible as a function of competitiveness); while the exchange of mutual and bilateral obligations only remains in the background.

In this way collective and individual agreements take on a new organisational dimension; their economic and social function, as opposed to the exchange of material benefits or assets, can be seen as a new psychological pact based on trust, collaboration and mutual reliance in terms of the willingness to accept new rules and procedures for the organisation of production and work, with a view to achieving a high level of competitiveness and job security⁴⁹.

This new trust-based organisational dimension of negotiated exchange also affects the instruments of traditional collective bargaining. One example is the right to information. The information rights that corroborate and support the new pacts take on a different function in which great importance is attached to the psychological perception of the mutual reliance involved, with management forgoing unilateral decisions to reduce personnel and workers and their representatives forgoing conflictual claims and hostile attitudes towards the entrepreneurial requirements of flexibility and competitiveness.

The development of these information rights (traditionally considered to be instrumental to the basic rights connected with distributive bargaining), must not be seen against the traditional logic of an increase in trade union (or work council) control over the sources of information that are at the heart of the power and authority of an enterprise; it is not a step towards industrial democracy, but much more prosaically and functionally, its spread is connected with the objective need to circulate any information that is useful for the involvement of the receivers, with a view to increasing competitiveness and improving performance.

⁴⁹ On the crisis and psychological and organisational transformation of the so-called relational contract, see K.V.V. Stone, "Employment Regulation in a Boundaryless Workplace", *op. cit.* in n. 3; S. Deakin, "The Many Futures of the Contract of Employment", paper presented at V Intell Conference, Toronto, September 2000.

What changes is the psychological and functional approach to the exercise of the right to information. As the information involved is connected with a shared programme, in which the active involvement of both the individual workers and their collective representatives is fundamental, the flow of information and communications ceases to be passive and top-down (as a duty for the employer) and is transformed into a shared, reactive circuit (the right not only to receive information but also to require, seek and exchange information with the aim of greater involvement and in reference to common organisational plans)⁵⁰. Evocatively defined as an "obsession with communication"⁵¹, it refers to information seen as a strategic political resource for co-operative relations.

Some scholars have understandably raised the problem of how to stabilise and institutionalise this right to communication, not least with reference to the role of work councils, in relation to the complex question of the *if* and *how* of legislative intervention in support of this practice of mutual reliance⁵².

The question is a delicate one and the few precedents of legislative institutionalisation of workers' rights of expression (the Auroux laws in France) have not given particularly significant results. A much more interesting experience, according to some observers, not least due to the soft (as opposed to hard) regulatory model it proposes, is the application in various national contexts of the directive regarding EWCs⁵³.

The new regulation models being discussed are located on a difficult, narrow ridge between purportedly collaborative relations, in which behavioural dynamics are left as far as possible to mutual reliance and spontaneous, informal initiatives by both parties, with a necessarily high degree of flexibility and constant adaptability; and normative measures which, although envisaged to strengthen and support the model, may, especially if endowed with sanctionary mechanisms, have the counter-effect of making the behaviour more rigid, misrepresenting its aims and/or making it ineffective due to the well-known trap of regulatory trilemma: an incongruence of law and society with law becoming ineffective; an over-legalisation of society, that is, the juridification of social systems and an over-socialisation of law with instrumental use of law in politics⁵⁴.

4.2 Transformation of the function of the law: from supporting to orienting collective bargaining.

It is of interest to point out that the specific contents of some PECs, for example in France (agreements on flexible working time accompanied by a reduction in hours and an increase in jobs) and

⁵⁰ In a traditionally "adversarial" perspective, cf. F. Scarpelli "Diritti di Informazione individuali e Collettivi: l'incidenza sulla configurazione del contratto di lavoro", *RGL*, n.2, 2000, pp. 271-287.

⁵¹ H. Knudsen, *Employee Participation in Europe*, London, Sage, 1995, quoted by M. Martinez Lucio and S. Weston, "European Works Councils and 'Flexible Regulation': The Politics of Intervention" *EJIR*, v. 6, n. 2, 2000, p. 209.

⁵² H. Collins "Regulating...", op. cit. in n. 3, p. 10.

⁵³ M. Martinez Lucio and S. Weston, "European Work Councils and 'Flexible Regulation', op. cit. a n. 52; W. Streeck "Industrial citizenship under regime competition: the case of European work councils, *JEPP*, v. 4, n.4, 1997, pp. 643-664. For detailed empirical analyses of how EWCs work, cf. the *European Work Councils Bulletin*.

⁵⁴ G. Teubner, "After Legal Instrumentalism? Strategic Model of Post-Regulatory Law" in G. Teubner, *Dilemmas of Law in the Welfare State*, Berlin, De Gruyter, 1986, p. 311. It would seem that the proposal by Collins falls into the same trap, see Collins, "Regulating..." cit. in n. 3, on the model of *default rules* relating to workers' representation institutions and sanctions against employers who do not obey them, p. 17 typescript.

agreements for the stabilisation of temporary and fixed-term employment in Spain, were to some extent determined by legislative trends or national social pacts that aimed at promoting and selecting specific social objectives, using decentralised collective bargaining (an increase in employment and a reduction in temporary jobs by turning them into permanent employment); the consensus resources of the bargaining method, and the diffusive and differentiating capacity of peripheral and territorial bargaining have been made functional in these cases to objectives previously determined by the centre, that is, by legislators (France) or social partners (Spain)⁵⁵.

The novelty here does not lie in the support that legislative provisions or negotiated clauses in centralised pacts have handed over to decentralised collective bargaining⁵⁶, but rather in the guiding function of legal sources and central pacts, above all by the selective granting of financial incentives, towards predetermined, binding objectives of adaptability, flexibility and protection (the correcting function of the statute law or centralised pact, as mentioned previously).

Here again we have confirmation of the trend towards the organised decentralisation of collective bargaining, as well as functionalisation of contractual methods to objectives predetermined by central governments (or autonomous communities in federal systems)⁵⁷, extending almost isomorphically from European social dialogue to national contractual systems⁵⁸.

5. Are the main partners in PECs new?

Pacts for employment and competitiveness at the enterprise level do not present any significant innovations as far as the actors involved are concerned. As pointed out previously, public actors play a key role, but not a particularly visible one, rather like ghosts at the bargaining table: so their part is basically external and “discreet” (more one of orientation than active direction and/or intervention). It is this position on the sidelines, where public actors are never formal subscribers to the agreements, that distinguishes PECs from Territorial Employment Pacts, which will be discussed infra.

Management, on the other hand, takes on an unusually prominent role, a proactive attitude, in relation to the decentralisation of decisional powers resulting from modifications in the organisational and managerial set-ups and the dissemination of responsibilities connected with the competitive results of the various production units into which enterprises are structured.

⁵⁵ For an analysis of these agreements see the reports of the European Foundation, Dublin, cit. in n. 23, and also S. Jefferys, “A ‘Copernican Revolution’ in French Industrial Relations: Are The Times Changing?” *BJIR*, vol. 38, 2, 2000, pp. 241-260. P. Auvergnon, “Work-time Reduction in France: the Role of Collective Bargaining in Implementing the Law”, *IJCLIR*, Vol. 16, n. 3, 2000, p. 201 ss; P.H. Antonmattei, “Le temps dans la négociation 35 heures”, in *DS*, n. 3, 2000, p. 305 ff. On the contents of Spanish social pacts, see M. R. Alarcon Caracuel, “Cuatro lustros de derecho del trabajo en España: entre la consagración del Estado Social y el efecto de las crisis económicas”, in *El trabajo ante el cambio de siglo: un tratamiento multidisciplinar*, Marcial Pons, Madrid - Barcelona, 2000, especially p. 26 ff. A. Montoya Melgar, “Estabilidad en el empleo y nuevas propuestas de fomento de la contratación indefinida”, *DL*, 1999, especially p. 22 ff.

⁵⁶ This has been a recurrent phenomenon in Italy since the '80s.

⁵⁷ See, for example, the case of Catalonia, A. Lopez, “Il pacte per a l'ocupació a Catalunya 1998-2000: verso una strategia locale per l'occupazione?”, *DRI*, n. 4/X, 2000, pp. 501-506.

⁵⁸ G. Falkner, “European Works Councils and the Maastricht Agreement: Towards a New Policy Style”, *JEPP*, v. 3, n. 2, 1996, 192-208.

The role and composition of workers' representations appears quite clear: according to the European Foundation research, workers' organisations in PECs follow the internal traditions of the single national systems⁵⁹.

It is, however, undeniable that there is a certain amount of latent tension that can in a sense be considered structural. In PECs, in fact, the dialectical "us and them" typical of traditional collective bargaining tends to feature new subjects: the management and workers of single production units versus the high-level management of a big company or the managers, workers and representatives of other production units, perhaps located beyond the national boundaries. PECs are therefore the result of co-operative relations regarding interests (employment and competitiveness) that are assumed to be shared by management, trade unions and workers in local production units, through a method that involves participation rather than bargaining. Hence, from both the theoretical and practical viewpoint more space is given in industrial relations to joint committees, as a direct expression of inner interests, than to traditional trade unions, which are agents above all at an industry- wide or sectorial level and traditional defenders of broader community interests⁶⁰. This scenario could also revitalise the double channel model of representation through trade unions and the workers' direct representatives.

This revaluation of the specific, irreplaceable, renewed function of work councils in industrial relations in the era of the 'knowledge-driven economy'⁶¹ has been criticised as regards the ineffectiveness and precarious nature of models of workers' representation that do not contemplate the strong, deep-rooted presence of trade union organisations⁶².

These criticisms apart, the problem remains of whether traditional forms of trade union representation (even in systems featuring a double channel, but with trade union control of workers' organisations) are the most suitable to handle the new participatory relations within an enterprise.

It is certainly true that, as the experience of German work councils shows, it is often not an easy task to trace the dividing line between bargaining and participation, because reality frequently presents hybrids of the two methods⁶³; it should, however, be recognised that bodies for the direct representation of workers are more suitable structures for co-operative participatory relations.

This is even more true in plant-level partnership practices where participation is not the result of trade union demands for involvement in management prerogatives, with the consequent control or limitation of these prerogatives, but, on the contrary, of a management initiative in order to obtain from the workers and their organisations consensual legitimisation of their strategies of flexibility and competition which would otherwise be conducted unilaterally.

It is also true, as shown by experience in the industrial districts in Italy and in German work councils, that a trade union inspired by strong participatory ideals, willing to be involved in partnership

⁵⁹ K. Sisson and A. Martin Artiles "Handling Restructuring" op. cit. in n. 23, p. 51.

⁶⁰ H. Collins, "Flexibility and Empowerment", cit. in n. 32.

⁶¹ H. Collins cit. in n. 3.

⁶² M. Terry, "System of collective employees representation in non-union firms in the UK", *IRJ*, v. 30, n. 1, 1999, pp. 16-30.

⁶³ G. Strauss "Collective Bargaining, Unions, and Participation", in *Organizational participation myth and reality*, F. Heller, E. Pusic, G. Strauss and B. Wilpert, Oxford, OUP, 1999, 105.

initiatives, can support or directly manage partnership relationships, taking on the role which in other contexts is peculiar to work councils.

The fact remains that changes in the contents of partnership agreements connected with the new models of individual worker involvement (not only in quality-oriented labour reorganisation processes but also in the very objectives of the enterprise), lead to a chain of adaptive modifications in the system of relations within a company: as was to be expected, the adaptation of the bargaining method on a co-operative basis determines a need to redefine the mechanisms and agents for workers' representation, to find an alternative to the adversarial approach of trade union representation.

Partnership relations in the new economy will probably lead to an objective need to define new types of representation (or re-orient the old ones), in such a way that they can combine the need to broaden the channels of co-operative communication between workers and management, and also deal with problems of technical, organisational and financial management (for example pension funds).

It cannot be excluded that the evolution of PECs will produce a diversification of the representation institutions beyond classical monistic or dualistic schemes: a proliferation of types of representation whose diversity of tasks and functions as compared with traditional distributive bargaining corresponds to a structural diversification, and thus a change in its legitimisation criteria (not necessarily all elective and democratic but also based on expertise).

A diversification of strategies of industrial relations (from distributive bargaining to flexibility and employment through social partnership) thus poses the problem of governing the process of diversification/adaptation of patterns of workers' representation, also via supporting legislation.

It is no coincidence that although Community legislation concerning health and safety referred to national practice, it intended to promote specific, differentiated workers' representatives whose *raison d'être* lay in their expertise, criteria of technical legitimisation and involvement in management. Community legislators, that is, were sending out a signal that was not always received by national legislators and trade unions: a diversification of models of representation in both a structural and a functional sense.

6. Territorial Employment Pacts vs. Pacts for Employment and Competitiveness: how they differ.

The concept of trilateral partnership has a more prominent role in Territorial Employment Pacts (TEPs)⁶⁴ than in PECs. From a formal viewpoint, the main feature of TEPs is the direct involvement

⁶⁴ In this essay the reference to Territorial Employment Pact is not of a technical and formal nature, as in the Italian system, where territorial pacts respond to a regulatory logic governing local social and economic planning through precise legal provisions. For a social analysis of the Italian experience of TEPs, see A. Bonomi – G. De Rita, *Manifesto per lo sviluppo locale: dall'azione di comunità ai Patti territoriali*, Torino, Bollati Boringhieri, 1998; for a legal analysis, cf. G.P. Manzella "Patti Territoriali: vicende di un istituto di programmazione negoziata", *RGM*, n. 3, 1997, pp. 789-844; M. Zoccatelli, "I patti territoriali e i contratti d'area: genesi, realizzazioni e questioni irrisolte", *Le istituzioni del federalismo*, n. 1-2, 1998, pp. 261-283. For the Community policy guidelines for TEPs in acting locally for employment, cf. O. Quentin "The Role of Local and Regional Authorities in the draft Employment Guidelines", Dublin Castle, Ireland, October, 2000.

of various public actors (local authorities, chambers of commerce, banks, research institutes, universities, professional associations, *third sector associations*, etc.)⁶⁵. In TEPs, in fact, public authorities directly accept certain commitments, often in a solemn, written form. These commitments concern not only the granting of financial resources but also forward-looking planning (e.g. investments in infrastructures, providing services for enterprises, administrative efficiency, public order measures, etc.). Given the agreement on times and methods, the commitments of the various partners assume the *form* typical of a private negotial exchange.

This evidently makes TEPs more institutionalised than PECs, pointing to a logic based on trilateral concerted participation that is closer to the models of national social pacts. In Italy, for example, the introduction of three kinds of territorial pacts – *Territorial pacts* in the technical sense, *Contratti d'area* and *Contratti di Programma*, has coincided with the policy favoured by central government and the numerous actors taking part in the national social pact (Christmas Pact dated 23rd December, 98) to give full institutional legitimacy to local concertation, so as to involve decentralised institutional actors in the bottom-up planning of economic development, thus going far beyond the limits of labour and industrial relations policy in a strict sense.

Given this function, in a technical sense territorial pacts have taken on an institutional significance at a European level as well (albeit with the limited purpose of funding initial handling of the pacts – the Commission's so-called "accompanying strategy"). In a more general sense, European Community employment policies and the planned management of social funding (Agenda 2000) seem to have been inspired by the idea of actively promoting local partnership through territorial pacts in a technical sense and other forms of partnership.

The relevant literature has widely demonstrated that global competition and the increased territorial mobility of enterprise, which is one of its effects, make territorial resources a strategic issue: competition arises not only between companies but also between territories, in relation to the material and immaterial competitive advantages that external economies can offer companies (infrastructures, services, social networks, trust, skills and tacit knowledge⁶⁶).

As Carlo Trigilia states, this leads to a sort of paradox: globalisation increases the territorial mobility of enterprises but at the same time it increases the potential influence of the territorial dimension on local development processes⁶⁷.

In a broad sense, then, territorial pacts involve a wide range of policies and significant public interests, from territorial government (not only urban and environmental planning but also public order and safety issues⁶⁸) to industrial policy. They are one of the most significant examples of

⁶⁵ M. Regini, "Social pacts in the EC Report", op. cit. in n. 6.

⁶⁶ On the notion of social capital, see C. Trigilia "Capitale sociale e sviluppo locale", *S&M*, n. 57, 1999, pp. 419-440. In general on the new economic relevance of the territory in the context of global competition, see P. Perulli (ed.) *Neoregionalismo, l'economia arcipelago*, Torino, Bollati Boringhieri, 1998; J. L. Laville – L. Gardin, *Le iniziative locali in Europa*, Torino, Bollati Boringhieri 1999; A. Magnaghi, *Il progetto locale*, Torino, Bollati Boringhieri, 2000.

⁶⁷ "The development of a territory depends more on the capacity of local actors (individual and collective, public and private) to cooperate in increasing external economies and thus in building up solid local benefits for companies (i.e. not merely cost benefits)": C. Trigilia "Regolazione territoriale e azione sindacale", *Lavori.QRS*, v. 1, n.3, 2000, p. 8.

⁶⁸ R. Selmini "Sicurezza urbana e prevenzione della criminalità: il caso italiano", *Polis*, v. 13, n. 1, 1999, pp. 121-141.

the process of explicit (as opposed to informal or hidden) "contractualisation" of public policies⁶⁹. This process was a feature of changes in territorial governance that occurred in the '90s in a context of decentralised planning and concertation, giving rise to a new season of neo-institutionalism (new rules within institutions, and between institutions, society and the enterprise system)⁷⁰.

In their vision of global territorial governance, however, territorial pacts also involve labour market policies and, thanks to a particular capacity for penetration, have insinuated themselves into companies' internal labour markets (affecting company systems of industrial relations and personnel management), even reaching the threshold of territorial welfare policies, which were traditionally the preserve of the state and local authorities (the creation of innovative welfare and reception services, family support, the protection of weak social groups such as the elderly, the disabled, the underprivileged, immigrants, minors, etc.), and proposing policies to support the social economy (co-operation, non-profit organisations, voluntary work)⁷¹. Territorial social pacts, that is, have also been used to implement new policies for inclusion in social citizenship⁷².

As a general remark, it is worthwhile pointing out that the salient feature of territorial pacts is not the bilateral bargaining typical of private contracts in public administration (where the principal/agent relationship prevails), but rather the natural plurality of the actors involved in negotiations; however, the fragmentation of the parties involved is balanced by the pursuit of a shared aim, which leads to co-operation, originally voluntary but subsequently forced (not least due to the political responsibility pursuant to an agreement that has been publicly announced but not reached, or even legal responsibility – for example, the loss of planned funding in certain cases)⁷³.

It is, however, clear that the complexity of the circular bargaining relationships inherent in this kind of contractual co-operation inevitably causes an increase in the transaction costs of implementing public policies, and possibly slows down or even blocks decision-making processes. But it is also evident that the "contractualisation" of public policy represents something in between state and market. It is a way to solve public problems without recourse to the authority of the statute law, or through mere market mechanisms, but rather by conscious adjustment of the interests of the parties involved and the search for consensus regarding common objectives and instruments"⁷⁴.

The following sections will outline the two functions that have the greatest impact on the labour law regulation system: the effects on governance of the labour market at a territorial level and on systems of contractual relations at the company level, with their repercussions on employment relationships and the relative de-standardisation processes. We will not deal with the aims

⁶⁹ L. Bobbio "Produzione di politiche a mezzo di contratti nella pubblica amministrazione" *S&M*, n. 58, 2000, p. 13.

⁷⁰ C. Carbon "Concertare e programmare in ambito regionale. Il caso delle Marche", *Lavori.QRS*, v. 1, n.3, 2000, pp. 62-63.

⁷¹ For an initial conceptualisation of the varied contents of Territorial Pacts in Italy, see A. Viscomi, "Mercato regole diritti" paper presented at the Conference on "Employment and Competitiveness: what are the labour rules?" Benevento 16 June 2000.

⁷² Cf. the disputed Milan Territorial Pact for employment in B. Caruso "Immigration Policies in Southern Europe: More State, Less Market?", in J. Conaghan, R. M. Fishl, K. Klare (ed.) *Labour Law in the Era of Transformation*, Oxford, OUP, forthcoming. M. Biagi, "Il patto Milano Lavoro: un'intesa pilota", *DRI*, n. 2, 2000, pp. 127-134; T. Treu "Il patto sul lavoro di Milano: un modello di concertazione in stile europeo", *DRI*, n. 2, 2000, pp. 123-126; M. Tiraboschi "Le politiche per l'occupazione tra crisi della contrattazione collettiva nazionale e spinte federalistiche", *D&PL*, n. 10, 2000, pp. 741-744; M. Bolocan Goldstein "La via milanese alla concertazione. Il patto per il lavoro" *Lavori.QRS*, v. 1, n.3, 2000, pp. 91-105. F. Scalpelli "Il patto Milano lavoro: le ragioni di un dissenso", *DRI*, n. 2, 2000, 135-140.

⁷³ L. Bobbio "Produzione di politiche a mezzo di contratti nella pubblica amministrazione", op. cit. in n.69, p. 122.

⁷⁴ L. Bobbio op. cit. p. 135.

of territorial and social governance, or the broader economic, industrial, development or welfare policies the pacts intend to pursue.

More specifically, the attention will be focused on the ways in which territorial bargaining has innovated existing models of industrial relations (especially in Italy), and the ways in which territorial agreements have been grafted onto traditional bargaining of the vertical type (at a company or industry level) typical of the Fordist era, producing problematic forms of interaction with conventional models of industrial or professional trade union representation.

7. Territorial pacts and internal/external labour market policies.

Territorial employment pacts differ from PECs not only in that they directly involve public actors in local agreements and have a more evident institutional significance, but also because they tend to affect a wide range of public policies, including the management and fluidification of local labour markets. The contents of territorial pacts, as regards both the planned and the immediate regulatory measures, make them tools for diversification of the standard rules governing labour law not only at a company level but at a territorial one as well.

Territorial employment pacts therefore respond to two requirements that need to be clearly stated:

a) *Functionally*, social pacts have the task of adapting and modulating, at a micro (territorial) level, the at times excessively rigid macro policies of centralised social pacts, which often seem unable, without further intervention, to extend the advantages of bargaining at a macro level (pay agreements, a low rate of inflation and safeguarding of the welfare system) to certain excluded and marginalised social groups. Centralised social pacts, that is, appear to be incapable of coping with territorial and social inequalities and differences in development and unemployment rates⁷⁵.

b) *Structurally*, territorial pacts propose the involvement of social partners in the institutional government of the labour market, fully exploiting the resources of the contractual method, but at a territorial rather than company level (as in the case of PECs). Through territorial social pacts the collective bargaining method, with its resources of consensus and flexibility, leaves the confines of the single company and is extended to the territory. It is as if collective bargaining had reinvented itself to become a practice of territorial labour policy concertation, thus not only enlarging its traditional jurisdiction (even dealing with active labour policies) but also conquering new spheres of institutional legitimacy.

It should be pointed out, however, that the involvement of social partners in the concerted management of the labour market is not a totally unknown institutional practice. The 70s and 80s in Italy, for example, experienced widespread trade union participation in a myriad of tripartite institutions bureaucratically and administratively responsible for management of the labour market (the so-called “*amministrazione per collegi*”): from a public national employment service to regional employment commissions and agencies⁷⁶.

⁷⁵ C. Trigilia, “Regolazione territoriale e azione sindacale”, op. cit. in n. 67.

⁷⁶ G. Pino “Decentramento e intervento pubblico sul mercato del lavoro: dalle commissioni regionali per l’impiego, alle nuove commissioni permanenti, *RGL*, v. 50, n. pp. 31-91.

The difference between this institutional model and Territorial Pacts is that the social partners were previously involved *within* the public sphere working according to the legal framework of administrative law. With Territorial Pacts, on the contrary, institutional involvement in the handling of public labour policies lies *outside* the administrative bodies, and follows a logic typical of private law and bargaining, the sinuosity and flexibility of which are capable of adapting tools and policies to different local contexts.

In practice, territorial pacts differ according to the level of economic, social and institutional development of the area they refer to.

The local level, which TEPs privilege, inevitably extends the object of negotiated exchange to the labour market and employment relationships, thus making the dynamics of the exchange more complex than they are in PECs. The aims of greater flexibility in handling employment relationships (derogation from limitations on the use of atypical employment contracts, flexible pay and working hours, etc.) and a reduction in labour costs⁷⁷ are becoming more acceptable to trade union organisations because they enable them to obtain a better deal, not only safeguarding insider employment, as in PECs, but also strengthening the potential for economic development and thus job opportunities, above all for outsiders, in the territory involved.

The contents of agreements negotiated via TEPs, in fact, largely reflect the four pillars of European Community employment policy: besides investments in infrastructures, the strengthening of mechanisms to support employability and entrepreneurship, (policies and resources for in-service and external training, the monitoring of local labour markets, the introduction and development of employment agencies, the provision of territorial funds for workers temporarily unemployed in certain sectors, the provision of advanced services to enterprise, simplification of administrative procedures, tax incentives for the creation of permanent jobs, measures against the hidden economy, etc.); and also flexibility in the handling of employment relationships (adaptability) and equal opportunities.

Of particular significance in this respect is the evolution of territorial bargaining in the so-called economy of “districts” in Italy⁷⁸, which often correspond to sectors traditionally featuring small firms or craftsmen (textiles, furniture, building, tourism)⁷⁹. In these sectors and territories (which have given rise to specific regional and sub-regional models: the Emilia Romagna model, the Veneto model, the Prato model in Tuscany, etc.), collective bargaining has followed the same strategy as PECs: bilateral partnership but at a territorial rather than industry or plant level, to support the competitiveness of micro firms by injecting a heavy dose of flexibility (as regards working hours, wages and geographical location) into both the internal and external labour market. These

⁷⁷ On the results for employment of the so-called “zones franches urbaines” in France, see G. Cahin, “Le zones franches urbaines”, *AJDA*, v. 65, n. 6, 1999, pp. 467-477; E. Larpin, Le zones franches n’ont pas fait de miracle pour l’emploi, *Liason sociale Mensuel*, n.1, 1999, 40-42.

⁷⁸ Here again the relevant literature is vast: G. Becattini, *Dal distretto industriale allo sviluppo locale*, Torino, Bollati Boringhieri, 2000.

⁷⁹ M. Giaccone, “Contrattazione territoriale come infrastruttura dello sviluppo locale” *Lavori.QRS*, v. 1, n.3, 2000, pp. 13-45; L. Bellardi – L. Bordogna, *Relazioni industriali e contrattazione aziendale: continuità e riforma nell’esperienza italiana recente*, Milano, Angeli, 1997.

measures are almost always accompanied by others supporting income levels if not permanent employment security⁸⁰.

This type of bilateral bargaining at a territorial level, which has followed cyclic trends, does not differ from PECs as regards its functions and structure (here again based on partnership) so much as the *territorial*, as opposed to *plant-level*, significance of its sphere of operations. It is a sort of territorial PEC that still enjoys great favour, as is demonstrated by the recent national agreement relating to the trade sector in Italy⁸¹. Due to its features as a bilateral territorial partnership (a subspecies of a PEC) this model of negotiated partnership does not come under the broad notion of a TEP as the public actor is absent from the formal exchange.

Since the mid 90s, however, there has been a trend towards transforming the PECs of territorial districts into actual forms of territorial concertation (TEPs). This has occurred above all in areas where traditional bilateral territorial bargaining had reached a crisis. In order to broaden the contractual contents of this model of territorial bargaining, bilateral district bargaining has been transformed into multilateral territorial bargaining. The legal institutional sign of this transformation has been given by the leading role taken in the negotiated agreements by public actors (above all local authorities)⁸².

Intervention by public actors has not been confined to mediation but has aimed at building up a framework of general mutual convenience that would promote trade union concessions regarding flexibility and labour costs: investments in infrastructures, tax incentives, the provision of services to enterprises. Beyond the specific example of the evolution of territorial bargaining in Italian districts, the new dynamic of territorial pacts has also affected urban and metropolitan areas with varying degrees of social and economic development in various national contexts.

In the more developed urban areas⁸³, the primary intent of TEPs is to reduce exclusion and social discrimination through measures aimed to promote the employment of immigrants and the long-term unemployed, to re-insert former convicts and prostitutes, and to reduce juvenile employment). In economically underdeveloped or declining urban areas, on the other hand, the TEPs have tended to promote employment in general, especially for young people⁸⁴.

⁸⁰ Supplementary welfare measures on a voluntary or contributive basis via the institution of bilateral management organisms that have in time transformed from instruments for the administration of collective bargaining into proper institutions in charge of regulating the local labour market.

⁸¹ In the trade sector, although this type of territorial partnership is strongly supported at a national level, it has become a widespread tool for the introduction of massive doses of flexibility at a company level (longer opening hours, job sharing, weekend jobs, atypical forms of employment, post maternity-leave part-time jobs, an increase in the legitimacy of fixed-term contracts, allowances for temporary and apprenticeship contracts, etc.), see G. Ludovico 2000, "Il rilancio della bilateralità, la flessibilità e il decentramento nel rinnovo contrattuale del commercio", *DRI*, n. 2, 2000, pp. 269-275.

⁸² For example, the 1997 "Territorial Pact for Development and Employment in the Province of Prato" and then the 1999 "*Patto di programma*", which was also signed by local authorities and the Chamber of Commerce; cf. M. Giaccone op. cit. in n. 79, pp. 34 ff.

⁸³ Besides the Milan Pact cit. in n. 72, we can also mention the pact for the metropolitan area of Vienna, "Social partners cooperate to improve Vienna's labour market" *Eironline*, June 1999; the Brussels Territorial Pact, "Brussels-Capital Territorial Employment Pact examined, *Eironline*, May, 2000. On the effects for employment of Territorial Pacts, see "Territorial employment pacts boast 55,000 new jobs", *ESP*, n. 101, 1999, p. 10.

⁸⁴ For example, the Territorial Pact for Zeitz, a town in the former DDR, "Territorial employment pacts in Germany, the example of Zeitz" *Eironline*, July 1998, or the Ferrara Territorial Pact, in M. Biagi "Il contratto di prima esperienza nel patto territoriale di Ferrara",

If, however, one were to make an internal typological differentiation between TEPs, it would not concern the identification of categories of previously excluded workers to be re-inserted into the labour market so much as the varying degrees of specificity of the measures aiming at flexibility in standard work relationships offered in return for institutional commitment to intervene proactively in the labour market. This is therefore a differentiation concerning their regulatory structure and the extent to which their clauses and commitments are legally binding.

Several TEPs, for example, contain policy provisions, at times not particularly innovative ones, that refer to existing regulatory frameworks or at most try to rationalise them. (These provisions therefore require a further plant-level bargaining stage and can be considered as a sort of framework Territorial Pact viz. the recent Catania Territorial Pact)⁸⁵. Although other Pacts largely contain provisions that entail complex management, monitoring and subsequent implementation, they do, however, aim to introduce employment relationship flexibility that is already directly applicable; measures that firms operating in the territory and signatories to the agreements can handle directly without further negotiation delays⁸⁶.

8. Effects of the spread of Territorial Employment Pacts.

a) the crisis of the national agreement as the mainstay of the collective bargaining system

For some time now, centralised bargaining systems in Europe have been put under great pressure due to the process of decentralisation. This pressure is due above all to management initiatives relating to company reorganisation. The decentralisation of bargaining systems is therefore largely determined by an endogenous drive towards reorganisation of companies' production processes and financial administration.

The most attentive observers have, however, noticed that TEPs may well signal a decentralisation trend featuring factors that are exogenous to the contractual system, of an institutional nature: TEPs, that is, would seem to confirm the irresistible rise of federalism in Europe, extending its influence from the structure of the state to that most classical of social systems – collective bargaining⁸⁷ – and impacting greatly upon it.

This judgement is probably not supported by clear empirical evidence. The fact remains, however, that throughout a large part of Europe the collective industry-wide or plant-level agreement, the cornerstone of trade union relations in the Fordist organisation, is going through a period of crisis⁸⁸.

Guida al lavoro Il sole 24 ore, n. 31, 2000, pp. 19-22. P. L. Also, Minicucci "I 'contratti di prima esperienza': un nuovo strumento di flessibilità contrattata", *Lavori.QRS*, v. 1, n. 3, 2000, p. 199-203.

⁸⁵ To be found on <http://www.lasiciliaweb.com/>

⁸⁶ For the Locri area, Manfredonia and Crotone Pacts, for example, see the overview by A. Viscomi "Flessibilità contrattuale in quattro contratti d'area", *DML*, v. 1, n.2, pp. 381-392.

⁸⁷ T. Treu, "Il patto sul lavoro di Milano", op. cit. in n. 72, pp. 123-124.

⁸⁸ A. Ferner & R. Hyman (eds.), *Changing Industrial Relations in Europe*, op. cit. in n. 24.

Following this line of thought, both the upward thrust, at a European level⁸⁹, and the downward thrust, of which TEPs are but one example, would seem to question the central role of national agreements, even in their last remaining strongholds (e.g. Italy).

It seems, however, methodologically incorrect to posit a mechanical causal connection between federalistic modifications of the institutional framework and transformations in the structure of collective bargaining, whereby a certain legal input due to accentuation of institutional legal federalism would correspond to a certain social output (linear adaptation of the bargaining structure, for example, with a shift from industry-level national agreements to regional agreements following institutional reform inspired by the principles of constitutional regionalism).

The interference between the new federalism-oriented legal systems and social systems (the structure of collective bargaining) is probably more complex and subtle than would be suggested by a vertical, linear logic that sees legal input as directly affecting social systems⁹⁰.

It is, however, undeniable that the more the powers of central state authority are delegated to peripheral territorial authorities, with reference to institutional responsibilities that directly or indirectly affect and differentiate between labour costs, and the labour market (tax and public service charges policy, welfare⁹¹, income protection, flexibility), the weaker the collective national contract's regulatory, standardising and egalitarian capacity becomes.

The risk of an ideological, "symbolic" defence of the national collective agreement, as seems to prevail in certain areas of Italian trade unionism, is to progressively weaken its regulatory capacity and sphere of application. It is thus the risk of a slow, not officially declared, death (that is, not by abandonment, but by progressive replacement with tools of differentiation and de-standardisation such as PECs and TEPs and the consequent disappearance of its topical function – the regulation of standard or minimum pay)⁹².

The alternative to this slow disintegration of the regulatory capacity of national agreements is strong legislative support for centralised bargaining (as has happened in France with dubious results, or in Italy with specific, rather than general, state intervention)⁹³.

It would, however, be a paradox if trade unions like the Italian ones, for whom voluntarism in industrial relations and legislative abstentionism are a sort of cultural identity, should need to have recourse to the statute law to re-affirm the central and irreplaceable standardisation function of collective agreements.

⁸⁹ P. Margisson and K. Sisson, "European Collective Bargaining", cit. in n. 11; B. Keller B. Sörries "Sectorial social dialogues: new opportunities or more impasses?" IRJ, v. 30, n. 4, pp.330-344. A. Martin "Wage Bargaining under Emu: Europeanization, Re-Nationalization or Americanisation?" WP Centre for European Studies, Harvard University, April, 1999, pp. 3-36. P. Pochet, "Renegotiating the Social Contract in the Shadow of EMU: Decentralisation, Europeanization, or Re-nationalization?" WP, European Centre of Harvard University, 1998.

⁹⁰ B. Caruso, "Strutture contrattuali e riforme federaliste: si condizionano reciprocamente?" forthcoming in LD.

⁹¹ G. Balandi "Lavoro e diritto alla protezione sociale", LD, v. 13, n.1, pp. 125-149.

⁹² The risk is that of making collective bargaining ineffective, as happened in Germany, where the trade unions were recently forced to authorise derogation of national agreements at plant level: see the authors cit. in n. 46.

⁹³ As has happened recently in Italy regarding part-time jobs. The legal provisions that prevented decentralised bargaining from disregarding the clauses of national agreements as regards supplementary work were subsequently repealed: see A. Lo Faro, "Occupazione 'adattabile' e autonomia negoziale privata nella riforma del part-time," forthcoming in GDLRI. The legal norm whereby national collective contracts cannot be derogated by the so-called *contratti d'area* is, however, still in force: Art. 203, statute of 23rd December 1996, n. 662.

Moreover, by virtue of their very structure and function, national sector agreements are closely connected with the Fordist industrial production cycle; at their most elastic and flexible, they may cover company-level welfare problems and the internal labour market, besides setting labour costs and stabilising power relationships between the two countervailing parts: their canonical function is still regulation of the basic elements of standard permanent employment – pay, hours and job evaluation systems.

National collective agreements, however, do not have the capacity to deal with new issues such as social exclusion within the “external” labour market, outside the plant. Nor can they re-organise the individual careers of permanent employees or freelance workers in a knowledge-driven economy and post-Fordist job design, where careers are no longer based on a vertical rise up through a company’s labour market, but connected with territorial mobility in the “boundaryless workplaces” of industrial districts⁹⁴.

National collective agreements, that is, have no dynamic impact on the external labour market because their regulatory (and protective) logic is vertical, not horizontal.

It is therefore possible that TEPs will have a greater destabilising effect than PECs on consolidated bargaining structures (in Italy the bargaining structure laid down by the Social Pact signed on 23rd July, 1993, the so-called Ciampi Protocol).

It is therefore evident that their spread may lead to a resumption of measures to reform the collective bargaining structure and the re-writing of norms that establish the centrality and prevalence of national collective agreements, as they do in Italy.

Making a major contribution to the destabilising spread of TEPs and at the same time ignoring the effects this will have on the stability of a system based on national collective agreements leaves trade unions a choice between two metaphors: they can either play the ostrich and bury their heads in the sand or become sorcerer’s apprentices.

How to connect horizontal territorial bargaining and vertical bargaining at various levels, with respect to the distribution of responsibilities for contents, the actors involved, and the norms regulating the resolution of potential regulatory conflict, will in the near future be a key issue in the reform of bargaining structures.

b) The transformation of trade union representation

The spread of TEPs has also affected consolidated models of trade union representation and has weakened the already debatable notion of representativeness, above all in systems like the Italian one where, with the notable exception of the civil service⁹⁵, it is empirically inferred by the bargaining power of the protagonists of traditional vertical bargaining (at an industry or plant level).

Just as PECs resume the apparently settled dialectic between trade unions and company-level workers’ representatives (see *supra*), the spread of territorial concertation via TEPs proposes a significant, if not central, role for a horizontal territorial trade union model that is uncommon in

⁹⁴ K.V.V. Stone, “Employment Regulation in a Boundaryless Workplace”, *op. cit.* in n. 3.

⁹⁵ B. Caruso “Rappresentanza e rappresentatività nel pubblico impiego riformato: ‘l’interramento del cratere’”, *LPA*, v. 2, n.2, pp. 225-262.

Europe, but was politically re-dimensioned in the Fordist era even in countries such as Italy where it had historically been the dominant model.

If and when trade unions extend their sphere of action beyond the boundaries of the single firm to follow concerted territorial policies for access to employment and local development and also to regulate labour spread over the territory, it is evident that the traditional model of industrial representation based on vertical bargaining (always within the rigid confines of the enterprise, whether at a plant or at an industry-wide level) will be insufficient to express the new complexity of the interests being safeguarded and the policies pursued⁹⁶.

In this way, one of the canonical functions of trade union representation is undermined: the task of selecting, aggregating and representing interests – albeit increasingly less homogeneous and uniform ones, even in a Tayloristic work organisation – which had as precise points of reference the stable boundaries of permanent employment relationship within a firm. and not a differentiated sequence of types of work and interests spread over a whole territory.

In TEPs, trade unions have to forego their traditional task of safeguarding the specific professional interests of a homogeneous group typical of the craft unionism model, as well as their responsibility for aggregating and focusing the diverse interests of their traditional members on a single dominant interest, as was characteristic of industrial trade unionism in Continental Europe from the Fordist era to post-industrialism⁹⁷.

In territorial concertation through TEPs, trade union organisations are forced to mediate between general, particular and differentiated interests that are often not only conflicting but even antagonistic, and refer not only to permanent employees but to a broad spectrum of workers that reflects the social fragmentation and new range of jobs and interests of a post-industrial society.

For example, if – as is provided for by specific measures of Territorial Pacts signed in Italy – the aim is to contribute towards increasing the economic development of areas especially suited to tourism, it will be necessary to accept working time policies that meet the flexibility requirements of trading (supermarkets and department stores) and at the same time safeguard the interests of smaller businesses, protecting workers by not allowing unregulated flexibility and an unlimited amount of temporary jobs. If the aim is to promote access to employment for weaker, underprivileged social groups, it will be necessary, even transitorily, to de-standardise wages; something which might clash, at least in theory, with the principle of formal parity⁹⁸. If the aim is to pursue environmental and urban renewal policies, it will be necessary to mediate and oppose interests that would be legitimately defensible and harshly defended by a vertical industrial trade union (e.g. the protection of employment in factories that are obsolete or a source of pollution,) etc.

This new function of trade union representation thus stresses political mediation as opposed to mediation and protection via bargaining of professional interests. It emphasises the trade union's role as an institutional political interlocutor, as opposed to that of representing partial interests. It throws trade unions into the cold mire of the political decision-making involved in territorial concertation, but it also forces them, rather schizophrenically, to contaminate their historic

⁹⁶ See B. Caruso "Il sindacato nel terzo millennio: tra crisi e rifondazione della rappresentanza", forthcoming in *RGL*.

⁹⁷ A. Accornero, *La parabola del sindacato: ascesa e declino di una cultura*, Bologna, Il Mulino, 1992.

⁹⁸ B. Caruso, *Immigration Policies in Southern Europe: More State, Less Market?*, op. cit. in n. 72.

model of representation with models taken from other social experiences (environmentalism, voluntary associations, youth associations – everything that comes under the varied phenomenon of aggregation deriving from a generic, rather nihilistic, opposition to globalisation).

In this way, however, the trade union movement undermines the foundations of its original representative legitimacy, its material grounds as well as the technical or formal criteria on which its mandate is based.

Nevertheless, the trade union still remains an organisation of interests; the criteria, both formal/legal and political/institutional, on which its representativeness is based refer as always to presumed or actual consensus of an electoral or associative nature received from its permanent rank and file.

The erosion of its traditional membership thus inevitably forces the trade union to try to broaden its sphere of action at both a territorial level (TEPs) and a plant level (PECs).

To the extent that the trade union tries to provide services rather than simply protecting the interests of employees, thus putting roots down in the territory and governing the external labour market together with other private and institutional actors, its classical point of reference and the measure of its representativeness change.

Who is to have greater voice in the pursuance of territorial pact policy? The trade unions that represent the new contingent workers, the new underprivileged social classes, the so-called "Grey Panthers" (pensioners) whose union membership has grown enormously in Italy thanks to successful territorial service policies, or rather the traditional vertical representation of a declining number of industrial workers?⁹⁹ How is the representativeness of the various trade unions to be measured, compared, weighed? Is the weighting merely political and institutional or are there other parameters involved? Does the political synthesis needed for this type of concertation of interests have anything at all to do with trade union legitimacy based on associative or electoral consensus and thus on representativeness? The apparent paradox (and not such an unaccountable one) is that the method of concertation – which the European Commission is trying to shift from the centre to the periphery – seems to combine its strong points with the vagueness and difficulty of the criteria used to estimate the representativeness of trade unions that are typical of concertation at a European Community level¹⁰⁰.

Besides the specific issues of the criteria and context used to measure the representativeness of trade unions, it is evident that the greater their institutional involvement, the greater their top-down legitimisation, the weaker their representative legitimisation through consensus (bottom-up); but the consensus deriving from their capacity to select and pursue policies to protect the interests of socially identified groups is the very *raison d'être* of this historic social institution that played such a prominent role in the short century.

It is too early to say whether this is a symptom of an inevitable, irreversible decline or the difficult beginnings of a process of renewal and radical transformation of an "ugly duckling" into a swan: the debate is still open.

⁹⁹ F. Piu "Lo Spi: una categoria generale nel territorio" *Lavori.QRS*, v. 1, n. 3, 2000, pp. 83-90.

¹⁰⁰ A. Lo Faro *Funzioni e finzioni della contrattazione collettiva comunitaria*, Milano, Giuffrè, 1999, pp. 125 ff.; F. Guarriello "Spunti critici in tema di rappresentanza sindacale europea" *D&L*, v. 9, n. 1, pp. 23-29.

9. Conclusion.

The purpose of this essay has been to create some sort of order in the variety of practices that go by the name of social partnership. These practices are spreading, albeit in an unbalanced way, throughout Europe and are to some extent indicative of new trends.

There are two broad categories of decentralised social pacts, Pacts for Employment and Competitiveness (PECs) and Territorial Employment Pacts (TEPs). In each of these two categories there are significant differences in the tools used and aims pursued, but this does not prevent single pacts from being classified as belonging to one or the other of the categories.

Although both types of Pact come under a general phenomenon of decentralisation of bargaining systems, they respond to two distinct forms of logic relating to collective relations, as is confirmed by their different formal and legal slants: PECs are essentially bilateral agreements in which public actors do not take a formal part, confining their role to that of external guarantors. PECs differ, however, from traditional distributive collective bargaining at a company level in their emphasis on the participatory method which in a sense seems to re-propose, albeit on a new basis, the dualism between trade unions and workers' representatives. As far as contents are concerned, the basic aim of PECs is flexibility in exchange for employment protection (especially for insiders); but another feature is the extension of their contents to include issues normally handled unilaterally by management (human resource policies, individual incentives, etc.).

The distinguishing formal and legal feature of TEPs, on the other hand, is the direct, active participation of public actors, both at the moment of signing the pacts and in the subsequent implementation stages. As far as their contents are concerned, TEPs feature a wide range of public policies (the labour policies usually reflecting the four pillars of Community employment policy). TEPs show two general trends: in legal systems where public action is based on principles of administrative law, TEPs are among the most evident signs of the impact of economic globalisation on legal systems, with a consequent shift of state and sub-state administration from public law towards a more contract-oriented kind of action, even in pursuing general interests. But TEPs also show a trend towards decentralisation of social concertation, which may be attributed to the irresistible rise of institutional federalism in several European countries. They are a sort of anticipation of the scenarios for possible transformations in the basic structures of labour law, (traditionally laid down at a national level), which is undergoing a certain amount of pressure due to federalism-oriented institutional change.

Finally, TEPs confirm the difficulty of uniform regulation via national collective agreements and the insufficiency of the representative role of trade unions, relegated within the evaporating confines of single firms and classical standard employment.

Both TEPs and PECs have destabilising effects on social systems (industrial relations systems) and legal systems (labour law regulations), also affecting relationships between the sources of labour

law, above all in those systems where the equilibrium has been traditionally based on the principle of the inderogability of statutory and contractual labour law; effects that labour lawyers have been forced to deal with for some time now¹⁰¹.

These phenomena are to some extent representative of the crisis facing the four fundamental pillars of post-war labour law, above all in Continental Europe (the nation state, the large Fordist firm, full employment, general trade union representation)¹⁰². But they also reflect the great capacity for adaptation of labour law: they are the most evident sign of how labour law, embedded in the basic structure of the state, has succeeded in developing in a cultural humus, that of legal pluralism (and the related social practices) that is still its ultimate essence and the sense of its lasting vitality.

If it is true that it is perhaps more complicated than it appeared to be a few years ago for labour law scholars to understand the best way to use the law to combat unemployment and not only to consolidate the protection of standard employment¹⁰³, it is also true that labour law's capacity to reinvent itself and its instruments (to rediscover, for example, the effectiveness of contracts and consensus to regulate the labour market) is a tangible sign of its enduring capacity to keep up not only with modernity but also with what is to come.

¹⁰¹ Among many others, A. Supiot, "Transformation du travail et devenir du droit du travail in Europe", *DS* n. 5, 1999, pp. 431-437. H. Collins "Is There a Third Way in Labour Law?" typescript; H. Arthurs "Landscape and Memory: Labour Law, Legal Pluralism and Globalization", in T. Wilthagen. (ed.), *Advancing theory in labour law*, op. cit. in n. 32, pp. 21-34; S. Simitis "Il diritto del lavoro ha ancora un futuro?", *GDRLI*, n. 76, 1997, pp. 609-641; B. Caruso, "Gli esiti della globalizzazione: disintegrazione o trasformazione del diritto del lavoro?" paper presented at the Trento Conference on "Globalizzazione e diritto del lavoro. Il ruolo degli ordinamenti sopranazionali" 22-23 November 2000, in *ILLeJ* <http://www.labourlawjournal.it/index.htm>

¹⁰² M. D'Antona "Diritto del lavoro di fine secolo: una crisi di identità" (1998) now in *Opere* edited by B. Caruso and S. Sciarra, now in *M. D'Antona Opere* edited by B. Caruso and S. Sciarra, Milan Giuffrè, 2000, vol. I, p. 221 ss.

¹⁰³ A. Supiot «De bon usage des lois en matière d'emploi», *DS*, n. 11, 1997, pp. 249-242.

Judicial Enforcement of EC Labour Law: Time limits, burden of proof, ex officio application of EC law*

Antonio Lo Faro

1. Private enforcement v Public enforcement of EC Law.	39
1.1 Effective judicial protection: a principle born of (but not confined to) direct effect.	39
1.2 A unitary system of remedies for different functions of effective judicial protection.	42
1.3 The specific questions of procedure.	43
2. Time limits.	44
2.1 Time limits for bringing action.	44
2.2 When does the limitation period begin to run?	46
2.3 Time limits on the retroactivity of the claim.	50
3. Burden of proof.	55
3.1 Evidential rules built from equal treatment directives.	57
3.2 Evidential rules built from the 91/533/EEC Directive.	59
4. Ex officio application of Community law.	63
4.1 The power of national courts to apply Community law of their own motion and their duty to do so.	63
4.2 Procedural rules hindering the ex officio application of Community law by national courts.	66
5. List of references.	69

* Previously published as WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 3/2002

1. Private enforcement v Public enforcement of EC Law.

It would be hard to deny that the enforcement of Community legislation has up to now proceeded by means of a private enforcement model, as opposed to the public one initially provided for by the EC Treaty. This has been particularly true in the field of social law, where European citizens have been ensured of substantive rights deriving from Community law more by national courts acting on Article 234 preliminary references than by the European Court of Justice acting on Article 226 infringement procedures.

This is not to be seen merely as a result of the inner weaknesses of the centralised public model based on infringement procedures. The absolute prevalence assumed over the years by the private enforcement model is rather to be understood as a corollary of the “twin pillars” of the Community legal order. The progressive consolidation of the doctrines of supremacy and - mostly - direct effect have altered the equilibrium between the public and the private route to the judicial enforcement of Community law, shifting the balance towards the latter.

And indeed, had the Court of Justice not “discovered” supremacy and direct effect¹⁰⁴, the enforcement of EC law would have been entirely left either to the eagerness of the individual Member states to comply with their duties, or to the willingness (or the possibility) of the Commission to activate Article 226 proceedings¹⁰⁵. In either case, individual “Euro-litigation as an enforcement strategy for European labour law”¹⁰⁶ would certainly not have played the role it has actually been playing since the seventies.

It is within this broad framework that (national) remedies and procedures have become a fundamental complement for the effectiveness of (European) substantive rights. The pivotal role of individual litigants claiming enforcement of EC rights before a national court explains the emphasis gained by judicial remedies within the case law of the European Court of Justice. And in fact, once the preponderance of the private enforcement model¹⁰⁷ was acknowledged, it was unavoidable for the European Court to take into account the national sanctions and rules of procedure to be applied when disputing the effective enforcement of Community law.

1.1 Effective judicial protection: a principle born of (but not confined to) direct effect.

Reasons of conceptual clarification require a distinction to be made between judicial remedies *for the effective enforcement of rights deriving from Community law* (A), and judicial remedies *for breaches of EC law* (B). Nevertheless, it is also true that - as regards the contents of the general principle of effective judicial protection - the two aspects tend to overlap (§ 1.2).

(A) The first body of judicial remedies - *for the full effectiveness of rights deriving from Community law* - refers to cases in which the relevant EC Directive has been correctly implemented by the national legislation, and yet its full and definite effectiveness requires the availability of both sound rules of procedure and “adequate” or “dissuasive” sanctions. As has been clearly stated,

¹⁰⁴ For a stimulating overview of the most recent developments of direct effect doctrine, see (Prechal 2000).

¹⁰⁵ Or of the Member states to activate Article 227 proceedings.

¹⁰⁶ As (Bercusson 1996) at 145 explicitly defines it.

¹⁰⁷ Or, as others prefer to describe it, the “decentralised system of justice” of the Community legal order (Tridimas 2000) at 35.

“there is no doubt that the requirements [of effective judicial protection] also apply in the case of infringements of national provisions which implement a directive.”¹⁰⁸ And it is the case to add that this is by no means a surprising situation: it is quite possible that the substantive provisions of a Directive are correctly implemented by a Member state, without any judicial remedy for their violation being available.

The Court of Justice has repeatedly considered this situation as incompatible with the full effectiveness of EC law.

In a first phase, the Luxembourg judges relied upon the specific “enforcement provision” contained in Article 6 of the Equal Treatment Directive. In *Von Colson*,¹⁰⁹ they declared that - even if the “substantive” part of the 1976 Directive had been implemented in the German legal order by art. 611*bis* BGB - this was not sufficient to ensure that the Directive was “fully effective, in accordance with the objective which it pursues”, in the absence of adequate remedies for discrimination. More recently, the European Court stated in *Coote*¹¹⁰ that national legislative provisions which were specially introduced in order to implement the Equal Treatment Directive must be reviewed in the light of the principle of effective judicial protection¹¹¹: according to the Court, the absence of remedies would be liable to jeopardise not the implementation of the Directive as such, but rather the “implementation of the aim pursued by the Directive”.

In a second phase - and basing on the duty of co-operation provided for by Article 10 of the Treaty - the Court of Justice extended the scope of its jurisprudence by requiring adequate national remedies to be available for the violation of rights conferred by EC law, even in the absence of any specific “remedies provisions” in the concerned directive. In *Johnston*¹¹², for instance, the Court declared that the principle of effective judicial control “underlies the constitutional traditions common to the Member states and is laid down in articles 6 and 13 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, which must be taken into consideration in community law.” There should follow from this an extension of effective judicial protection beyond the field in which it was originally formulated, i.e. equal treatment: “if the Court is content to invoke the rule on effective sanctions in claims involving enforcement of the Equal Treatment Directive against private parties, the same should apply to *any directly effective* directive, provided that the *substantive* rights contained therein have been correctly implemented”.¹¹³

In a third phase – which is currently under way - the Court’s jurisprudence on effective enforcement has been, so to say, positivized in European legislation; sometimes by reproducing within

¹⁰⁸ (Prechal 1997) at 5. Italics in the original.

¹⁰⁹ Case 14/83, *Von Colson and Kamann v Land Nordrhein-Westfalen* [1984] ECR 1891, on which see (Curtin 1985).

¹¹⁰ Case C-185/97, *Belinda Jane Coote v Granada Hospitality Ltd.* [1998] ECR I-5199

¹¹¹ Sometimes defined as the principle of “effective judicial control”, as in case 222/84 *Johnston v Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary* [1986] ECR 1651.

¹¹² *Johnston*, see note n. 8.

¹¹³ (Ward 1998) at 70.

the legislative text the precise wording previously used by the Luxembourg judges. And so it happens that in the proposal for the long-awaited “information and consultation” Directive¹¹⁴ one finds the same “effective-proportionate-dissuasive penalties” formula which appeared in earlier case law¹¹⁵. In addition, the same formula is adopted in the proposal for the new amending Equal Treatment Directive¹¹⁶.

It is worth noting, anyway, that the last generation of EC social Directives already contains specific “enforcement provisions” similar to that contained in Article 6 of the Equal Treatment Directive. The new 2001 transfers of undertakings directive, for instance, obliges Member States to introduce “such measures as are necessary to enable all employees and representatives of employees who consider themselves wronged by failure to comply with the obligations arising from this Directive to pursue their claims by judicial process”¹¹⁷. Still more explicit is the recent Framework Employment Equality Directive, requiring Member States to “ensure that judicial and/or administrative procedures, including where they deem it appropriate conciliation procedures, for the enforcement of obligations under this Directive are available to all persons who consider themselves wronged by failure to apply the principle of equal treatment to them, even after the relationship in which the discrimination is alleged to have occurred has ended”¹¹⁸. It is easy to predict that this new generation of enforcement provisions will give fresh impetus to the principle of effective judicial protection intended as a remedy for the full effectiveness of rights that individuals derive from national legislation implementing EC law.

(B) It has been clarified thus far that the need to guarantee effective judicial protection of rights that individuals derive from EC law, does constitute a trouble even in those circumstances where the relevant Community directive has been transposed into the national legislation. However, since “effective enforcement” of Community law is not to be equated with implementation of EC directives, the model of private enforcement has developed beyond implementation and, sometimes, irrespective of implementation.

This is why the principle of effective judicial protection has been primarily handled by the Court of Justice under the guise of a *remedy for the breach of EC law*; by “breach” of EC law meaning those circumstances in which no national implementing legislation had been adopted at the time of the events submitted to the court, even though the national judge was in front of a dispute which, following the direct effect doctrine, should have been regulated by EC law.

It is precisely in this kind of case that the Court of Justice had the opportunity to dwell upon the specific questions of procedure which are the object of this chapter: time limits, burden of proof

¹¹⁴ Article 7.2 of the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council establishing a general framework for informing and consulting employees in the European Community, COM (2001) def. 296 of 23.05.2001.

¹¹⁵ Case 68/88, *Commission v Greece* [1989] ECR 2965.

¹¹⁶ Considerandum n. 12 and Article 6.2 Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Council Directive 76/207/EEC on the implementation of the principle of equal treatment for men and women as regards access to employment, vocational training and promotion, and working conditions, COM (2000) 334 of 7.06.2001.

¹¹⁷ Article 9 Directive 2001/23/EC. A similar provision is present in the 1998 collective redundancies directive (Article 6 Directive 98/59/EC).

¹¹⁸ Article 9 Directive 2000/78/EC.

and *ex officio* application of EC law by national judges. Questions such as those examined in *Johnston*¹¹⁹, *Emmott*¹²⁰ *Marshall II*¹²¹, *Steenhorst-Neerings*¹²², *Johnson*¹²³, *Van Schijndel*¹²⁴, *Magorrian*¹²⁵, and *Fantask*¹²⁶ originated from disputes which at the time of the facts were covered not by national implementing legislation, but rather by Community rules that - due to their being clear, precise, unconditional and not requiring further Member state action - the Court considered as directly applicable.

1.2 A unitary system of remedies for different functions of effective judicial protection.

Having described the two possible ways of viewing the function of effective judicial protection within the EC legal order, it should be pointed out that the Court of Justice has been inclined to shape both of them in quite similar, if not identical, terms.

Either in its representation as a remedy for the effective enforcement of transposed EC directives (§ 1.1.A), or in its variation as a remedy connected to the direct effect of non-transposed EC directives (§ 1.1.B), the principle of effective judicial protection has been constructed by the Court of Justice as a unitary system of substantive remedies and procedural issues responding to common requirements aimed at ensuring the full effectiveness of rights deriving from Community law.

In this perspective, effective judicial protection could be depicted as a sort of transversal principle crossing through the three pillars of the Community private enforcement model: direct effect, indirect effect and State liability.

According to European court case law, in fact, national remedies and procedures must be able to accord effective judicial protection, no matter whether the substantive right to be guaranteed derives from the direct effect of clear, precise and unconditional Community rules; or from an interpretation of national law consistent with the purpose of Community law; or from the State liability for failure to transpose Community law. Whichever of the three routes a substantive Community right has followed to reach the national legal order, it must be exercised in the light of a single principle of effective judicial protection: in all of the three cases mentioned above, the sanctions must be adequate and the procedural terms of the action not framed so as to render the exercise of those rights excessively difficult. And it is, in fact, easy to note that the “excessively difficult or practically impossible” test is proclaimed in exactly the same wording in direct effect

¹¹⁹ See note n. 8.

¹²⁰ Case 208/90, *Emmott v Minister for Social Welfare and Attorney General* [1991] ECR I-4269.

¹²¹ Case C-271/91, *Marshall v Southampton and South West Hampshire Area Health Authority* [1993] ECR I-4367, on which see (Fitzpatrick and Szysczak 1994).

¹²² Case C-338/91, *Steenhorst-Neerings v Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor Detailhande* [1993] ECR I-5475.

¹²³ Case C-410/92, *Johnson v Chief Adjudication Officer* [1994] ECR I-5483.

¹²⁴ Joined cases C-403/93 and C-431/93, *Van Schijndel and Van Veen v Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten* [1995] ECR I-4705.

¹²⁵ Case C-246/96, *Magorrian and Cunningham v Eastern Health and Social Service Board and Department of Health and Social Services* [1997] ECR I-7153.

¹²⁶ Case C-188/95, *Fantask A/S v Industriministeriet* [1997] ECR I-6783.

cases¹²⁷ as well as in State liability cases¹²⁸; and the need for “adequate and proportionate” sanctions is evoked by the Court in direct effect cases¹²⁹, as well as in indirect effect cases¹³⁰, and even in infringement cases¹³¹.

The broad description of the rationale behind the EC system of remedies, as conducted so far¹³², is aimed at pointing out two intermediate conclusions, which are essential to introduce the specific analysis that will follow.

First, a preliminary analysis of ECJ jurisprudence substantiates those views according to which “the requirement of judicial protection as an overriding principle of Community law has its origin in the far-reaching doctrine of direct effect”¹³³. This explains why procedural questions largely connected with the application of the direct effect doctrine - such as those relating to time limits - have gained greater magnitude in the case law of the Court of Justice. Nonetheless, it is also true that the Court’s jurisprudence on remedies has developed beyond its “direct effect” origin, embracing profiles of effective judicial protection not necessarily linked to direct effect and, hence, to non-implementation of Community directives. In this sense, it may be said that enforcement questions may arise *irrespective* of implementation/non-implementation of the EC rules involved. And this is why in the subsequent sections all kinds of cases - whether connected to implemented or a non-implemented Community legislation - will be taken into consideration.

Second, the focus on indirect effect underlying the origins of the ECJ’s jurisprudence on remedies is also useful to make clear why the vast majority of remedy cases are equality cases. This did not happen by chance. To the extent that the chronicle of ECJ jurisprudence reveals a clear connection between effective remedies and direct effect, it is hardly surprising that the principle of effective judicial protection has been stated in disputes which originated from the non-transposition of directly effective Community provisions: i.e., and typically, equal treatment provisions, also due to the presence of art. 141 (ex art. 119).

1.3 The specific questions of procedure.

The principle (and - to the extent that they are expressly provided - the specific provisions) of effective judicial protection requires that individuals claiming a Community right should be entitled to a “judicial remedy” before the courts. According to the European Court, a judicial remedy essentially consists of three things: access to judicial protection and sound rules of procedure, availability of interim measures, and adequate reparation for the infringement of these rights. As the last two are developed in other chapters in this volume¹³⁴, it is possible here to restrict the relevant facets of ECJ jurisprudence to the following areas of procedural law: time limits, burden of proof, and *ex officio* application of Community law; the first being more extensively discussed

¹²⁷ Case 199/92, *San Giorgio* [1983] ECR 3595, para. 12.

¹²⁸ Cases C-6/90 and C-9/90, *Francovich and others v Italy* [1991] ECR I-5357, para. 43.

¹²⁹ *Marshall II*, see note n. 18.

¹³⁰ *Von Colson*, see note n. 6.

¹³¹ *Commission v Greece*, see note n. 12.

¹³² For a complete analysis see the chapter by B. Fitzpatrick in this volume.

¹³³ (Van Gerven 2000a) at 440.

¹³⁴ For which see, respectively, the chapters by Jonas Malmberg and Michael Gotthardt in this volume.

than the others, as suggested by analysis of the most recent European jurisprudence.¹³⁵

Probably because of their very same nature, these questions have been submitted to the attention of the European Court quite frequently; certainly more than other “enforcement” questions analysed in this volume (for example: more than those related to the administrative sphere). This is why investigation of these subjects cannot but heavily rely on European court case law, primarily developed through a series of Article 234 (ex 177) procedures giving rise to a number of quite technical questions that increasingly fill the agenda of European law debate. At the same time, it is precisely in the light of this intense judicial dialogue that a comparative analysis of the rules of procedural enforcement should be conducted. This is indeed one of the fields of legal integration where European rules are destined to “cohabit” with national assets, as is unmistakably and typically revealed by the “comparability” or “equivalence” principle, according to which national procedural rules governing the enforcement of EC law must not be less favourable than those governing similar domestic actions¹³⁶.

2. Time limits.

One of the main elements to be taken into consideration when substantiating a judicial remedy is undoubtedly related to a series of restrictions having to do with “time.” Indeed, this is precisely one of the profiles that have been repeatedly submitted to the attention of the European Court. In defining the essence of a judicial remedy, there can be three kinds of time-related questions: a) How much time does one have at his/her disposal in order to claim a right before a court? b) When does this amount of time begin to run? c) What are the retroactive effects of the claim brought into the judicial proceeding? Obviously, the three profiles are often interrelated within a single dispute; but for reasons of conceptual clarity, it seems appropriate here to deal with them separately.

2.1 Time limits for bringing action.

The first question - determining the period of time individuals have at their disposal to bring a judicial claim - is neither new nor peculiar to the enforcement of rights conferred by EC law. On the contrary, all national systems have always had such limitation periods with a view to safeguarding legal certainty requirements. And the European Court also basically shared this view by asserting, in application of the principle of national procedural autonomy¹³⁷, that the laying down of reasonable time limits for the judicial enforcement of rights conferred by EC law, is not in and of itself contrary to their full effectiveness¹³⁸.

This is not to mean that Community law has nothing to say in this regard. One of the two counter-

¹³⁵ In the last decade, the portion of case law devoted to time limits (§. 2) has certainly been much more significant than those related to burden of proof (§. 3) and *ex officio* application of Community law (§. 4).

¹³⁶ The necessity to couple the “Community” and the “comparative” approach in the study of judicial remedies is emphasized by (Van Gerven 2000a). On the whole, the study of EC/Comparative law dynamics is increasingly referred to in the current debate as an unavoidable methodological stance in the future development of legal research. In connection with this, see the essays collected in (Sciarra, ed. by 2001) and the concluding remarks by S. Simitis in the same volume.

¹³⁷ See the chapter by B. Fitzpatrick in this volume.

¹³⁸ See, among many others, cases C-279/96, C-280/96 and C-281/96, *Ansaldo Energia and others v Amministrazione delle Finanze dello Stato* [1998] ECR I-5025; C-231/96, *EDIS v Ministero delle Finanze* [1998] ECR I-4951; C-326/96, *Levez v T.H. Jennings* [1998] ECR I-7835.

limits of national procedural autonomy requires that national procedural remedies should not be less favourable than those relating to similar actions of a domestic nature nor framed so as to render the exercise of a Community right excessively difficult. An EC/comparative law exercise to review national time limits should therefore ascertain whether national time limits to bring action for the protection of Community rights - however dissimilar they may be between the member states - are able to satisfy the above-mentioned requirements of effectiveness.

In this connection - and without any claim to exhaustiveness - some of the judicial developments that have taken place within domestic legal orders are worth mentioning to the extent that they may confirm or contradict some aspects of that process of communitarization of national remedies perceived (or perhaps recommended) by some authors¹³⁹.

It is interesting, for instance, to note that in some cases national time limits to challenge before a court the validity of a dismissal have been somehow "communitarized" by national judges. In Germany and the Netherlands, for instance, the *Bundesarbeitsgericht* and the *Hoge Raad* have been ready to extend the time limits laid down in ordinary dismissal cases¹⁴⁰, when the contested dismissal is allegedly grounded on a transfer of undertaking, contrary to what Community law prescribes. The Dutch Supreme Court, in particular, set aside the six months' limitation period usually applied to judicial claim in dismissal cases. Based on the uniform interpretation principle, it asserted that the national time limit provision was to be interpreted in conformity with the 1977 Transfers of Undertakings Directive, which does not allow for a term of limitation¹⁴¹. It is worth mentioning that on that occasion the Supreme Court came to its conclusion in spite of the fact that the time limit in Community-related actions was not different from the limit provided for in similar actions of a domestic nature.

Ultimately, what this kind of jurisprudence reveals is that, in some cases, national judges have gone even beyond what the non-discrimination principle would have required: in the above-mentioned Dutch case law, a Community-related action was placed in a *more* favourable position than a merely domestic action would have been, thus suggesting that a sort of "procedural added value" could sometimes be found when a Community right is claimed in front of a national court.

However, it would be difficult to invoke this peculiar case law as an expression of a deliberate and overall inclination to secure the effective enforcement of EC labour law. In the very same Dutch legal order, for instance, the two-month time limit laid down for the annulment of dismissals based on sex discrimination is, without any apparent reason, shorter than the six-month limit laid down for other kinds of dismissal, and therefore - contrary to what the equivalence principle would require - definitely less favourable than the one governing similar domestic actions.

In general terms, there is no doubt that the national time limits for the judicial enforcement of Community rights do not correspond to any sort of uniformity, either among or within the Member states. Just to give a few examples, judicial actions brought before national courts in order to

¹³⁹ See (Van Gerven 1995 and 2000a).

¹⁴⁰ Respectively three weeks and six months.

¹⁴¹ HR 29-12-1995, NJ 1996, 418.

enforce the same fundamental sex equality principle are governed by a series of extremely varying limitation periods whose rationality would be difficult, if not impossible, to ascertain. Limitation periods vary not only from Member state to Member state¹⁴², but also within a single Member state, from equal pay to equal treatment claims, and, within a single Member State and a single kind of claim, even from court to court¹⁴³.

As a sort of preliminary conclusion on the first “time-related” question, it is therefore possible to say that it wholly falls into the realm of national procedural autonomy, without any counter-limit of effectiveness or equivalence having narrowed it. Hardly ever, and possibly never, has the Court of Justice made use of the two counter-limits to declare that the *length* of a national time limit was framed so as to render the exercise of rights conferred by Community law virtually impossible; and seldom has it engaged in detecting whether a national time limit laid down for Community-related actions differs from that relating to similar actions of a domestic nature. If not else, this is because the investigation proves to be a very difficult task, since it is “often far from clear whether a purely domestic issue can be equated with a Community one”¹⁴⁴.

Where the European court has certainly been most active and willing to develop effective enforcement jurisprudence - at least up to a certain stage - is rather in the second time-related question, which will be dealt with in the following section.

2.2 When does the limitation period begin to run?

If the respectful tribute paid to national procedural autonomy has avoided the Court to scrutinise the duration of national time limits, usually considered as “reasonable”, the second time-related question in the enforcement of EC labour law has certainly been more “Community-influenced”.

Fixing the starting date of a limitation period is actually no less important than fixing the very extent of it; particularly when - as happens with the application of Community law - the identification of the date at which the individual right can be claimed may not be so clear an issue. With regard to the very important *Preston* case¹⁴⁵, for instance, it has been written that: “the central issue regarding the six-month limitation was not the imposition of the limit *per se*, but rather the date from which it should apply”.¹⁴⁶

When dealing with time limits of this kind, in other terms, the source attributing the rights that are claimed in the judicial action should not be underestimated. In the case of Community derived

¹⁴² The time limit to challenge the discriminatory refusal of social security benefits, for instance, is six weeks in the Netherlands and six months in the UK.

¹⁴³ See, for instance, the *Levez* case (note n. 35), concerning the two-year limit on arrears of remuneration provided for by the UK Equal Pay Act; a provision operating in effect as a limitation to bringing action. According to the observation presented to the European Court by the UK government, the limit in question would not have been applied if the applicant had brought the action before an ordinary County Court instead of an Employment Tribunal.

¹⁴⁴ (Craufurd Smith 1999) at 294. The quotation refers to the first “national” (British) phase of the *Preston* case, which later arrived in Luxembourg following a preliminary reference raised by the House of Lords (case C-78/98, *Shirley Preston and others v Wolverhampton Healthcare NHS Trust and others* [2000] ECR I-3201). For an analysis of *Preston*, and of its second national phase, see *infra* §§. 2.2 and 2.3.

¹⁴⁵ See the preceding note.

¹⁴⁶ (Busby 2001) at 493.

rights, indeed, the normative source conferring the substantive right (usually a directive) presents some specific peculiarities as to the determination of its “coming into force”, i.e. as to determination of the moment at which the rights conferred by it become “effective” and therefore justifiable for the individuals concerned.

This is what the ECJ has been willing to take into consideration in its famous, albeit much disputed and by now revised, *Emmott* jurisprudence¹⁴⁷. In that case - labelled by commentators as “devastating” and “revolutionary”¹⁴⁸ - the Court clearly stated what should be considered a natural precondition of any effective judicial protection mechanism: “so long as a directive has not been properly transposed into national law, individuals are unable to ascertain the full extent of their rights”. This state of uncertainty exists - according to the *Emmott* doctrine - precisely with regard to directives that, by being directly effective, would be capable of attributing individual rights even in the absence of any State intervention. To the extent that it is not acknowledged in due time by the applicant, however, even a directly effective directive may risk remaining ineffective, should the national time limit elapse without the individual having brought any judicial proceeding. This situation - the Court dared to assume in *Emmott* - would not be compatible with the full effectiveness of Community law: it would not be fair to allow a defaulting Member state to rely on (unaware) individuals’ delays in initiating proceedings in order to oppose claims based on Community law.

This kind of procedural limitation usually arises in cases where a financial claim is brought - as far as labour law is concerned, typically, social security benefits. It is, however, also possible to imagine the effects of the issues discussed above on different kinds of claims. For example, in a situation where the Working Time Directive has not been properly implemented, and an employer’s¹⁴⁹ negation of the directly effective right to annual paid leave has been disputed in court¹⁵⁰, it is one thing to make the time limit for the judicial action run from the day of the employer’s refusal - which would probably make the action impossible due to the expiry of the national time limit to bring judicial action; and it is quite another thing to make it run from the date on which the Working Time Directive was properly implemented into national law. This is why the European Court affirmed in *Emmott* that a limitation period laid down by national law cannot begin to run before a directive has been properly transposed: “only the proper transposition of the directive will bring that state of uncertainty to an end”.

It is easy to understand, at this point, the reasons why *Emmott* was immediately disputed by many commentators laying emphasis on the serious consequences it was capable of having. As has

¹⁴⁷ See note n. 17.

¹⁴⁸ Respectively, (Szyszczak 1997) at 109 and (Flynn 2000) at 51. For earlier comments on the *Emmott* case, see (Szyszczak 1992), (Barnard 1993).

¹⁴⁹ In view of the fact that the direct effect of clear, precise and unconditional Community rules is still confined to vertical relationships, the term “employer” is here to be read as any “emanation of the State” or any “body having special powers beyond those which result from the normal rules applicable to relations between individuals” (case C-188/89, *Foster v British Gas* [1990] ECR I-3313).

¹⁵⁰ On the direct effect of Article 7 of the Directive 93/104/CE, see the recent *BECTU* case (case C-173/99, *The Queen and Secretary of State for Trade and Industry ex parte Broadcasting, Entertainment, Cinematographic and Theatre Union*, 26th June 2001, not yet reported in the ECR. In the UK, the direct effect of the annual paid leave provision had been declared by an Employment Appeal Tribunal in the *Gibson v East Riding of Yorkshire Council*, 3rd January 1999, in 631 *IDS Brief* 7. This decision was afterwards revised by the Court of Appeal on 21st June 2000 in *East Riding of Yorkshire Council v Gibson*, in 665 *IDS Brief* 8.

been written, “Emmott meant that, by definition, actions based upon directly effective rights under directives could be brought *at any time, regardless of national limitation periods*”¹⁵¹. An outcome whose (financial) importance becomes immediately manifest when one realises that most of the time limit restrictions apply to cases concerning either benefits which have been unlawfully denied (mainly in the field of social security law), or charges which have been unduly paid (mainly in the field of tax law).

As already mentioned, however, the *Emmott* jurisprudence was quite promptly curtailed by the very Court of Justice in its successive case law; so it would be possible to say that the Emmott principle - albeit never formally repudiated - is now considered in Luxembourg as “a moment of judicial madness”.¹⁵²

It would not be accurate to say that the revisionist approach to *Emmott* has been linear and consistent. On the contrary, a number of different solutions have been experimented before arriving at the final and present stage.

In *Texaco*¹⁵³, for instance, a quite problematic diversity between the direct applicability of the Treaty and the direct effect of Directives was drawn, in order to restrict the Emmott principle only to the latter and to conclude that it is not contrary to Community law that a national time limit applicable to claims for repayment of duties levied in breach of Article 95 TCE could run from an earlier point in time than that from which the duties were discontinued. In this way, an opposite solution was given to a situation very similar, if not identical, to the issues discussed in *Emmott*. In both cases, the expiry of a national time limit precluded the exercise of a Community right not to pay or to receive a sum of money; but the right not to pay unlawful charges under the Treaty was considered in different terms than the right to receive the financial benefits made available by Directive 79/7/EEC. A diversity of solutions that is, indeed, hardly justifiable.

Another way of escaping *Emmott* has been that of emphasising the peculiar events that had induced Mrs. Emmott to delay her judicial action. She had actually been ready to bring a proceeding in due time, but the Irish authorities advised her to wait until the judgement of the Irish High Court on another related dispute had been settled. When that moment arrived, however, the limitation period for bringing action had elapsed and Mrs. Emmott found herself deprived of any possibility of claiming her rights. This was sufficient for the Court to state that when the behaviour of national authorities is not as misleading as that of the Irish Ministry towards Mrs. Emmott, Community law does not exclude that a national time limit may begin to run even before a directive has been properly transposed.¹⁵⁴

The starting date of a national time limit for bringing an action was also among the (many) issues disputed in the highly debated *Preston* case¹⁵⁵. Many of the claims submitted by British part-time

¹⁵¹ (Coppel, 1996) at 153. Emphasis added.

¹⁵² (Flynn 2000) at 55.

¹⁵³ Cases C-114/95 and 115/95, *Texaco A/S v Middelbart Havn and others* [1997] ECR I-4263.

¹⁵⁴ So the Court stated, among others, in *Fantask*, see note n. 23; case C-290/96, *Ministero delle Finanze v Spac Spa* [1998] ECR I-4997, and in case C-228/96, *Aprile Srl v Amministrazione delle Finanze dello Stato* [1998] ECR I-7141.

¹⁵⁵ See note n. 41.

workers discriminated against in access to occupational pension schemes risked being time-barred following application of sec. 2(4) of the Equal Pay Act, according to which no claim on equal pay may be brought later than six months after the termination of employment¹⁵⁶. According to the applicants, such a time limit should have begun to run only from the date when UK law started to comply with Community law by banning all forms of indirect discrimination as far as membership in pension schemes was concerned; that is, from the coming into force of the Occupational Pension Schemes (Equal Access to Membership) Amendment Regulations 1995.

As was quite predictable, the European Court, called to declare its opinion following a preliminary procedure raised by the House of Lords, did not take any position on the matter, and it passed the hot potato back into the hands of the House of Lords, who were simply supposed to verify - in the light of the equivalence principle - whether the time limit in question was less favourable than those applying to similar domestic actions. The long-awaited response of the House of Lords arrived in early 2001¹⁵⁷. The Lords found that a sufficiently similar comparator to the procedural rule in question was to be detected in the time limits applicable to claims for breach of contract. Since this time limit is six years and the time limit applicable to equal pay claims is six months, one could have expected the latter to be deemed as definitively less favourable than the former, and therefore set aside in the name of the equivalence principle¹⁵⁸. However, this was not the case for Lord Slynn of Hudley, whose subtle argumentation deserves to be entirely quoted: "there are thus factors to be set against the difference in limitation periods. As has already been seen the claim under a contract can only go back six years from the date of the claim whereas a claim brought within six months of the termination of employment can go back to the beginning of employment or 8 April 1976 (the date of the judgement in *Defrenne v Sabena*)¹⁵⁹, whichever is the later. Moreover the claimant can wait until the employment is over, thus avoiding the possibility of friction with the employer if proceedings to protect her position are brought during the period of employment, as will be necessary since the six-year limitation runs from the accrual of a completed cause of action. It is in my view also relevant to have regard to the lower costs involved in the claim before an Employment Tribunal and if proceedings finish there the shorter time-scale involved. The period of six months itself is not an unreasonably short period for a claim to be referred to an Employment Tribunal. The informality of the proceedings is also a relevant factor. I am not satisfied that in these cases it can be said that the rules of procedure for a claim under section 2(4) are less favourable than those applying to a claim in contract. I therefore hold that section 2(4) does not breach the principle of equivalence"¹⁶⁰. The only admitted withdrawal of national procedural autonomy in front of the principle of effectiveness of Community law was

¹⁵⁶ "No claim in respect of the operation of an equality clause relating to a woman's employment shall be referred to an industrial tribunal [...] if she has not been employed in the employment within the six months preceding the date of the reference".

¹⁵⁷ House of Lords, 8th February 2001. The judgement may be read at www.publications.parliament.uk/pa/ld200001/ldjudgmt/jd010208/presto-1.htm.

¹⁵⁸ This was also the consideration which was put forward by (Ryan 2001) in footnote 84. According to the Author "it is arguable that the fact that time limits in other areas of labour law are longer than six months (six years in the case of breach of contract claims to a county court), or can be extended by a tribunal, means that sec. 2(4) fails the test of equivalence".

¹⁵⁹ On the different problem regarding the retroactive effect of the claims submitted in *Preston*, see *infra*, §. 2.3.

¹⁶⁰ Para 30-31.

carried out in application of the “practically impossible” test, and it was represented by the particular solution offered by the House of Lords with regard to employment relationships resulting from a succession of fixed-term or temporary contracts. In such cases, strict application of the six-month time limit would have required a number of separate actions to be brought at the end of each period of service. This, according to the Court of Justice’s judgement, could not pass the “excessively difficult or practically impossible test”: “in the case of successive short-term contracts [...] setting the starting point of the limitation period at the end of each contract renders the exercise of the right conferred by article 119 of the Treaty excessively difficult”¹⁶¹. This very reasonable argument was accepted by the Lords, who stated that in the case of “a succession of short-term contracts concluded at regular intervals in respect of the same employment”¹⁶² the limitation period runs from the end of the last contract forming part of that relationship.

The very instructive story of *Preston*, from UK to Luxembourg and back, tells us how an interpretation of the equivalence principle entirely left to national courts may very closely resemble full recognition of national procedural autonomy.

There is no doubt, indeed, that the recovery of national procedural autonomy has been the guiding star of post-*Emmott* jurisprudence in the field of time limits. Moreover, it seems quite clear that the restriction of *Emmott* to its own facts is to be seen as a sort of *a-posteriori* validation constructed by the Court in support of its politically (or financially) driven choice to leave *Emmot* aside. Anyway, if it is true that the uniqueness of *Emmott* is represented by the Court as definitively and explicitly linked to the peculiarity of the events giving rise to it, it is also true that this would not have been such a refined legal argument. Therefore much more subtle and interesting, from a systematic point of view, are the other ways followed by the Court of Justice in order to draw a distinction between *Emmot* and the subsequent case law adopted in the field of time limits.

Recalling the threefold partition of time-related questions announced at the beginning of §. 2, it is now possible to say that the distinction between time limits to bring action (§. 2.1) and temporary restriction on back payments (§. 2.3) – however artful it may seem – was precisely the legal construction elaborated by the Court of Justice in order to justify the validity of its jurisprudential *révirement* as regards identification of the date on which the limitation periods begin to run (§. 2.2). This is what the final part of this section will be about.

2.3 Time limits on the retroactivity of the claim.

The third time-related question arising in the effective enforcement of EC labour law deals with the retroactive effects of judicial claims brought in order to obtain a Community-derived right. This third question presupposes that the first two procedural limitations have been somehow overcome: i.e. that the judicial action has been brought within the national limitation periods, whenever they are considered to run from, and that a proceeding has therefore commenced.

Just as happens when disputing about the starting date of a limitation period, so what is usually involved when talking about the retroactivity of a claim is a financial benefit; quite frequently a social security one. In these kinds of cases, retroactivity questions occur when the judicial action

¹⁶¹ *Preston*, para. 68.

¹⁶² Something that, by the way, may raise a number of interpretative problems.

is brought by the employee long after the right came into existence - for instance, once the employment relationship has terminated - and when national provisions exist such as those providing that “no person shall be entitled [...] to any benefit in respect of any period more than twelve months before the date on which the claim is made”¹⁶³; or those providing that “benefits for incapacity for work are payable not earlier than one year before either the date on which they are claimed”¹⁶⁴.

Now – just to stick to the latter proviso - what if the circumstances brought into the proceeding date back more than twelve months and at that time they were already covered by a directly effective EC provision?

In *Steenhorst-Neerings*¹⁶⁵ - often described as the beginning of the removal of *Emmott* - a female employee was claiming a social security benefit based on the 1979 equal treatment in social security directive. Mrs. Steenhorst-Neerings claimed her rights before the national court in May 1988. The Court recognised that the direct effect of that directive had to be backdated to December 1984, i.e. the deadline assigned to Member states for transposition of the directive in question. Nonetheless, Dutch procedural law prescribed that the applicant could obtain the benefit only as from twelve months before the action was brought, i.e. May 1987. The question addressed to the European court was therefore whether a situation in which a directly effective EC rule was left deprived of any effect whatsoever for a whole two and a half years (from December 1984 to May 1987) was acceptable for Community law.

In cases like this, it should be noted, what is disputed is not a time limit similar to that affecting Mrs. Emmott’s claim. Unlike *Emmott*, the employee was not entirely barred from bringing an action; she was rather prevented from obtaining the full amount of benefits she could have received had the directive been transposed in due time. Is this a good reason to allow Member states to maintain national time limits depriving (for a certain period) Community law of any effectiveness?

According to the Court of Justice’s post-*Emmott* jurisprudence, the answer to the question above is a definite yes. Once it had distinguished between procedural rules affecting the right to rely on Directives against a defaulting Member State, and procedural rules merely limiting the retroactive effect of claims made for the purpose of obtaining the relevant benefits¹⁶⁶, the Court had no difficulty in disallowing the former and accepting the latter. Nor is the application of national retroactive limits to claims aimed at obtaining either arrears of benefit or restitution of charges excluded by the principle of equivalence. As explicitly stated by the Court in *EDIS*¹⁶⁷, the principle of equivalence does not oblige a member state to extend its most favourable rules governing

¹⁶³ The norm of the British Social Security Act 1975 disputed in the *Johnson* case, see note n. 20.

¹⁶⁴ The norm of the *Dutch Algemene Arbeidsongeschiktheidswet* (General Law on Incapacity for Work) disputed in *Steenhorst-Neerings*, note n. 19.

¹⁶⁵ See note n. 19. For a comment see (Sohrab 1994).

¹⁶⁶ *Steenhorst-Neerings*, para. 21. Similar wording is used in *Johnson*, para. 30 (“the national rule does not constitute a bar to proceedings; it merely limits the period prior to the bringing of the claim in respect of which arrears of benefit are payable”).

¹⁶⁷ See note n. 35.

recovery under national law to all actions for repayment of charges or dues levied in breach of Community law¹⁶⁸.

In a perspective aimed at verifying the effective enforcement of EC labour law, the solution adopted by the Court is far from satisfactory; to the extent that accepting time limitations on the retroactivity of the claim could produce effects vastly similar to those deriving from the application of time limits for bringing the claim.

By conceptually distinguishing between two kinds of time limit whose application often determined the same result of leaving employees dispossessed of their Community rights, indeed, the Court of Justice undoubtedly sacrificed the requirements of effectiveness on the altar of legal certainty and, most of all, of financial compatibility¹⁶⁹; as had already happened in the celebrated *Barber* case¹⁷⁰. It is the very same wording used by the Court that confirms this kind of interpretation: a national rule restricting the retroactive effect of claims for benefits “serves the requirements of sound administration, in particular as regards the need to preserve financial equilibrium in a scheme in which claims submitted by insured persons in the course of a year must in principle be covered by the contributions collected during that same year”¹⁷¹ Even a rapid review of the case law which developed after *Emmott*, on the other hand, proves that almost all the *grands arrêts* of the Court of Justice in the field of time limits are the result of preliminary references raised from countries such as Ireland, the United Kingdom, the Netherlands and Italy; that is to say, the countries where the application of *Emmott* would probably have determined the largest financial problems: either for the financial equilibrium of the social security schemes as far as the first three countries are concerned¹⁷², or for the tax administration in the latter case¹⁷³.

¹⁶⁸ In *EDIS* the Court was asked whether Community law permitted actions for the reimbursement of charges paid in breach of a Community law to be subject to a time limit of three years, a period which differed from the limitation period (10 years) which Italian law laid down for actions for the recovery of sums paid between individuals when they were not due.

¹⁶⁹ As regards *Steenhorst-Neerings*, for instance, (Sohrab 1994) at 884 openly observes that “the ECJ allowed financial considerations to counterbalance - and defeat - the full remedy for past discrimination”.

¹⁷⁰ In *Barber*, the limitations on the retroactive effect of the judgement was clearly not due to a national procedural rule, but rather to a sort of brand new “Community time limit”. The effect, however - and, most of all, the financial motivation of the judgement - was quite similar to the one subtending the post-*Emmott* case law.

¹⁷¹ *Steenhorst-Neerings*, para. 23.

¹⁷² The disputes were social security related in the UK cases *Johnson*, see note n. 20; *Levez*, see note n. 35; *Preston*, see note n. 41; in the Irish case *Magorrian*, see note n. 22; in the Dutch case *Steenhorst-Neerings*, see note n. 19.

¹⁷³ The disputes were tax related in the Italian cases *Ansaldo* and *EDIS* see note n. 35; *Aprile* and *Spac*, see note n. 51; and in case C-343/96, *Dilexport v Amministrazione delle finanze dello Stato*, [1999] ECR I-399.

Leaving aside the quite anomalous *Deutsche Telekom* case,¹⁷⁴ the line of reasoning inaugurated with *Steenhorst-Neerings* - explicitly and effusively confirmed in *Fantask*¹⁷⁵ - could still be deemed to be the guiding star of the most recent ECJ jurisprudence, notwithstanding some judgements apparently contradicting it.

In *Magorrian*¹⁷⁶, for instance, the occupational scheme applicable to mental health nurses awarded more favourable pensions to employees having a minimum scheme membership of twenty years of full-time work. This proviso - clearly and undisputedly sex discriminatory¹⁷⁷ - had to be coupled with the Irish procedural rules concerning access to membership of occupational pension schemes¹⁷⁸, stating that the right to be admitted to a scheme is to have effect from a date no earlier than two years before the institution of proceedings. In the two years prior to the bringing of the claim, Mrs. Magorrian worked on a part-time contract, so it was doubted whether her access to the most favourable pension scheme could be excluded, either partially or totally.

Having again evoked the seminal distinction between national rules limiting the period in respect of which backdated benefits could be obtained, and national rules thoroughly preventing access to a benefit, the Court considered the Irish time limit as falling within the latter typology, even if this was not the only possible understanding of the case¹⁷⁹.

Anyway, even though the national time limit was set aside in *Magorrian*, this is not to be seen as a return to *Emmott*, since the “great divide” emerging from *Steenhorst-Neerings* and *Fantask* - inadmissibility of time limits excluding access to a Community right/admissibility of time limits reducing the amount of the benefits to be given or of the charges to be refunded - was still fully

¹⁷⁴ In a burst of Europeanism probably unparalleled in any other Member state, the German legislation excludes whatsoever limitations on the retroactivity of claims brought for the application of Community legislation on equal treatment. This applies even with regard to cases - such as those related to part-time discrimination in pension schemes - which may be more problematic as far as the retroactivity of the claim is concerned. The situation was so sensationally compliant with the full effectiveness of Community law that a German court wondered whether this was not too much. In particular, the Landesarbeitsgericht of Hamburg asked the European Court whether the prohibition of retroactivity contained in the “Barber Protocol” could prevail over the German constitution which specifically precludes a prohibition of retroactivity of equality claims. The apprehensions of the Landesarbeitsgericht had, of course, a financial ground. Specifically, the German court asked the Court whether the unlimited retroactivity permitted pursuant to the German Grundgesetz constituted a breach of Community law from the standpoint of disproportionate discrimination against nationals, such as the German pension funds affected by the claims. The answer of the Court of Justice - accustomed to dealing with diametrically opposed cases, concerning the compatibility of a national limitation of retroactivity rather than an unlimited retroactivity - was that the limitation in time of the possibility of relying on the direct effect of Article 119 TCE, resulting from the judgment in *Defrenne II*, was to be intended only as a minimum requirement. Where national rules do not pose specific problems on the retroactivity of claims, in other terms, Community law imposes that retroactivity should go back, *at least*, to 8th April 1986 (the date of *Defrenne II*). It follows that Community law does not preclude national provisions by virtue of which part-time workers are entitled to retroactive membership in occupational pension schemes even beyond that date. (case C-50/96, *Deutsche Telekom AG v Schröder* [2000] ECR I-743).

¹⁷⁵ See note n. 23.

¹⁷⁶ See note n. 22.

¹⁷⁷ The clear-cut jurisprudence on the matter dates back to Case 43/75, *Defrenne v Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena* [1976] ECR 455.

¹⁷⁸ Regulation 12 of the Occupational Pension Schemes (Equal Access to Membership) Regulations 1976 n. 238.

¹⁷⁹ In a very careful analysis of the ECJ remedies jurisprudence in the field of equality, (Kilpatrick 2001) strongly contests the interpretation given by the Court. According to the author, the Irish rule of procedure was to be classified precisely among those limiting the *amount* of a benefit, and not *access* to it. “Some doubts” on the accuracy of the understanding of the national rule in question are also cast by (Coppel 1998) at 259.

applied in the case.

Also in the other case in which a national time limit was set aside - *Levez*¹⁸⁰ - the result was not dictated by a Court's will to return to *Emmott*. On the contrary, the Court made all possible efforts in order to exclude any "return-to-*Emmott*" appraisal of its judgement. In the case of Mrs. Levez, once more, an equal pay claim was at issue, and again one whose full achievement was endangered by the notorious section 2(5) of the British Equal Pay Act 1970, according to which "no arrears of remuneration may be awarded in respect of a period more than two years prior to the date of commencement of proceedings". The Court's statement that "Community law precludes the application of a rule of national law which limits an employee's entitlement to arrears of remuneration for breach of the principle of equal pay to a period of two years prior to the date on which the proceedings were instituted", does not mean that the Court resuscitated *Emmott*. On the contrary, the Court openly affirmed that the two-year limit on back payments "is not in itself open to criticism"¹⁸¹, to the extent that it does not prevent access, but just limits the amount of the equal pay claim. How could it then be that the Court found the same national time limit inapplicable to the claim brought by Mrs. Levez? The fact is that Mrs. Levez's claim had been delayed as a result of deception by her employer having falsely declared to her the amount of salary paid to her male predecessor. It was therefore the misconduct of the employer and not the time limit in itself which was reproved by the European Court, thus leaving wholly untouched the validity of the by now well-established "great divide" carved in cases such as *Steenhorst-Neerings* and *Fan-task*.

And it is precisely such a "great divide" that was again applied by the Court in one of the most awaited judgements of the last few years: *Preston*.

The answer given by the Court in *Levez* had led some commentators to foresee - with some degree of good reason - that "The respondents in *Preston* will be encouraged by the ECJ's ruling in relation to the principle of effectiveness that, absent deceit by the employer, there is nothing unlawful about a two year limitation period"¹⁸².

Rather surprisingly, however, the Court's judgement in *Preston* found precisely that there was indeed something wrong in a limitation period excluding any payment in respect of a time earlier than two years before the date on which the proceedings were instituted¹⁸³. Something which patently concerned the great number of UK part-timers that had long been excluded from occupational pension schemes¹⁸⁴. Following *Preston*, more than sixty thousand employees involved in the case obtained calculation of their part-time employment in their pensionable service as of 8th

¹⁸⁰ See note n. 35.

¹⁸¹ *Levez*, para 20.

¹⁸² Coppel J., *The Decision of the ECJ in Levez v Jennings (Harlow Pools) Ltd*, November 2000, www.11kbw.com/Articles/Employment%20Law/jco_levezecj.htm

¹⁸³ This is the same sec. 2(5) of the Equal Pay Act already disputed in *Levez*. More precisely, the rule disputed in *Preston* was regulation 12(1) of the Occupational Pension Schemes (Equal Access to Membership) Regulations 1976, according to which the two-year limit was also to be applied to actions to secure equal treatment regarding entitlement to membership of an occupational pension scheme.

¹⁸⁴ In fact, until the Occupational Pension Schemes (Equal Access to Membership) (Amendment) Regulations 1995 prohibited, as from 31 May 1995, all direct or indirect discrimination on grounds of sex regarding membership of any occupational pension scheme.

April 1986¹⁸⁵, provided they are ready to pay the contributions relating to the period of membership concerned¹⁸⁶.

The conceptual foundation of the solution adopted by the Court in *Preston* should be clear from what has repeatedly been said above: the “great divide” was again invoked by the Luxembourg judges assuming that “the object here was to claim retroactive membership of the scheme rather than retroactive arrears of benefit under the scheme”¹⁸⁷. According to the Court, the two-year limit in question “would *deprive* the persons concerned of the additional benefits under the scheme to which they were entitled to be affiliated”¹⁸⁸. Whether this was really the case, as a matter of fact, is not at all certain, since it does not seem that difficult to argue that the application of the national rule would have just *limited*, not excluded, membership to the occupational scheme¹⁸⁹. The more is true, that in the same *Preston* judgement the Court recognised - in a somewhat inexplicable paragraph contradicting what had been written some lines before - that “the procedural rule at issue does not totally deprive the claimants of access to membership”¹⁹⁰.

Be it as it may, it is not the concrete outcomes of the ECJ jurisprudence that are interesting to note here, but rather the strengthening of the conceptual tools progressively elaborated by the European court as regards the problem of time limits. By elaborating the “great divide” theory, the Court has somehow rationalised the way of looking at the different effects of different time limits in the judicial enforcement of Community law. Those procedural limits supposed to prevent any possibility of exercising a Community right are promptly set aside in application of the general “practical impossibility” test¹⁹¹. On the contrary, those supposed to limit merely the “measure” of the right are still considered as invulnerable bastions of legal certainty.

It is thus in the above-described terms that the juridical conceptualisation leading Court of Justice case law in the field of time-limits is to be represented. And it is a construction that - in the search for a balance between national procedural autonomy and effectiveness of Community law - could not but be accepted as reasonable¹⁹². The material classification of the different time limits in one or other of the two conceptual categories just mentioned is, however, another matter. Here the Court of Justice has perhaps demonstrated less lucidity, letting its choices be guided by contingent evaluations leading it “into a set of *ad hoc*, and often factually tenuous distinctions which disposed of the cases before it without providing any satisfying, long term coherence”.¹⁹³

3. Burden of proof.

Matters related to the allocation of burden of proof in employment disputes have always been

¹⁸⁵ The date of *Defrenne II*, see note n. 74, by which the direct effect of art. 119 was clearly stated.

¹⁸⁶ Something which, according to (Busby 2001) at 497 will probably diminish the practical impact of *Preston*: “Given the passage of time relevant to some of the claims it is, thus, unlikely that many of the women involved will have access to the necessary funds”.

¹⁸⁷ (Kilpatrick 2001) at 28 of the manuscript.

¹⁸⁸ *Preston*, para. 40. Emphasis added.

¹⁸⁹ (Kilpatrick 2001).

¹⁹⁰ *Preston*, para. 43.

¹⁹¹ See *supra*, § 1.2.

¹⁹² From another perspective, the ECJ’s “great divide” is not at all considered as reasonable by (Sohrab 1994) at 882, who asks “why should partial enjoyment of a right be seen as a lesser denial of a person’s rights under a Directive?”.

¹⁹³ (Kilpatrick 2001) at 29 of the manuscript.

considered as a cornerstone of effective judicial protection, being one of those fields of law where procedures come very close to the substance itself of the rights conferred.

The sensitivity of the different Member states' procedural traditions towards the crucial role of burden of proof as a way of strengthening the effectiveness of substantive labour law rules has undoubtedly not been homogeneous. Certainly no Member state, for instance, could match the extremely careful attention devoted to these issues by the Swedish legal order since 1937. At that time, the Swedish Labour Court established a quite advanced rule to be applied to disputes concerning right of association. According to this rule, the burden of proof is divided in such a way that the employee has to contend that a violation of the right of association has occurred, following which the employer has to prove that a particular reason existed for his action quite apart from the question of the right of association¹⁹⁴. As can be seen, something very close to the rules prescribed in the Burden of Proof Directive.

On the opposite extreme, other countries have not demonstrated an analogous sensitivity toward the issues in question. As concerns France – a country where litigation on equality issues is traditionally scarce – a recent Community Report has underlined that “the burden of proof in discrimination cases poses considerable obstacles. The courts do not seem to be willing to follow the Community case law in this respect”¹⁹⁵.

The reference to discrimination cases as a battlefield where the affirmation of an “effective” version of burden of proof is ascertained is by no means fortuitous or unintended. In fact, in a similar - and probably still more marked - way to what happened with the questions scrutinised in §. 2, the issues related to the role of evidential rules in the effective judicial enforcement of EC labour law have been primarily submitted to the attention of the European Court with specific reference to one particular substantive area of EC labour law: i.e. equal treatment between men and women.

After a decade of jurisprudential intervention on the matter (§. 3.1), the “equal treatment” origin of the Community principles on burden of proof encountered a coherent legislative achievement through the 1997 Burden of Proof Directive. This “positivisation” of the Community evidential rules constitutes a peculiarity in respect of the time limit issues: whereas the latter - as has already been said above - are almost entirely left to jurisprudential interpretation, the former did in the end find a legislative source of regulation in what is probably the first and only piece of Community legislation entirely devoted to regulation of the procedural aspects of judicial enforcement of employment right (§. 3.1). More recently, other references to the burden of proof regulation are to be found in the two “equality” Directives: the so-called “Article 13 TCE Directive” implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin¹⁹⁶, and the other Directive, more specifically related to employment, establishing a general

¹⁹⁴ See (Schmidt 1977) at 73.

¹⁹⁵ See the Report *Monitoring, implementation and application of Community Equality Law*, by the Legal Experts' Group on Equal Treatment of Men and Women, European Commission, Directorate-General for Employment, Industrial Relations and Social Affairs, Unit V/D.5, 1999.

¹⁹⁶ Directive 2000/43/EC of 29 June 2000.

framework for equal treatment in employment and occupation.¹⁹⁷ Both of the Directives - coming into force in 2003 - provide for specific burden of proof provisions, having the peculiarity of one being a photocopy of the other.¹⁹⁸

This being said about the equal treatment characterisation of all the Community legislation concerning burden of proof, it should also be added that, since the early 1990s, Community rules on burden of proof in employment matters “emancipated” themselves from their equal treatment origin, trying to give rise to a (potentially) more general application of the effectiveness principle, as will be outlined in §. 3.2.

3.1 Evidential rules built from equal treatment directives.

The first time the Court of Justice had to deal with a national evidential rule, it had to “condemn” a quite “tough” Irish rule giving a State certificate the value of conclusive and insuperable proof. It was absolutely clear to the Court that such a rule could not be considered as compatible with an even minimal understanding of effective judicial protection. And indeed this is precisely what the Court stated: “The principle of effective judicial control [...] does not allow a certificate issued by a national authority stating that the conditions for derogating from the principle of equal treatment [...] are satisfied to be treated as conclusive evidence so as to exclude the exercise of any power of review by the courts”¹⁹⁹

Following this first statement, the principle of effective judicial protection has been invoked by the Court several other times, in cases in which the violation of the effective enforcement of Community equality law was not so blatant as in *Johnston*. This second - and very well-known - strain of judgements may be condensed in the triptych of judgements usually referred to when talking of burden of proof in the Community legal order: *Danfoss*, *Dekker* and *Enderby*²⁰⁰. In the first case, the essential correlation between evidential rules and the effectiveness of Community law was drawn from an interpretation of the Equal Pay Directive; in the second case, from an interpretation of the Equal Treatment Directive; in the third, from an interpretation of Article 119 (now Article 141) of the Treaty.

In both *Danfoss* and *Enderby*, what was affirmed by the European Court was the need to shift the burden of proof from the employee to the employer when discussing alleged wage discriminations. In the first case, however, shifting the burden of proof was not affirmed as a general unconditional principle to be applied in *any* equal pay case. Rather, the Court related the application of the rule to the specificity of the pay system adopted in the particular undertaking concerned.

¹⁹⁷ Directive 2000/78/EC of 27 November 2000.

¹⁹⁸ Member States shall take such measures as are necessary, in accordance with their national judicial systems, to ensure that, when persons who consider themselves wronged because the principle of equal treatment has not been applied to them establish, before a court or other competent authority, facts from which it may be presumed that there has been direct or indirect discrimination, it shall be for the respondent to prove that there has been no breach of the principle of equal treatment (Article 8 of 2000/43/EC and Article 10 of the 2000/78/EC Directives).

¹⁹⁹ *Johnston*, see note n. 8, para 21.

²⁰⁰ Case 109/88, *Handels-og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark v Dansk Arbejdsgiverforening for Danfoss* [1989] ECR 3199; case 177/88, *Dekker v Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen Plus* [1990] ECR I-3941; case 127-92, *Enderby v Frenchay Health Authority and Secretary of State for Health* [1993] ECR I-5535.

It was stated, indeed, that it is for the employer to prove that his practice in the matter of wages is not discriminatory, if a female worker establishes that the average pay for women is less than that for men. However, this applies only in so far as “an undertaking applies a system of pay which is totally lacking in transparency”.²⁰¹

Definitely more capable of general application - beyond the peculiarities of the case concerned - was the statement put forward in *Enderby*. In this case, the Court paid special attention in not limiting the need to shift the burden of proof only to the specific circumstances of the dispute²⁰². It is true that in *Enderby* too the “normal” principle - according to which *onus probandi incumbit ei qui dicit* - is clearly reaffirmed as the general rule to be applied to discrimination cases²⁰³. However, the principle of effective judicial protection did allow - or, better, required - the Court to state that the *onus probandi* has to shift when that is necessary to avoid depriving workers who appear to be the victims of discrimination of any effective means of enforcing the principle of equal pay. For this situation to occur, it suffices, according to the European Court, that two elements arise from the analysis of the case: a) an indirect discrimination alleged through b) statistical *prima facie* evidence. “Where significant statistics disclose an appreciable difference in pay between two jobs of equal value, one of which is carried out almost exclusively by women and the other predominantly by men, Article 119 of the Treaty requires the employer to show that that difference is based on objectively justified factors unrelated to any discrimination on grounds of sex”²⁰⁴. A plain application of the “impossible in practice” component of the effectiveness principle guided the pronouncement of the Court on that occasion: “Workers would be unable to enforce the principle of equal pay before national courts if evidence of a *prima facie* case of discrimination did not shift to the employer the onus of showing that the pay differential is not in fact discriminatory”²⁰⁵.

Still connected to evidential rules, and yet related to a slightly different profile was the case submitted in *Dekker*²⁰⁶. In that case, the issue at stake was whether it was contrary to the 1976 Equal Treatment Directive that a claim based on it could succeed only on condition that the employee also proved his employer’s fault. It is quite a recurrent phenomenon, in fact, for national systems to provide for procedural exemptions according to which the employer’s liability for discriminatory treatment is subject to proof of a fault attributable to him (at least this was the case as far as the Dutch legislation in *Dekker* was concerned). The position of the Court towards these procedural exemptions was clear-cut²⁰⁷. Furthermore, its judgement is to be considered as eminently

²⁰¹ *Danfoss*, para. 13.

²⁰² As the lack of transparency was in *Danfoss*.

²⁰³ “In principle, the burden of proving the existence of sex discrimination as to pay lies with the worker who, believing himself to be the victim of such discrimination, brings legal proceedings against his employer with a view to removing the discrimination”, para 13.

²⁰⁴ *Enderby*, para. 19.

²⁰⁵ *Enderby*, para. 18.

²⁰⁶ See note n. 97.

²⁰⁷ “When the sanction chosen by the Member State is contained within the rules governing an employer’s civil liability, any breach of the prohibition of discrimination must, in itself, be sufficient to make the employer liable”, *Dekker*, para. 25.

significant in a more general perspective, since it was not that common - in a context still pervaded by the procedural autonomy doctrine - for a national procedural rule to be clearly considered as incompatible²⁰⁸ with the effective enforcement of EC law.

As has already been said above, the regulation of burden of proof in sex discrimination cases is the only procedural issue whose regulation has been positivized through a piece of Community legislation. In fact, Directive 97/80/EC takes its place along the path indicated by the Court of Justice's jurisprudence. In the Consideranda of the Directive, the tribute paid to the Court's authority is explicit²⁰⁹ and its legislative content follows the same line. When persons who consider themselves wronged "establish facts from which it may be presumed that there has been direct or indirect discrimination, it shall be for the respondent to prove that there has been no breach of the principle of equal treatment".²¹⁰

Undoubtedly, it would not be possible to assert that the Burden of Proof Directive matches up to all the expectations many had placed on it.²¹¹ Furthermore, its scope is framed in such a way as to exclude the possibility for it to "cross" the boundaries of equal treatment within which the legislative provisions are confined. In fact, Article 3 explicitly states that the Directive shall apply (only) "to the situations covered by Article 119 of the Treaty and by Directives 75/117/EEC, 76/207/EEC and, insofar as discrimination based on sex is concerned, 92/85/EEC and 96/34/EC".

Unlike what one could presume them to be with regard to the jurisprudential principles proclaimed in cases such as *Von Colson*, *Johnston*, *Steenhorst-Neerings*, *Fantask*, *Magorrian*, *Preston*, the Directive's provisions do not seem open to an extensive interpretation which could allow them to be applied to other areas of Community labour law as well. Whereas those principles do answer to requirements which are common to enforcement of the whole of Community social legislation, the legislative provisions of the Burden of Proof Directive - meagre as they are - are to be considered as confined to the field of equal treatment.

3.2 Evidential rules built from the 91/533/EEC Directive.

Certainly less debated than the 'equal treatment' applications of the burden of proof issues, but probably more meaningful, at least as to their potentially wide-ranging extension, are other European developments in the field of burden of proof in employment-related matters.

These developments - quite recent if compared to those analysed in the preceding section - date back to a piece of Community social legislation which was considered as not particularly relevant

²⁰⁸ Clearly, the term "incompatible" is technically wrong, but it is used here in order to stress the unequivocal firmness of the principle affirmed by the ECJ.

²⁰⁹ "The Court of Justice has held that the rules on the burden of proof must be adapted when there is a *prima facie* case of discrimination and that, for the principle of equal treatment to be applied effectively, the burden of proof must shift back to the respondent when evidence of such discrimination is brought" (n. 18).

²¹⁰ Article 4.1 Burden of Proof Directive.

²¹¹ Almost four years after its adoption, an opportunity to prove or to disprove the scepticism surrounding the real impact of the Directive was missed due to a lack of time. Called upon to decide on a burden of proof question in a sex discrimination case, the Court of Justice did not even mention the Directive in its judgement (case 381/99, *Brunnhöfer v Bank der österreichischen Postsparkasse AG*, 26th June 2001, not yet reported in the ECR). This was due to the fact that the 1997 Directive could not be considered applicable to the events submitted in the case, dating back to the period 1994-97.

at the moment of its adoption, and which was later revalued by jurisprudential developments. The Directive in question is 91/533/EEC on employers' obligation to inform employees of the conditions applicable to the contract or employment relationship²¹²; the ECJ judgements referred to here are those delivered in the *Kampelmann* and *Lange*²¹³ cases, both arising from preliminary rulings referred by German courts.

By obliging employers to provide employees with written information of the conditions applicable to their contract of employment²¹⁴, Article 2 of the 1991 Directive raises the question of the probative value to be given to the information provided by the employer "not later than two months after the commencement of employment" (Article 3.1).

In the *Kampelmann* case two German employees had applied for promotion to a higher grade but their applications were refused on the ground that the previous written assessment of their category had been incorrect and that their work corresponded to a lower category that did not qualify them for higher grading.

The question posed by the Hamm Landesarbeitsgericht was whether the 1991 Community Directive implied a reversal of the burden of proof, requiring the employer to prove that his previous written notification of grading was incorrect. In particular, the question was framed as follows: "is it the purpose of Article 2 of the Directive to modify the burden of proof in the employee's favour, in that the list of minimum requirements in Article 2(2) is intended to ensure that the employee does not encounter difficulties of proof regarding the listed points when enforcing his contractual rights in employment law disputes?"

Far from being a technical question related to a marginal piece of Community legislation, the question submitted to the European Court was a very momentous and potentially far-reaching one. Just to give a few examples, the right of a night worker to the free health assessment provided by Article 9.1.a of the Working Time Directive could be enforced more easily, to the extent that he will not be obliged to prove that he is a night-worker when the written statement so certifies. Still in the field of working time, an employee could profit from the probative value of the written statement if he chose to enforce his right not to modify his working hours unilaterally: in this case, he could indeed prove more easily that the agreed working time was different from

²¹² "Cinderella Directive" was the label coined by (Clark and Hall 1992). (Kenner 1999) at 205 talks of a Directive that was "obscure and unheralded at the time of its adoption".

²¹³ Cases C-253/96, C-254/96, C-255/96, C-256/96, C-257/96 and C-258/96, *Kampelmann and Others v Landschaftsverband Westfalen-Lippe, Stadtwerke Witten GmbH v Schade, Haseley v Stadtwerke Altena GmbH* [1997] ECR I-6907; case C-350/99, *Lange v. Georg Schünemann GmbH* [2001] ECR I-1061.

²¹⁴ The information given by the employer shall cover, at least:

"a) the identities of the parties; b) the place of work; where there is no fixed or main place of work, the principle that the employee is employed at various places and the registered place of business or, where appropriate, the domicile of the employer; c) (i) the title, grade, nature or category of the work for which the employee is employed; or (ii) a brief specification or description of the work; d) the date of commencement of the contract or employment relationship; e) in the case of a temporary contract or employment relationship, the expected duration thereof; f) the amount of paid leave to which the employee is entitled or, where this cannot be indicated when the information is given, the procedures for allocating and determining such leave; g) the length of the periods of notice to be observed by the employer and the employee should their contract or employment relationship be terminated or, where this cannot be indicated when the information is given, the method for determining such periods of notice; h) the initial basic amount, the other component elements and the frequency of payment of the remuneration to which the employee is entitled; i) the length of the employee's normal working day or week; j) where appropriate (i) the collective agreements governing the employee's conditions of work, or (ii) in the case of collective agreements concluded outside the business by special joint bodies or institutions, the name of the competent body or joint institution within which the agreements were concluded."

the time claimed by his employer. In general terms, employees will always have the possibility of easier judicial enforcement of their rights to the extent that they can prove more easily the terms and conditions applicable to their employment relationship.

Before dealing with the answer given by the Court in *Kampelmann*, it is worth noting that the burden of proof questions being scrutinised in this section differ conceptually from those treated in the previous one. In the “equal treatment” line of judgements, ECJ intervention was aimed at providing employees with adequate procedural means to give full effectiveness to substantive rights conferred by the same directives the Court was called to interpret. On the contrary, what was considered in *Kampelmann*, was the need to provide employees with adequate procedural means to give full effectiveness to a broader body of substantive rights, not restricted to one particular field of employment legislation. In fact, an interpretation of the written statement imposed by the Directive in terms of a document of proof against the employer could help to enforce substantive rights that are not conferred by EC law but are of national origin. As regards the field of employment law not covered by Community legislation, for instance, an employee would not need to prove that he or she is entitled to a certain remuneration to the extent that the initial basic amount and the other component elements of pay is one of the elements to be notified according to the 91/533 directive. Alternatively, still more significant, it would not be necessary for an employee to prove that his or her employment relationship is covered by the collective agreement referred to in the employer’s written statement.

This is why the preliminary question submitted in *Kampelmann* could have represented a decisive step in the effective judicial enforcement of substantive employment rights, putting forward a sort of “general EC procedural right” aimed at improving the enforcement of employees’ rights, whatever the source of those rights.

The answers given by the Court in *Kampelmann* and more recently in *Lange* are not without implications as far as the above issues are concerned, and they would probably have deserved a greater doctrinal echo than they actually had²¹⁵. As a matter of fact, these were the only occasions on which the Court has dealt with burden of proof issues in regard to employment matters not exclusively connected to equal treatment.

Although the Court was well aware of the fact that the 1991 Directive was “without prejudice to national law and practice concerning proof,”²¹⁶ this did not prevent it from asserting tenets assuming a certain significance in the perspective of effective judicial protection of substantive employment rights. In fact, assuming - as the Court did - that the information contained in the written statement enjoyed a “presumption of correctness”²¹⁷ is just a different - smoother - way to recognise that the written statement *does* actually affect national rules concerning burden of proof.

It is true that a careful application of the equivalence principle pushed the European Court to make it clear that the written statement considered by the Directive should (only) enjoy the same

²¹⁵ See (Kenner 1999) and (Rivara 1999)

²¹⁶ Article 6 Directive 91/533/EEC and *Kampelmann*, para 30

²¹⁷ *Kampelmann*, see note n. 110, para. 33.

presumption of correctness that “any similar document drawn up by the employer and communicated to the employee” would have in domestic law.²¹⁸ In this perspective, for instance, a similar or “equivalent” presumption of correctness was already recognised within the Dutch legal order²¹⁹ and, only as far as pay was concerned, within the French system. In this sense, it could be said that the *Kampelmann* interpretation of the Directive is not that sensational, since it restricts itself to recognising the “Directive” written statement as having the same probative value that existing “national” written statements already had.

Nevertheless, it should not be forgotten that, before the Directive was adopted, not all Member state legislation posed an employer’s *obligation* to provide employees with such a document. In addition, even where a similar obligation existed,²²⁰ probably no national legislation at all obliged employers to provide such a *detailed* statement²²¹.

As has been recognised by commentators²²², the *Kampelmann* judgement is therefore to be seen as an important step towards effective judicial protection. With all the caution imposed by the explicit obstacle of Article 6,²²³ the Court could not help realising that a strict interpretation of that proviso would have deprived the Community intent to “provide employees with improved protection against possible infringements of their rights and to create greater transparency on the labour market” of any effectiveness.²²⁴ Consequently, it declared that the “objective [of the directive] would not be achieved if the employee were unable in any way to use the information contained in the notification referred to in Article 2(1) as evidence before the national courts”.²²⁵ The obstacle of Article 6 was then circumvented by retaining that “the Directive does not itself lay down any rules of evidence”²²⁶, but at the same by requiring the national courts to “apply and interpret their national rules on the burden of proof in the light of the purpose of the Directive”.²²⁷

What has been illustrated so far is certainly not sufficient to affirm that the effect of the 1991 Directive was to reverse the burden of proof in the employee’s favour with regard to the contractual terms contained in the employer’s written statement²²⁸. Nevertheless, it is just as certain that with the judgements delivered in *Kampelmann* and *Lange*²²⁹ the Court of Justice placed “a

²¹⁸ *Kampelmann*, para. 33.

²¹⁹ According to Article 184 of the Dutch code of civil procedure, a declaration by one party in a written document must be held to be true, unless the contrary is proven. This implies that the worker can rely on this information insofar as the employer cannot prove it to be wrong.

²²⁰ For instance, in the UK, since the 1963 Contract of Employment Act.

²²¹ See note n. 111.

²²² (Kenner 1999) and, with more emphasis, (Rivara 1999).

²²³ “This Directive shall be without prejudice to national law and practice concerning:

- the form of the contract or employment relationship,
- proof as regards the existence and content of a contract or employment relationship,
- the relevant procedural rules”.

²²⁴ Considerandum n. 2 Directive 91/533/EEC.

²²⁵ *Kampelmann*, para. 32.

²²⁶ *Kampelmann*, para. 34.

²²⁷ *Kampelmann*, para. 33.

²²⁸ As was the case in the original Commission proposal - explicitly talking of a proof of employment Directive. See the complete reconstruction of the decision-making process leading to the 1991 Directive in (Kenner 1999).

²²⁹ All the references and quotations are taken from the *Kampelmann* case. In *Lange*, they were entirely confirmed.

heavy burden of rebuttal on the employer seeking to disprove his own statement”.²³⁰ Using wording very close to plain recognition of a reversal of the burden of proof, the Court stated that “The employer must be allowed to bring any evidence to the contrary, by showing that the information in the notification is either inherently incorrect or has been shown to be so in fact”²³¹. If the employer is to be allowed to bring any evidence to the contrary, one could add, it is implicitly affirmed that the written notification does have probative value, even though it would not be technically correct to talk of a full reversal of the burden of proof in the employee’s favour.

4. Ex officio application of Community law.

The last issue that will be taken into consideration in this review of the “effective judicial protection” cases that have come before the European Court of Justice is the ex officio application of EC law; i.e. the possibility, or the duty, for a national court to examine of its own motion whether national legislation complies with Community law, had not the individual relied upon it²³².

4.1 The power of national courts to apply Community law of their own motion and their duty to do so.

The first time the ex officio issue was raised in front of the Court of Justice was in *Verholen*²³³. In that case, a Dutch court asked the ECJ whether “Community law precludes the national courts from reviewing (of their own motion) a national legal provision in the light of an EEC directive, if an individual (possibly through ignorance) has not relied on the directive”. The answer of the Court of Justice was that “Community law does not preclude a national court from examining of its own motion whether national rules are in conformity with the precise and unconditional provisions of a directive, the period for whose implementation has elapsed, where the individual has not relied on that directive before the national court”²³⁴. The answer was certainly not surprising: as no national procedural limitation hindered the ex officio application of Community law, the European Court could not but reiterate that the full effectiveness of Community law does certainly not prevent national judges from applying EC rules of their own motion.

Things were not that simple and straightforward in two following judgements²³⁵, where the effectiveness problem was brought about by the fact that there did exist national procedural rules hindering ex officio application of Community law.

In *van Schijndel*, the questions raised by the Hoge Raad were manifold and extremely significant

²³⁰ (Kenner 1999) at 228.

²³¹ *Kampelmann*, para. 34.

²³² It has been held – that such an obligation – to the extent that it exists – could not be limited to directly effective provisions, but should rather be understood in such a way as to oblige national courts to provide a interpretation of national law of their own motion consistent with Community law (Prechal 1998).

²³³ Joined cases C-87/90, C-88/90 and C-89/90, *Verholen and others v Sociale Verzekeringsbank Amsterdam* [1991] ECR I-3757.

²³⁴ *Verholen*, para. 16.

²³⁵ Joined case C-430/93 and C-431/93, *van Schijndel and van Veen v Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten* [1995] ECR I-4705; case C-312/93, *Peterbroeck, Van Campenhout & Cie SCS v Belgian State* [1995] I-4599. The two somewhat conflicting judgements were given on the same day, 14th December 1995.

in their substantive content, since the dispute concerned compulsory membership in occupational pension schemes, which some years later was to be the object of the celebrated *Albany* case²³⁶. However, as far as effective judicial protection is directly concerned, the issue in question in *van Schijndel* can be summed up in two points.

First - in a very similar way to what was asked in *Verholen* - the national judge asked whether a domestic court has the duty to apply EC provisions where the party to the proceedings with an interest in application of those provisions has not relied upon them. The only difference between the two preliminary rulings was therefore that in *Verholen* the Court was asked whether Community law *precludes* national courts from applying EC law of their own motion; whereas in *van Schijndel* it was asked whether Community law *obliges* national courts to do so.

The answer to the second question was that Community law obliges national judges to apply EC rules of their own motion, but only to the extent that with a similar obligation exists in domestic law. The issue was therefore resolved through a plain application of the general principle of equivalence. When national courts *have the power* to raise of their own motion points of law which have not been raised by the parties, the same discretion exists as far as the ex officio application of Community law is concerned. Where, on the contrary, by virtue of domestic law, courts or tribunals *must* raise of their own motion points of law based on binding domestic rules which have not been raised by the parties, such an obligation also exists as far as binding Community rules are concerned.

In other terms, what *Verholen* and *van Schijndel* stated is that both the possible and the obligatory nature of ex officio application of Community law, subsist to the extent that they are provided for by national law. As for the concrete modalities whereby ex officio application of Community law may be carried out, the Court made it clear that it may occur either through an application of direct effect or through the adoption of a Community-law-consistent interpretation of national legislation²³⁷.

As for this first facet of the ex officio question, *van Schijndel* differs from *Verholen* in that it brings in - albeit in a somewhat incidental way - the concept of "binding Community rules". The duty for national judges to apply of their own motion Community law - provided such an obligation exists under national law - subsists only as far as the binding rules are concerned²³⁸.

On the interpretation of what is to be considered as an EC binding rule, however, the debate is open. It has always been difficult, within the national legal system, to identify which rules may be considered as an expression of public policy or *d'ordre public*. It is still more difficult to do so in a legal system such as that of the Community, where the concept of public policy may be harder to grasp.

²³⁶ Case C-67/96, *Albany International BV v Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie* [1999] ECR I-5751.

²³⁷ As the Court recently stated in *Fazenda Pública* (case C-446/98, *Fazenda Pública v Câmara Municipal do Porto*, 14th December 2000, not yet reported), "The power to raise of its own motion a question of Community law presupposes that the national court considers either that Community law must be applied and, if necessary, national law disapplied or that national law must be interpreted in a way that conforms with Community law" (para. 48).

²³⁸ *van Schijndel*, para. 13.

Recently, however, the notion of a Community rule of public policy seems to have been implied in a judgement where the duty of national courts to apply Community law of their own motion was affirmed without making it depend on any similar domestic rule. In *Océano Grupo Editorial*,²³⁹ the Court boldly affirmed that the effectiveness of Community consumer protection legislation requires national courts to determine of their own motion whether a term of a contract is unfair with regard to Directive 93/13/EC. Unlike *van Schijndel*, the Court of Justice did not submit the obligation of national courts to raise of their own motion points of law based on binding Community rules on condition that such an obligation also existed for binding domestic rules. On the contrary, it disregarded any consideration of equivalence in favour of a strong affirmation of the need to secure the full effectiveness of Community rules evidently considered as “binding”: “Effective protection of the consumer may be attained only if the national court acknowledges that it has power to evaluate terms of this kind of its own motion”²⁴⁰.

In *Eco Swiss*²⁴¹, the Court was still more explicit in qualifying a Treaty proviso (Article 85) as a rule of public policy. According to the Opinion of the Advocate General Saggio, national courts should regard the Community rules on competition as matters of “public policy” to the extent that the interests those rules tend to satisfy extends beyond private parties to other undertakings, potential competitors and consumers²⁴². It follows that, as a public policy rule, the application of Article 85 may justify the judicial annulment of an arbitration award even in those legal systems whose national rules of procedure allow an award to be annulled only on the grounds that it is contrary to public policy²⁴³. As the Advocate General suggested and the Court then agreed, the need to supervise arbitration awards to ensure that they are compatible with Community law is particularly felt in an area such as competition, where there is a general interest in observance of the rules to ensure the smooth functioning of the common market²⁴⁴.

Océano Grupo Editorial and *Eco Swiss* are two of those cases where the uncertain notion of a binding Community rule as an expression of Community public policy laboriously begins to emerge. Yet one cannot but agree with those commentators who note that sooner or later the Community legislator and/or the Court of Justice “will have to decide which provisions of Community law are *d’ordre public*”.²⁴⁵ It does not seem not odd to argue that in this demanding task they can now find a concrete reference in the EU Charter of fundamental rights, “since the public policy character is often linked to the fundamental nature of the provision at issue”.²⁴⁶

²³⁹ Joined cases C-240/98 to C-244/98, *Océano Grupo Editorial SA v Roció Murciano* [2000] ECR I-4941.

²⁴⁰ *Océano Grupo Editorial*, para. 26. On this judgement, and on the problems it is supposed to determine to the traditional approach of common law where “it is for the parties to advance the legal authorities on which they base their claims as well as the facts which give rise to their dispute”, see (Whittaker 2001).

²⁴¹ Case C-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd v Benetton International NV* [1999] I-3055.

²⁴² *Eco Swiss*, Opinion of the Advocate General, para. 34-39.

²⁴³ *Eco Swiss*, para.41.

²⁴⁴ *Eco Swiss*, Opinion of the Advocate General, para. 35, who then continued: “When the problem arises within national legal orders of balancing potentially conflicting requirements, such as the requirement to observe national procedural rules, on the one hand, and the functioning of a competitive market, on the other, the prime importance accorded to the competition rules in the Community legal order must always be taken into account in seeking that balance” (para 38).

²⁴⁵ (Prechal 1998) at 705.

²⁴⁶ (Prechal 1998) at 705.

4.2 Procedural rules hindering the ex officio application of Community law by national courts.

If the first issue which arose in *van Schijndel* may be considered as the physiology - or the normal functioning - of the ex officio application of Community law, the second issue relates to its pathology, that is to say, those situations in which national procedural rules prevent national judges from complying with their duty to apply on their own motion a point of Community law not required by the parties.

In the first two phases of the dispute taking place in the lower courts, Mr. Van Schijndel's claim to be exempted from compulsory membership of an occupational pension scheme had not been grounded on the compatibility of such a compulsory membership with Community competition law. When the case finally arrived before the *Hoge Raad*,²⁴⁷ Mr. Van Schijndel's barristers realised that Community law could be of some help in supporting the application of their client. Accordingly, they founded their Cassation plea on the contention that the Court of Appeal should have considered of its own motion the question of the compatibility of compulsory membership with Articles 85 and 86 and 90 of the Treaty.²⁴⁸ Too late?

The Hoge Raad judges found that the applicants were actually bringing into the proceedings "new" facts and circumstances, not previously raised before the lower courts; something that is not allowed by Dutch procedural law. Moreover - and leaving the "new facts and circumstances" issue aside - they doubted whether the lower court should have considered the Community point of law of its own motion, since Dutch procedural law is governed by the principle of judicial passivity, requiring courts not to go beyond the ambit of the dispute as defined by the parties themselves.

In short, what was discussed in *van Schijndel* was a conflict between the principles of effective judicial protection (under its guise of ex officio application of Community law), and national procedural autonomy (under the guise of the obligation for the courts to limit themselves to the ambit of the dispute as defined by the parties).

The conflict was resolved by the European Court through application of the "practically impossible-excessively difficult" test. Inaugurating a series of ad hoc assessments about the reasonableness of various national procedural rules hindering the effectiveness of Community law, the Court stated that in order to ascertain whether or not national procedural law renders the application of Community law impossible or excessively difficult, reference must be made "to the role of that provision in the procedure, its progress and its special features, viewed as a whole, before the various national instances. In the light of that analysis the basic principles of the domestic judicial system, such as protection of the rights of the defence, the principle of legal certainty and the proper conduct of procedure, must, where appropriate, be taken into consideration".²⁴⁹

²⁴⁷ The Dutch Court of Cassation.

²⁴⁸ At present, Articles 81, 82 and 86.

²⁴⁹ *van Schijndel*, para. 19. With regard to the slightly different question concerning the identification of the less favourable procedural rule, a very similar ad hoc approach was adopted in *Levez*, note 35, where the Court stated that whenever it falls to be determined whether a procedural rule of national law is less favourable than those governing similar domestic actions, the national court must take into account the role played by that provision in the procedure as a whole, as well as the operation and any special features of

The application of this kind of balanced consideration led the Court of Justice to assert that the national court's obligation to base its decision only on the facts put before it by the parties is justified to the extent that such a principle "reflects conceptions prevailing in most of the Member States as to the relations between the State and the individual; it safeguards the rights of the defence; and it ensures proper conduct of proceedings by, in particular, protecting them from the delays inherent in examination of new pleas".²⁵⁰ It follows, according to the European Court, that the passive role assigned to judges in resolving national disputes concerned with the application of Community law does not jeopardise the effectiveness of Community law; or, rather, that this kind of risk should be accepted in the name of national procedural autonomy.

Anyway, as always happens when a case-by-case approach is adopted, things are not predictable. They are so unpredictable, in fact, that a different conclusion on a similar case was given by the Court on the very same day *van Schijndel* was decided.

In *Peterbroeck*,²⁵¹ the impossibility for a national court to raise points of Community law of its own motion had again been submitted to the attention of the European Court. In a very similar way to *van Schijndel*, that impossibility was due to a "new plea" kind of obstacle. The only difference was that in *van Schijndel* the national procedural rule obstructing a new plea was constituted by the fact that Netherlands law excludes pleas in Cassation requiring a new examination of the facts. Whereas in *Peterbroeck* the national procedural rule obstructing a new plea was constituted by the fact that Belgian law prevents applicants from raising in the trial points of law not included in the complaint document as initially lodged or subsequently (within sixty days) modified.

Although the procedural causes preventing a new plea were different, the substantive effect was identical: that of preventing national courts from raising of their own motion a point of Community law not raised by the parties. Notwithstanding the evident analogies, the two "twin" judgments had opposite conclusions²⁵²: whereas in *van Schijndel* the Dutch procedural limitation was considered as compatible with the effectiveness of Community law, in *Peterbroeck* the Belgian procedural limitation was set aside²⁵³.

The apparent contradiction was explained by referring to a factor - present in *Peterbroeck* and absent in *van Schijndel* - that the Court considered as decisive. According to the Luxembourg judges, the maintenance of the Belgian procedural limitation would have prevented the national judiciary from any possibility of raising Article 177 (now 234) preliminary reference²⁵⁴. The ECJ

that procedure before the different national courts" (para. 44). The same reply was given by the Court in *Preston*, note 41, para. 61. This kind of approach, modulated on a case-by-case basis, is defined by (Prechal 1998) as a "procedural rule of reason test".

²⁵⁰ *van Schijndel*, para. 21.

²⁵¹ See note n. 132.

²⁵² The problematic coupling of *van Schijndel* and *Peterbroeck* as regards the uniform application of EC law is stigmatised by (De Búrca 1997).

²⁵³ The Court stated that Community law precludes application of a domestic procedural rule whose effect is to prevent the national court from considering of its own motion whether a measure of domestic law is compatible with a provision of Community law when the latter provision has not been invoked by the litigant within a certain period (*Peterbroeck*, para. 21).

²⁵⁴ Obviously, what was alluded to was the possibility of referring a "substantive" preliminary ruling, aimed at verifying the compatibility of national tax law - and not merely of national procedural rules - with Community law. The Belgian Cour d'Appel, actually, did raise the preliminary reference the ECJ was answering.

noted that the referring Brussels Cour d'Appel was the first court which could have made a reference, since in the Belgian system the first complaints of taxpayers are made to a fiscal authority which is not a court within the meaning of Article 177. Moreover, the ECJ considered that the same Cour d'Appel could also have been the last court having the possibility to refer a preliminary question, since no other national court in subsequent proceedings would have been able to consider the question of its own motion. This is why the Court deemed that in this case it was necessary to set aside the national procedural limitation preventing the Cour d'Appel from raising of its own motion the point of Community law and, therefore, raising a preliminary procedure before the Court of Justice.

According to some commentators, the preliminary reference argument was not an adequate justification for differentiating between the conflicting solutions given by the Court in *van Schijndel* and *Peterbroeck*. In fact, if the preclusion from referring preliminary rulings was the reason that induced the Court to set aside the national procedural rule which excluded an ex officio application of Community law, exactly the same could have been said in *van Schijndel*, where, on the contrary, a similar kind of national limitation was maintained.

In addition, another justification of the different solutions given in the two cases cannot be considered acceptable. With a view to strengthening further the argument concerning the impossibility to refer, the Court of Justice underlined that the first national authority dealing with the *Peterbroeck* case - a Regional Director of the Belgian tax office - was not a tribunal for the purposes of Article 177. Yet another reason for giving the Cour d'Appel the opportunity to make a reference, according to the Court of Justice²⁵⁵.

This argument, already challenged by critical commentators,²⁵⁶ was however discharged by the same Court of Justice in a later case.

In the already mentioned *Eco Swiss* case,²⁵⁷ a situation very similar to that of *Peterbroeck* had come about. The first "court" dealing with the *Eco Swiss* case was an arbitration tribunal, and therefore - according to consolidated jurisprudence²⁵⁸ - not in a position to make any preliminary ruling. The second court was indeed an "Article 177 court", but its faculty to raise a preliminary ruling was prevented by the elapse of the three-month time limit provided for claiming the judicial annulment of the award given by the arbitrators. The result of the two circumstances was

²⁵⁵ According to (Hoskins 1996) at 375, the different result reached in the two cases may be explained by the fact that the lower court in *van Schijndel* had the power to raise a Community point of its motion but did not exercise it, whereas in *Peterbroeck* the lower "court" did not have any such power at all. This opinion seems to disregard the fact that in *van Schijndel* the lower court too was "presumably equally as bound by its passive role" and could not therefore raise any point of Community law (De Búrca 1997) at 44. Anyway, it was not the impossibility of raising of its own a Community point *as such* that drove the Court to set the national limitation aside in *Peterbroeck*. Rather, it was the consequent impossibility of raising a preliminary procedure; in this regard, the facts of the two cases were quite similar. *Contra*, (Van Gerven 2000b) at 532 considers that "in *van Schijndel* the domestic law provision in issue was not depriving Article 234 (ex 177) of its substance, whereas in *Peterbroeck* the domestic law provision, as it was understood by the Court, did have that effect".

²⁵⁶ "Why should the issue of whether or not the lower court had power to refer be relevant to the issue of whether the parties ought to have raised the point of EC law, or to the issue of whether the Court on appeal should subsequently be entitled to raise the point of EC law of its own motion? (De Búrca 1997) at 44.

²⁵⁷ See note n. 138.

²⁵⁸ Case 102/81, *Nordsee Deutsche Hochseefischerei GmbH v Reederei Mond* [1982] ECR 1095.

that - precisely as had occurred in *Peterbroeck* - the possibility of raising a preliminary ruling was totally lost for that dispute.

The question submitted in *Eco Swiss* was therefore whether Community law required the rules of national procedural law to be set aside if this was necessary in order to judicially review an arbitration award supposed to conflict with (public policy rules of²⁵⁹) Community law.

The answer given by the Court of Justice in *Eco Swiss* openly contradicted the one given in the similar *Peterbroeck* case. Whereas in the latter case the Court had deemed that the non-judicial nature of the first "court" determined the impossibility of referring when the second court was also prevented from doing so by a national procedural limitation, in the former case its judgement was opposite. According to *Eco Swiss*, domestic procedural rules which restrict the possibility of applying for annulment of an arbitration award are fully justified by the basic principles of the national judicial system, such as the principle of legal certainty and acceptance of the *res judicata*²⁶⁰, no matter whether maintaining the national procedural limitation makes it totally impossible to raise a preliminary ruling for the dispute concerned.

Leaving aside the merits of the single questions, a more general evaluation of effective judicial protection jurisprudence cannot be omitted at the end of this chapter. Just as was the case with the issues regarding time limits (§. 2), with regard to ex officio application of Community law it is difficult to avoid noting a lack of uniformity in the judicial developments relating to effectiveness. Whereas the lack of *external* uniformity *among* national procedures and remedies is an understandable result of a Community policy which has never been keen on procedural harmonisation, or at least always aware of its difficulties²⁶¹; the lack of *internal* uniformity *within* the Court of Justice jurisprudence seems on the contrary much less comprehensible or justifiable.

It is not only national procedural limitations as such that may render the exercise of Community rights "excessively difficult". An ever-changing understanding of their compatibility with Community law may also render effective judicial protection less than easy.

5. List of references.

BARNARD C. (2000), *EC Employment Law*, Oxford University Press.

BARNARD, C. (1993), Note on the Emmott case, 22 *ILJ* 50.

BERCUSSON B. (1996), *European Labour Law*, Butterworths.

BUSBY N. (2001), "Only a Matter of Time", 64 *MLR* 489.

CLARK J. and HALL M. (1992), "The Cinderella Directive? Employee Rights to Information about Conditions Applicable to their contract or Employment Relationship", 21 *ILJ* 106.

COPPEL J. (1996), "Time up for Emmott?", 25 *ILJ* 153.

COPPEL J. (1998), "Domestic Law Limitations on Recovery for breach of EC Law", 27 *ILJ* 259.

²⁵⁹ For an illustration of the *Eco Swiss* case, see § 4.1.

²⁶⁰ *Eco Swiss*, see note n. 138, para. 46.

²⁶¹ Probably not utilizable in this connection is the new Article 65 of the Treaty, providing that measures in the field of judicial cooperation shall include, among others, the elimination of "obstacles to the good functioning of civil proceedings, if necessary by promoting the compatibility of the rules on civil procedure applicable in the Member States". See (van Gerven 2000b) at 523.

- CRAUFURD SMITH R. (1999), "Remedies for Breaches of EU Law in National Courts: Legal Variation and Selection", in CRAIG P. and DE BÙRCA G. (eds.), *The Evolution of EU Law*, Oxford University Press.
- CURTIN D. (1984), "Effective sanctions and the equal treatment directive: the von Colson and Hartz cases", 22 *CMLRev* 505.
- DE BÙRCA G. (1997), "National Procedural Rules and Remedies: The Changing Approach of the Court of Justice", in KILPATRICK C., NOVITZ T. and SKIDMORE P. (eds.).
- FITZPATRICK B. and SZYSZCZAK E. (1994), "Remedies and Effective Judicial Protection in Community Law", 57 *MLR* 434.
- FLYNN L. (2000), "Whatever Happened to Emmott? The Perfecting of Community Rules on National Time Limits", in KILPATRICK C., NOVITZ T. and SKIDMORE P. (eds.).
- HOSKINS M. (1996), "Tilting the Balance: Supremacy and National Procedural Rules", 21 *ELRev* 365.
- KENNER J. (1999), "Statement or Contract? Some Reflection on the EC Employee Information (Contract or Relationship) Directive after *Kampelmann*", 28 *ILJ* 205.
- KILPATRICK C. (2000), "The Future of Remedies in Europe", in KILPATRICK C., NOVITZ T. and SKIDMORE P. (eds.).
- KILPATRICK C. (2001), "Turning Remedies Around. A Sectoral Analysis of the Court of Justice", forthcoming in DE BÙRCA G. and WEILER J.H.H. (eds.), *The European Court of Justice*, Academy of European Law Series, Oxford University Press.
- KILPATRICK C., NOVITZ T. and SKIDMORE P. (eds.) (2000), *The Future of Remedies in Europe*, Hart Publishing.
- LONBAY J. and BIONDI A. (eds.) (1997), *Remedies for Breach of EC Law*, Wiley & Sons.
- PRECHAL S. (1997), "EC Requirements for an Effective Remedy", in LONBAY J. and BIONDI A. (eds.).
- PRECHAL S. (1998), "Community Law in National Courts: the Lessons from Van Schijndel", 35 *CMLRev* 681.
- PRECHAL S. (2000), "Does Direct Effect Still Matter?", 37 *CMLRev* 1047.
- RIVARA A. (1999), "La direttiva sull'informazione e l'effettività dei diritti", 81 *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali* 133.
- RYAN B. (2000), "The Private Enforcement of European Labour Laws", in KILPATRICK C., NOVITZ T. and SKIDMORE P. (eds.).
- SCHMIDT F. (1977), *Law and Industrial Relations in Sweden*, Almqvist & Wiksell International.
- SCIARRA S. (ed.) (2001), *Labour Law in the Courts. National Judges and the European Court of Justice*, Hart Publishing.
- SOHRAB J.A. (1994), Note on the Steenhorst-Neerings case, 31 *CMLRev* 875.
- SZYSZCZAK E. (1992), Note on the Emmott case, 29 *CMLRev* 604.
- SZYSZCZAK E. (1997), "Remedies in Sex Discrimination Cases", in LONBAY J. and BIONDI A. (eds.).

TRIDIMAS T. (2000), "Enforcing Community Rights in National Courts: Some Recent Developments", in KILPATRICK C., NOVITZ T. and SKIDMORE P. (eds.).

VAN GERVEN W. (1995), "Bridging the Gap Between Community and National Laws: Towards a Principle of Homogeneity in the Field of Legal Remedies?", 32 *CMLRev* 679.

VAN GERVEN W. (2000a), "Comparative Law in a Texture of Communitarization of National Laws and Europeanization of Community Law", in O'KEEFE D. and BAVASSO A. (eds.), *Liber Amicorum in Honour of Lord Slynn of Hadley*, Vol. I *Judicial Review in European Union Law*, Kluwer Law International.

VAN GERVEN W. (2000b), "Of Rights, Remedies and Procedures", 37 *CMLRev* 501.

WARD A. (1998), "New Frontiers in Private Enforcement of EC Directives", 23 *ELRev* 65.

WHITTAKER S. (2001), "Judicial interventionism and consumer contracts", 117 *The Law Quarterly Review* 215.

El tiempo de trabajo en España entre tradición y actualidad*

Giancarlo Ricci

1. En los albores de la disciplina sobre el tiempo de trabajo: de las primeras formas de “legislación social” a la Ley sobre Jornada Mínima Legal de 1931.	73
2. La jornada de trabajo en el sistema jurídico corporativo.	74
3. El cuadro institucional tras la entrada en vigor de la Constitución de 1978.	75
3.1. El sistema de fuentes.	76
3.2. La disciplina constitucional del tiempo de trabajo.	76
4. El modelo normativo “fuerte” del Estatuto de los Trabajadores (arts. 34-38).	77
5. La reforma de los años '80: el tiempo de trabajo entre políticas de reducción y modelos de flexibilidad.	80
6. La directiva comunitaria 93/104/CE y los efectos conformadores del ordenamiento español: la reforma de 1994/95.	86
6.1. La jornada de trabajo en la dimensión multiperiódica: ¿hacia la institucionalización de una relación de complementariedad entre ley y convenio colectivo?	87
6.2. La regulación de las horas extraordinarias: límites “anuales” y variedad de los mecanismos de compensación.	90
6.3. La negociación colectiva en la fase más reciente: módulos de implantación de la flexibilidad.	92
7. Reducción del tiempo de trabajo, cuestión de empleo, tiempo de trabajo y tiempo de vida: la reavivación del debate.	93
8. Conclusiones.	97
9. Referencias bibliográficas.	98

* Previously published as WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 4/2002

1. En los albores de la disciplina sobre el tiempo de trabajo: de las primeras formas de “legislación social” a la Ley sobre Jornada Mínima Legal de 1931.

Al igual que en otros países europeos en España las primeras intervenciones normativas sobre el tiempo de trabajo aparecen en la segunda mitad de siglo XIX.

El primer exponente representativo se encuentra en la *Ley Benot*, que introduce una serie de limitaciones en la duración de la jornada de las mujeres y los niños, empleados en fábricas, oficinas y minas²⁶².

A los primeros resultados concretos, en el terreno sobre la limitación del tiempo de trabajo y del control del régimen del tiempo penalizado se llega, sin embargo, en los primeros veinte años de 1900, con la *Ley de 3 de marzo de 1900*, que se caracteriza por un ámbito objetivo de aplicación más amplio que la *Ley Benot* (que comprendía los dependientes de comercio además de los de la industria), y la *Ley de 11 de julio de 1912*, que imponía una prohibición de trabajo nocturno femenino en la industria, en el período comprendido entre las 22 y las 5 horas del día siguiente, fijando al mismo tiempo un derecho al descanso diario de 8 horas consecutivas. Coetáneamente, el legislador español procedía a la aprobación de una compleja normativa de carácter sectorial, encaminada a introducir límites máximos en el tiempo de trabajo, variables en función de las distintas actividades tomadas en consideración: de ahí nacen una serie de leyes y reglamentos que regulan de forma diversa la duración del trabajo en la minería, en el sector textil y de la construcción, con jornadas de trabajo entre 9 y 10 horas (Alonso García 1960, 391). No faltan, por otro lado, disposiciones innovadoras, con la determinación de límites semanales o anuales de jornada (cfr. Merino Senovilla 1994, 64 nota 5; García Ninet 1982, 40).

La etapa más significativa del *iter* normativo es, no obstante, el *RD 3 de abril de 1919*, se trata de la primera regulación general en materia de jornada, que persigue introducir el doble límite de 8 horas diarias y 48 semanales para todos los trabajadores, en todo el territorio nacional.

Los sucesivos decretos reguladores, por otro lado, permitían la posibilidad de distribuir la jornada semanal en un arco temporal superior a los seis días, subsistiendo el consentimiento de las partes contratantes y quedando intacto el mantenimiento de los niveles salariales y, de forma más general, los derechos previamente adquiridos por el trabajador (García Ninet 1982, 44-45).

Con esta medida, se cerraba la fase de la así llamada “legislación social”²⁶³, caracterizada por una producción normativa en aluvión, casi siempre de carácter especial, pero “unificada”, por así decirlo, por una evidente *ratio* de tutela de la salud y de la integridad física de los trabajadores (Alarcón Caracuel 1988, 76-77).

Un notable progreso es, indudablemente, la aprobación de la *Ley sobre la Jornada Máxima Legal de 1931* (en adelante *LJML*). Ésta se configura, en primer lugar, como factor de racionalización del marco normativo, en una perspectiva de sistematización de la normativa anterior, dispersa

²⁶² La *Ley Benot* fijaba límites de 5 horas diarias para los jóvenes entre los diez y los trece años (catorce para mujeres) y 8 horas para los jóvenes entre los trece y los quince años (diecisiete para mujeres); además, la Ley prohibía el trabajo nocturno para los menores de quince años y las mujeres por debajo de los diecisiete, en los establecimientos en los que se hiciese uso de motores hidráulicos a vapor. Desde el momento en que no nunca fueron aprobados los reglamentos de ejecución, la Ley cayó sustancialmente en desuso, pese a los esfuerzos reivindicativos en sentido contrario provenientes de la clase obrera (García Ninet, 1982, 32-33).

²⁶³ Para un cuadro resumido de la etapa de la legislación en materia de tiempo de trabajo en esta fase vid. Martínez Fenoll 1996, 28 ss.

en mil reglas, entre remisiones a sectores singulares y grupos específicos de trabajadores (Merino Senovilla, 1994, 71). Por otro lado, la Ley completa el marco de normas ya trazado por las medidas de 1919: la *LJML* establece que la jornada de trabajo no podrá exceder las 8 horas diarias y las 48 semanales y la distribución semanal del tiempo de trabajo no podrá sobrepasar el promedio de 9 horas semanales; establece el principio por el que toda hora de más respecto a las establecidas *ex lege* debe ser considerada extraordinaria, haciendo surgir el derecho a una mejora retributiva; regula el régimen jurídico de las horas extraordinarias y de las *horas recuperables*; introduce el descanso dominical y el derecho a las vacaciones anuales retribuidas (cfr. Alonso García 1960, 392 ss.). Para templar el carácter imperativo de la ley, se recurre al principio por el que la contratación colectiva o individual, no como las disposiciones normativas posteriores, que prevén condiciones más beneficiosas para el trabajador, prevalecen sobre lo dispuesto por la ley, que adopta de este modo el carácter de mínimo disponible (Alonso García 1960, 395; Merino Senovilla 1994, 71).

En verdad, las fuentes extralegales contribuyeron propiamente a determinar una significativa evolución del marco jurídico, más allá, probablemente, de la misma intención del legislador. Las *Bases de Trabajo* y los *Pactos Colectivos*, regulando los perfiles de la distribución, cálculo y gestión del tiempo de trabajo, indujeron de hecho a una parcial metamorfosis de la institución de la jornada de trabajo confiriéndole una inédita función (que flanquea aquella tradicional, de normas de orden público, todavía garantizada por la ley), de factor de modulación “flexible” de la prestación de trabajo. Del análisis de las *Bases de Trabajo* y de los *Pactos Colectivos* estipulados en los años inmediatamente siguientes a la promulgación de la ley, emergen casos de gestión “por períodos” de la jornada, computada en el arco semanal; de prohibición de las horas extraordinarias por sectores o ámbitos geográficos, por exigencias de desarrollo ocupacional; de excepciones a la regla del descanso dominical, con la previsión de descansos compensatorios mejor remunerados; de distribución anómala de la jornada, mediante las formulas de “jornada partida, continuada e intensiva”, en función del tipo de actividad deseada y vinculada al consentimiento de un cierto porcentaje de trabajadores (sobre todos estos perfiles, cfr. Merino Senovilla, 1994, 75-77).

En otras palabras, se registra una visible tendencia hacia una modulación “sectorial” de los regímenes de jornada, dentro del cerco constituido por la Ley de 1919, dirigida a la gestión eficaz de los mismos y a los objetivos de incrementar la ocupación. En este sentido, parece apropiado retener que la legislación española sobre la jornada de trabajo ha perseguido objetivos de redistribución del trabajo (y en consecuencia de contención del fenómeno de la desocupación), pero siguiendo una estrategia original, centrada en el factor de la flexibilidad “gobernada”, más que en la reducción drástica del tiempo de trabajo, como sucedía en aquel tiempo en otras realidades europeas, como Francia e Italia.

2. La jornada de trabajo en el sistema jurídico corporativo.

Este proceso fue bruscamente interrumpido con la llegada del franquismo, y la consiguiente institución de un “sistema autoritario de relaciones industriales” (Merino Senovilla 1994, 77).

A decir verdad, durante este período (1939-1977), no se registran novedades significativas bajo el perfil de la modalidad de regulación de la jornada de trabajo. La *LJML* de 1931 continuará siendo, de hecho, el sostén de la disciplina vigente. Cambia, sin embargo, el contexto institucional en cuyo interior se coloca, y sobretodo disminuye la ya descrita aportación innovadora de las fuentes extralegislativas.

Desde el momento en que el Estado se reapropia del monopolio de la regulación de las condiciones de trabajo (Palomeque López 1991, 11), obtiene de ello una neta comprensión de los espacios de la autonomía colectiva: son prohibidos los *Pactos Colectivos*, mientras las *Bases de Trabajo* son sustituidas por las *Reglamentaciones* y las *Ordenanzas laborales*, fuentes de origen directamente gubernamental, que establecen la normativa de desarrollo, prevaleciendo sobre los convenios colectivos sectoriales o de empresa concurrentes (Merino Senovilla 1994, 78; Martínez Lucio - Blyton 1995, 346). Dentro de este marco, retoma fuerza la contratación individual, que adquiere una connotación de tinte paternalista, en la medida en que quien da trabajo desconoce el conflicto colectivo, exaltando un modelo basado esencialmente en la relación de confianza con el trabajador dependiente. Claramente, el Estado viene a favorecer un modelo de regulación “centralizada” de las relaciones de trabajo, anulando cualquier forma de representación autónoma colectiva, e, indirectamente, quitando espacio a una posible voz de contraste y de oposición a la dictadura (Martínez Lucio - Blyton 1995, 346).

En el plano jurídico, esto se traduce en la esterilización de las fuentes colectivas, que, en los años precedentes habían contribuido a hacer de la jornada de trabajo un instrumento de flexibilización parcial de la prestación de trabajo, mientras se aprecia una cierta recomposición de la normativa laboral,²⁶⁴ debido también al efecto de conformación de las fuentes secundarias (*Reglamentaciones* y *Ordenanzas*), que, ya sea a su mayor rigidez, ya sea a su moderada flexibilización, corresponden casi siempre al beneficio de la parte empresarial²⁶⁵. En definitiva, en el período franquista se mezclan factores de flexibilidad y rigidez, pero sobre todo prima el interés de la nación, que se instituye en medida preeminente a las modalidades de la relación de trabajo, como de toda otra relación jurídica.

3. El cuadro institucional tras la entra en vigor de la Constitución de 1978.

La entrada en vigor de la Constitución de 1978 produce un sensible cambio del cuadro de referencia.

En líneas generales, la Constitución Española confiere al elemento *laboral* un valor esencial en el ámbito del nuevo orden político-institucional, en comparación, con el resto de Textos Fundamentales de los Países más importantes de la Europa occidental. Así, después de proclamar, en el artículo 1.1, con una fórmula que recuerda bastante al art. 20.1 de la Constitución alemana, que “España se constituye en un Estado *social* y democrático de derecho”, fundado sobre reconocimiento de un derecho-deber específico al trabajo, y sobre el rol intervencionista del Estado, a la tutela de los derechos sociales de los ciudadanos-trabajadores (García Álvarez 1987, 384)²⁶⁶, la

²⁶⁴ Aunque permanezca vigente, como normativa de referencia, la *LJML* del 1931.

²⁶⁵ De modo que, para limitarnos a algún ejemplo, el derecho al descanso dominical y festivo, entendido como una graciosa concesión del Estado paternalista, asumió un carácter de sustancial inderogabilidad, en obsequio a la vocación confesional de la nación. No en vano, algunos decretos establecían que el eventual desempeño de trabajo dominical, en trabajos en actividades excepcionales, no diera derecho a gozar de ningún descanso compensatorio. O, se estableció que el periodo vacacional se computase sobre la base de elementos subjetivos, como la antigüedad en la empresa, acabando por asumir los trazos de una especie de premio a la fidelidad. El recurso a las horas extraordinarias fue fuertemente incentivado, pidiéndose como única condición la exigencia de la producción empresarial. Finalmente, vino a menos la exclusividad del nexo causal ente prestación por unidad de tiempo y salario, mediante la introducción de la así llamada “prestación a rendimiento” (cfr. Merino Senovilla 1994, 79-82).

²⁶⁶ Sobre el valor del vínculo orgánico entre la cláusula del *Estado social* y el principio de igualdad sustancial recogido en el art. 9.3 CE, no así sobre la aplicación en vía “indirecta” de tal principio por parte de la jurisprudencia constitucional, cfr. Alarcón Caracul 1992, 13-14.

Constitución Española reconoce naturaleza constitucional al ordenamiento laboral, operando tanto como fuente *de producción* de derechos individuales y colectivos de contenido laboral, que como fuente *sobre la producción*, estableciendo los fundamentos de un nuevo sistema de fuentes del Derecho del Trabajo. Todo en la perspectiva dominante de un vuelco en el enfoque autoritario que había caracterizado el sistema jurídico-institucional en el período franquista.

3.1. El sistema de fuentes.

El elemento de mayor novedad está seguramente representado por la instauración de un modelo de relaciones sindicales de inspiración democrático-pluralista, fundado en el reconocimiento pleno e incondicionado del principio de libertad sindical, y correlativamente, de autonomía colectiva.

Es de destacar que la negociación colectiva asume un rol de inédita centralidad –en el contexto de una más general concepción dinámico-conflictual del sistema de relaciones de trabajo– como instrumento de explicación “dinámica” del principio de libertad sindical. De hecho, el art. 37.1 CE proclama la existencia de un derecho constitucional de las organizaciones sindicales a negociar colectivamente; y al mismo tiempo obliga al legislador ordinario a “garantizar la efectividad” y la “fuerza vinculante” de los convenios colectivos de trabajo, reconociendo, en definitiva, según la consolidada interpretación de la jurisprudencia constitucional, una verdadera y propia “eficacia normativa” de la negociación colectiva (Martín Valverde 1988, 59, Palomeque López 1991, 69-75).

De este modo, se lleva a cabo el proceso de revisión del sistema franquista de Relaciones Laborales, ya encauzado en la fase de la así llamada “transición democrática” (Palomeque López, 1991, 15), con la aprobación de la *Ley de Relaciones Laborales* (en adelante *LRL*) de 1976, que además de innovar directamente la regulación de la jornada de trabajo, intervenía sobre el sistema de las fuentes, atribuyendo un papel activo a la negociación colectiva (García Ninet 1982, 49).

No falta, por otro lado, en la Constitución, la previsión de un sistema de contrapesos a la centralidad de la negociación colectiva, en el sentido que, de un lado, se reserva al legislador una función de individuación de las líneas generales del sistema, y por otro, se promueve un denso programa de legislación social, que atiende a los más diversos perfiles de la relación de trabajo, y del mismo sistema de relaciones colectivas. Con el resultado que, habiendo transcurrido una veintena de años desde la entrada en vigor de la Constitución, no existe prácticamente parte del ordenamiento laboral que no haya sido objeto de regulación legal, cuanto menos en la forma de tratamiento mínimo, integrable por la negociación colectiva o individual. Constituyen una excepción materias “sísmicas” como el conflicto colectivo y la huelga, tradicionalmente hostiles a la regulación (Martín Valverde 1988, 60-61).

3.2. La disciplina constitucional del tiempo de trabajo.

La normativa del tiempo de trabajo surge de la combinación de las fuentes indicadas.

Al inicio de la Constitución, se encuentran de nuevo referencias directas a la institución examinada. En particular, el art. 40.2 CE reconoce expresamente el derecho del trabajador a un descanso adecuado, a través de la limitación de la jornada de trabajo y de la determinación de un periodo de vacaciones retribuidas, sometido a la actuación del “poder público”. La norma en cuestión no se caracteriza por una especial originalidad respecto a lo que disponía el ordenamiento anterior, ni parece dotada de una especial riqueza normativa; desde este punto de vista,

no parece alejarse del (modesto) nivel de incidencia media de otros precedentes constitucionales, reconocedores de derechos individuales de los trabajadores (Martín Valverde 1988, 61-62). Además, la colocación sistemática en el título dedicado a los *Principios rectores de la política social y económica de contenido laboral*, parece poner directamente a tal derecho en un grado inferior respecto a aquellos otros, como el derecho a un salario suficiente (art. 35.1 CE) o el mismo derecho a la negociación colectiva (art. 37.2 CE) (como ya se ha señalado), por el contrario situado en la sección titulada de los *Derechos laborales de los ciudadanos*²⁶⁷.

Hay quien a partir de su colocación sistemática ha deducido, no sólo el carácter abstracto y general de la norma (la única referencia concreta es el carácter “remunerado” de las vacaciones) sino además la intención del Constituyente español de prescribir, en materia de regulación de los diversos aspectos del tiempo de trabajo, una simple declaración de principios, más cercana, en realidad, a la contenida en la Constitución francesa de 1958²⁶⁸, que no a aquella otra más rica del artículo 36.3 de la Constitución italiana (Matía Prim, 1982, 397).

Si esto es así, ¿en qué medida vincula el art. 40.2 CE? Si la norma no tiene un carácter vinculante ¿es lícito considerarla entonces como meramente programática, sin valor normativo alguno?

En realidad, es innegable que todas las normas de la Constitución, incluso aquellas denominadas “programáticas”, vinculan tanto a los ciudadanos como a los poderes públicos; además, tal y como establece el art. 53.3 CE, tales derechos están asegurados y garantizados por la legislación, los Tribunales y por los poderes públicos (Palomeque López, 1991, 96-97)²⁶⁹. Pero, en última instancia, sólo producen efectos inmediatamente vinculantes frente al legislador, cuya actividad está sujeta a límites positivos y negativos. Por consiguiente, el ámbito de regulación *directa* de la institución de la jornada de trabajo parte del nivel constitucional y es evidentemente restringido, mientras que mayor incidencia tiene, si bien en vía mediata, el reconocimiento de la función primaria de la negociación colectiva. Tal reconocimiento es particularmente importante en el tiempo de trabajo, en cuanto es un hecho común en las diferentes experiencias europeas el rol preponderante que juega la fuente contractual-colectiva en la fase de determinación de las modalidades temporales de desarrollo de la prestación, frecuentemente en funciones de *desestandarización* de los módulos predeterminados por la ley.

En suma, la Constitución, en materia de tiempo de trabajo, desempeña una función directamente reconocedora de tales derechos, pero con una norma (el art. 40.2 CE) que conscientemente pretende ser “*de mero reenvío*” a la producción normativa sucesiva; de forma que el sistema que contempla está fundado sobre el eje ley-contratación colectiva que ha de ser respetado, en cualquier caso, para establecer los límites normativos de la materia.

4. El modelo normativo “fuerte” del Estatuto de los Trabajadores (arts. 34-38).

En un sistema caracterizado por un elevado grado de juridificación, como es el español, la ley se

²⁶⁷ Como aclara Cossio Díaz 1989, 94, el *principio rector* carece del llamado “*contenido esencial*”, en el sentido que el derecho tutelado carece de un contenido específico (como en el caso de los *derechos fundamentales*), pero contiene unas pautas que vinculan a la iniciativa legislativa; por tanto, como precisa Montoya Melgar 1992, 425-426 “tales principios se limitan a orientar la legislación, la práctica judicial y la actividad de los poderes públicos, pero no pueden ser directamente invocados frente a la jurisdicción”.

²⁶⁸ El punto 10 del preámbulo de la Constitución francesa de 1946 dispone que “la nación garantiza a todos, y especialmente al niño, la protección de la salud, la seguridad material, *el descanso y las vacaciones*”.

²⁶⁹ Para un marco sobre las posiciones doctrinales sobre la *eficacia* de los *Principios rectores* vid. Cossio Díaz, 1989, 251 ss.

configura tradicionalmente como la principal fuente de regulación de la institución del tiempo de trabajo.

Y sino basta con pensar, en los procedimientos de la legislación social emanados, a lo largo del tiempo, como la *LJML* de 1931, que, como se ha dicho, ha representado a lo largo de cincuenta años el texto fundamental de referencia de la institución. Algunos elementos novedosos han sido, después, introducidos por la *LRL* de 1976, que constituye la transposición normativa, en materia laboral, de la transición de un régimen autoritario a uno democrático. Particularmente significativa, es, a este fin, la reducción de la jornada máxima legal a 44 horas semanales, además de la atribución a los convenios colectivos, en concurrencia con las viejas *Ordenanzas Laborales*, de la función de distribución del horario a lo largo de la jornada, o en arcos temporales más amplios, como la semana, el mes o el año, teniendo en cuenta una serie de limitaciones, atinentes a la duración ordinaria diaria del trabajo, además del régimen de pausas y de descansos diarios (García Ninet, 1982, 49)²⁷⁰.

En el sistema institucional vigente –inaugurado por la Constitución de 1978– compete seguramente al *Estatuto de los Trabajadores* (aprobado en 1980 en virtud del programa legislativo laboral enunciado por la misma Constitución) y a las normas en materia de tiempo de trabajo que contiene (arts. 34-38), el rol de ser la base del sistema; rol que el ET mantiene todavía hoy, pese a las reformas normativas a lo largo de los años, hasta la reforma general de 1994/95 (vid. *infra* par. 6).

La normativa estatutaria se posiciona en una relación de definitiva *discontinuidad* con el sistema anterior, finalizando el proceso evolutivo iniciado por la *LRL* de 1976²⁷¹. De esta solamente es necesario, trazar, en este momento, las líneas esenciales, teniendo presente que muchas de sus previsiones han sido modificadas por reformas sucesivas.

1) El art. 34 *ET*, regula específicamente la duración de la prestación de trabajo, acentuado, de manera expresa, el “*reparto*” de competencias en tema de determinación y gestión del tiempo de trabajo. La norma, además de establecer la duración máxima de la *jornada ordinaria de trabajo* (43 horas semanales para la *jornada partida* y 42 horas para la *jornada continuada*)²⁷², reenvía a la negociación colectiva la posibilidad de establecer regímenes horarios modulados en el arco del año, teniendo en cuenta algunos límites legales; además, establece en el primer apartado, a través de una serie de cláusulas de cierre, que “la duración de la jornada de trabajo será la pactada en los convenios colectivos o en el contrato de trabajo”, desapareciendo cualquier referencia a las *Ordenanzas Laborales* (cfr. García Ninet, 1981, 252).

²⁷⁰ La *LJML*, por su parte, permitía una distribución irregular del horario a lo largo de la semana (pero no del mes o del año), pero solo previa “autorización administrativa”; al respecto, cfr. también García Ninet, 1982, 55.

²⁷¹ En realidad, este dato es contrastable desde un punto de vista sistemático, en la medida que el legislador estatutario no proporciona ninguna indicación que ayude a resolver los problemas de coordinación con la normativa precedente, contenida en fuentes diversas y de eficacia desigual, y así parece introducir –sobre este aspecto– elementos de ulterior confusión (en este sentido Alfonso Mellado –García Ortega, 1994, 19-20).

²⁷² El art. 34.2, en su redacción originaria, conceptuaba como *jornada partida* a la caracterizada por una pausa interrumpida de una hora, mientras que no definía la *jornada continuada* (más que para imponer también a ésta un descanso mínimo de quince minutos); sin embargo la doctrina, argumentando *a sensu contrario*, definía como *jornada continuada* la que contenía un descanso inferior a una hora (cfr. García Ninet 1981, 252).

Muchos son los elementos nuevos que introduce, en este sentido, el art. 34 *ET* en al ámbito de la duración del tiempo de trabajo. De un lado, se aprecia una vez más una rebaja *ope legis* del tiempo máximo de trabajo: de las 44 horas semanales, introducidas por la anterior *LRL*, se pasa a las 42 o 43 horas semanales (en función de tipo escogido) previstas por la norma estatutaria²⁷³. Pero, al mismo tiempo, el art. 34 *ET* recorta espacios de iniciativa a las fuentes autónomas. La negociación colectiva e individual están habilitadas, por así decirlo, para definir la duración de la prestación de trabajo (art. 34.1 *ET*), en sentido exclusivamente mejorable para el trabajador; además, los *convenios colectivos* pueden distribuir el horario a escala anual, observando un doble límite, en ningún caso podrán ultrapasar las nueve horas diarias de trabajo ordinario, transcurriendo entre una jornada y otra una pausa de al menos *doce horas*. Un importante instrumento de *flexibilización* de la jornada concebido por el legislador estatutario de 1980, es, además, la atribución al *Gobierno* de la potestad de disponer –previa consulta con las organizaciones sindicales– *ampliaciones o disminuciones* de la jornada (art. 34.5).

2) La parte más importante del título del *ET* dedicada a la jornada de trabajo, regula los perfiles más tradicionales de la institución, donde prevalecen los factores de “rigidez”, tanto más acen tuados cuanto mayor son las instancias de protección del trabajador. Así, los regímenes de jornada, más penalizados, son circunscritos a una normativa generalmente inderogable, inspirada en el principio de la “monetarización” de la incomodidad ligado a la particular colocación temporal de la prestación (como en el caso del trabajo nocturno, para el que el art. 34.6 *ET* preveía una mejora mínima del 25 % del salario base), o del mayor esfuerzo, que caracteriza, por ejemplo, al trabajo extraordinario (que se remuneraba, según el art. 35.1, con un incremento no inferior al 75% del salario horario). Con respecto a esta último supuesto, el legislador estatutario, establecía con carácter general la “voluntariedad” de la prestación extraordinaria (salvo que se estuviera ante un pacto asumido contractualmente por la partes) (art. 35.4), y disponía la prohibición de desarrollar más de dos horas diarias, quince mensuales y cien anuales de trabajo extraordinario, autorizando al mismo tiempo al Gobierno a limitar o reducir su número en atención a exigencias ocupacionales especiales (art. 35.2); prohibía, en último lugar, expresamente la realización de horas extraordinarias en el período nocturno (salvo supuestos excepcionales y previa autorización administrativa) (art. 35.6)²⁷⁴.

3) En último lugar, se contempla la normativa obligatoria de las pausas y descansos igualmente dirigida a tutelar la salud física y psíquica de trabajador. Es particularmente significativo, bajo este punto de vista, el art. 38 *ET*, resultado directo del dictado constitucional, que fijaba, en su primer apartado, la duración mínima del periodo de vacaciones (23 días, mejorables por la negociación colectiva o individual) y establecía el principio de la no compensación con contraprestaciones de naturaleza económica, además de la naturaleza indisponible y de “orden público” del derecho

²⁷³ De este modo, el legislador estatutario pretendía estimular, entre otros aspectos, una inversión de la dinámica establecida, en el sistema anterior, por las fuentes reglamentarias, que establecían horarios por lo general superiores a los límites legales (García Ninet 1982, 55-62).

²⁷⁴ La gama de reglas en materia de trabajo extraordinario era tal que, según la doctrina española, no se podía decir que estuviera inspirada en razones de flexibilidad, constituyendo en realidad un obstáculo real a la experimentación de regímenes “anuales” o, diversificados del tiempo de trabajo (cfr. García Murcia 1986, 152).

(cfr. Matía Prim 1982, 424). En realidad la norma recoge una interpretación ya ampliamente difundida en la jurisprudencia, en virtud de la cual los tribunales españoles habían reiteradamente declarado la nulidad de aquellas cláusulas contractuales (también colectivas) que introducían parámetros de monetarización de las vacaciones no disfrutadas²⁷⁵.

De mayor interés parece, por consiguiente, la tentativa del legislador de individualizar el esquema de procedimentalización del poder organizativo del empresario, a aplicarse en la fase de determinación del periodo de disfrute de las vacaciones. El art. 38.2, de hecho, identifica algunas modalidades “sucesivas” de fijación de la fecha de las vacaciones, excluyendo, en cada caso, el ejercicio del poder arbitrario del empleador. De este modo, en primer lugar, reenvía al acuerdo individual entre el empresario y el trabajador; precisa que, a falta de este acuerdo, la competencia compete al convenio colectivo en el marco de la llamada “*planificación anual*” de las vacaciones: y prescribe que tanto el acuerdo individual como el convenio colectivo han de tener en cuenta los criterios legales, relativos a la óptima gestión del personal y a los criterios de preferencia entre grupos de trabajadores. Queda claro que, en caso de constante desacuerdo entre las partes o de lesión de los criterios legales, es competencia del juez, proporcionar una solución equitativa a la disputa, por medio de un procedimiento especial abreviado (cfr. García Ninet 1981, 278-280).

5. La reforma de los años '80: el tiempo de trabajo entre políticas de reducción y modelos de flexibilidad.

El modelo de regulación del tiempo de trabajo, introducido por el *Estatuto* de 1980, constituye, todavía hoy, el marco normativo de referencia del sistema español. Sin embargo, el mismo ha sido sometido, en estos años, a una profunda revisión que ha modificado algunos aspectos relevantes, en la línea de las diversas estrategias de reforma que, cada vez han ido inspirando al legislador español.

La primera fase de “reestructuración” del cuadro legal coincide con la llegada al poder del partido socialista (PSOE). En un contexto económico lleno de importantes tensiones y caracterizado por un proceso de reestructuración del sistema productivo, con un importante descenso de los niveles ocupacionales, el nuevo ejecutivo adopta una política de reforma del ordenamiento laboral que afecta también al tiempo de trabajo: es aprobada la Ley núm. 4 de 1983, que, reformando los arts. 34 y 38 *ET*, reduce la duración máxima de la jornada semanal a 40 horas de trabajo efectivo y aumenta el periodo mínimo de vacaciones a 30 días al año. La finalidad pretendida por la reforma es la de adecuar la normativa sobre la jornada a los estándares europeos (cfr. Millán Villanueva 1986, 100) y, sobretudo, la de reducir a escala “anual” la duración del tiempo de trabajo, para estimular la creación de nuevos empleos, en una fase de acuciante crisis ocupacional (cfr. Casas Baamonde - Baylos Grau 1990, 333)²⁷⁶.

²⁷⁵ Cfr. *STCT* de 15 de marzo de 1982, en Montoya Melgar - Galiana Moreno 1984, 91; otras referencias en Matía Prim 1982, 425.

²⁷⁶ Finalidad que ya había sido apuntada en 1980, por el *Acuerdo Marco Interconfederal* (AMI), en el que las partes sociales convenían la necesidad de reducir al mínimo indispensable el número de horas extraordinarias, para favorecer la creación de nueva ocupación. En aquella sede fue acogida la distinción entre diversas tipologías de *horas extraordinarias*: a) *horas de urgente necesidad*, que el trabajador está obligado a prestar en casos de siniestro o fuerza mayor (limitando el principio de la “voluntariedad” de la prestación extraordinaria); b) *horas estructurales*, justificadas tan solo para hacer frente a circunstancias particulares e impredecibles, ligadas a las características de la actividad y del ciclo productivo (puntas de producción, pedidos imprevistos, etc.); c) *horas habituales*, a las

Bien pronto, de todos modos, los rápidos cambios en la estructura socio-económica hacen prevalecer las peticiones de flexibilidad, que encuentran solícito acogimiento en el panorama normativo. En esta fase, por otro lado, no sólo son leyes y la negociación colectiva las que sufren el proceso de tendencial “desregulación”, igualmente la contratación individual y la misma jurisprudencia parecen dirigirse en la dirección de una progresiva reducción de la rigidez del marco legal, en favor de las peticiones de flexibilidad. El resultado es la progresiva formación de un derecho vivo, en el transcurso de los años '80, que deviene menos rígido y más dúctil que el derecho codificado.

a) en la vertiente de la intervención legislativa, reviste una gran importancia el *Real Decreto* núm. 2001 de 1983, sobre la *regulación del tiempo de trabajo, las jornadas especiales y los descansos*, aprobado por el Gobierno en base a la habilitación legislativa contenida en la *Ley* núm. 4 de 1983 (cfr. Alfonso Mellado - García Ortega 1994, 20-21). La doctrina lo ha definido como un proceso “de carácter bifronte” (Alarcón Caracuel 1988, 82), en cuanto, de un lado, actuaban las normas del estatuto en materia de tiempo de trabajo, en todos sus aspectos, y de otro, se dictaban reglas autónomas para sectores particulares (las llamadas “*jornadas especiales*”), introduciendo igualmente importantes disposiciones, frecuentemente derogatorias de la normativa estatutaria.

En realidad, si se observan los capítulos más innovadores del Decreto, se advierte que mientras las normas dedicadas a las *jornadas especiales* —que según la intención del legislador iban destinadas a refundir en un único texto la dispersa normativa en la materia— constituyen un intento de regulación puntual, y bajo este aspecto “limitativas” de la normativa sobre el tiempo de trabajo, con respecto a aquellas actividades consideradas particularmente penosas, peligrosas o insalubres (cfr. Millán Villanueva 1986, 101 ss.)²⁷⁷, mientras que las otras disposiciones se mueven en la dirección de una mayor flexibilización de la normativa sobre el tiempo de trabajo. En este sentido, y de manera especial, el art. 40.3 del Decreto por el que “los convenios colectivos pueden prever la compensación de las horas extraordinarias con periodos equivalentes de descanso” y el art. 40.2 que prevé que “las horas que ultrapasen la duración máxima legal semanal, pero no la anual, o el periodo establecido por las partes, no serán consideradas horas extraordinarias”.

De la combinación de las dos disposiciones reglamentarias se deduce una inédita tensión hacia las peticiones de flexibilidad del sistema. Se abren, en sustancia, importantes espacios para la utilización del trabajo extraordinario en varios periodos: no se consideran más como tales las horas que exceden de la duración de la jornada diaria o semanal del tiempo de trabajo, pero no de la anual o la de “varios periodos”, mientras que las mismas horas extraordinarias (esto es, aquellas trabajadas más allá de las nueve horas diarias) son susceptibles de compensación, en el periodo de referencia establecido en el convenio colectivo. Todo esto, naturalmente, con inevitables ventajas para la parte empresarial, al estar en condiciones de poder organizar mejor el

que el empresario recurre cada vez que lo crea oportuno, al margen de la circunstancia que las ocasionen (con el límite, obviamente, de la libre aceptación del trabajador). En el AMI, las partes sociales manifestaron la intención común de eliminar progresivamente el recurso a las *horas habituales*, orientando la negociación colectiva de ámbito inferior hacia la utilización del trabajo extraordinario exclusivamente en casos de fuerza mayor o por exigencias de tipo estructural, con la intención querida de conferir realmente una “excepcionalidad” al uso de este instrumento (cfr. De La Villa Gil 1991, 368). Orientaciones similares caracterizan a los sucesivos acuerdos interconfederales de 1981 (*Acuerdo nacional de empleo*, de carácter tripartito) y de 1983 (*Acuerdo Interconfederal*, bilateral) (cfr. García Murcia 1986, 150-155).

²⁷⁷ Para un cuadro sinóptico de la normativa de cada sector vid. García Ninet 1991, 329 ss.

sistema de tiempos en la empresa, en el modo más conveniente para las exigencias de la producción (García Murcia 1986, 156-157).

Una ulterior evolución del cuadro normativo, todavía bajo el imperio de la flexibilidad, se da con el *RDL* núm. 1 del 1986, que establece disposiciones de un cierto relieve en materia de tiempo de trabajo extraordinario y flexibilidad en el tiempo de trabajo, completando el camino de reformas iniciado por las precedentes intervenciones.

El dato de mayor consistencia es, ciertamente, la consolidación de los módulos horarios “multi-periodicos”. En primer lugar, el art. 10 (que reforma el art. 35.2 *ET* de 1980) define como hora extraordinaria aquella que “excede del horario *ordinario* de trabajo”, suponiendo implícitamente que éste pueda ser semanal, mensual o anual; de este modo, se permite que todas las horas (ordinarias o extraordinarias) sean distribuidas en el arco temporal asumido, prescindiendo del límite de las 40 horas semanales (pero permaneciendo los límites establecidos anteriormente, especialmente aquel de la duración máxima de la jornada diaria). Se confirma, en sustancia, una previsión ya contenida en el *RD* núm. 2001 de 1983 (y que desmentía el sentir mayoritario de la jurisprudencia), a que el Decreto-Ley confería mayor fuerza normativa.

El *quid novi* que caracteriza el *RDL* núm. 1 de 1986 está representado, por el contrario, por la supresión del límite diario y semanal de las horas extraordinarias, con una correlativa disminución de su número anual (de 100 a 80) (cfr. García Murcia 1986, 158-159), además de la “incorporación” en el art. 35.1 *ET* de la regla sobre la posible “compensación de las horas extraordinarias efectuadas con periodos equivalentes de descanso”, como alternativa a la obligación de una mejora retributiva del 75%. En verdad, tal previsión procedía de los convenios colectivos y fue también contemplada en el *RD* núm. 2001 de 1983. Respecto a este último, el Decreto Ley de 1986 introduce, dos novedades importantes: *i)* prevé que la “compensación” pueda ser objeto de pacto individual, o de acuerdo colectivo; *ii)* establece que la extensión temporal del descanso compensatorio sea incrementado en un 75% respecto al periodo normal de descanso, al igual que está previsto en el art. 35.1 *ET* con respecto a la mejora económica de la prestación extraordinaria (cfr. García Murcia 1986, 160; Merino Senovilla - Román de La Torre 1987, 964).

En definitiva, el *fil rouge* que une a los diversos procesos de reforma de los años '80 está constituido por la progresiva, pero imparable, transición hacia un modelo normativo del tiempo de trabajo caracterizado cada vez más por una marcada flexibilidad. Tras una breve fase en la que la intervención sobre el tiempo de trabajo viene concebido como una medida de política de empleo, las peticiones de flexibilidad “interna” (o, como suele decirse, en el interés del empresario) decididamente toman impulso. En esta dirección convergen tanto la reducción del tiempo de trabajo a 40 horas semanales –duración máxima que la negociación colectiva puede modular de forma diversa según esquemas multiperiódicos (generalmente anuales)- como la reforma del trabajo extraordinario, contenido en varias normas y objeto de sucesivas reformas, y que puede ser sintetizada en los términos que siguen: las horas extraordinarias no pueden superar la cifra de 80 al año, mientras que es abolido el doble límite diario y semanal ex art. 35.2 *ET* de 1980; pueden ser distribuidas irregularmente en el arco temporal definido en sede negocial, a condición de que no superen el límite anual antes indicado; pueden ser, alternativamente, remuneradas por el empresario con una compensación mejorada, o sujetas a compensación con descansos equivalentes (algunas veces “mejorada”) en el arco del periodo de referencia, si así se establece en el convenio colectivo o en el acuerdo individual.

Todo ello es suficiente para que un reconocido jurista dijera que la reducción del tiempo de trabajo y la notable ampliación de los espacios utilizados por el tiempo extraordinario –descontada la permanecía de algunos vínculos mínimos, como aquel de las 9 horas diarias de trabajo y el descanso garantizado de 12 horas consecutivas entre una jornada y otra- habían flexibilizado el margen de maniobra sobre el tiempo de trabajo, legitimando formas de distribución irregular del mismo, con el resultado de atenuar bastante los factores de rigidez contenidos en la versión originaria del *Estatuto de los Trabajadores* (Alarcón Caracuel 1988, 89-90).

b) el instrumento que, en este periodo histórico, se revela más funcional con respecto a la política de flexibilidad es la negociación colectiva.

Como evidencia la investigación de aquellos años, aquélla había metabolizado rápidamente las novedades legislativas (ya previstas por los acuerdos interconfederales), experimentando, en muchos casos, “fórmulas de distribución del tiempo en arcos temporales superiores a la semana, con referencia frecuente a módulos anuales” (Merino Senovilla - Román de La Torre 1987, 364). No sólo; debemos a la contratación colectiva (especialmente de empresa) la experimentación de variadas técnicas de *gestión variable* del tiempo de trabajo, que la doctrina más especializada ha intentado reagrupar (con algunas inevitables aproximaciones) a dos núcleos principales: la técnica de *ampliación* y aquella otra de *modificación bajo el perfil de la distribución* del tiempo de trabajo.

i) Intervienen bajo el perfil de la ampliación de la jornada, los acuerdos que individualizan un cierto número de horas *extraordinarias obligatorias*, a desarrollarse en concomitancia con circunstancias identificadas ora con precisión, ora con términos más generales por las partes; además de aquellas que recurren a sibilinas formas de “prolongación” de la jornada (y que bajo falsas apariencias, introducen frecuentemente modalidades de trabajo extraordinario); y finalmente, incluso, las cláusulas que imponen al trabajador las así llamadas *horas de disponibilidad*, de incierta calificación jurídica; ii) inciden sobre la modalidad de *distribución* de la jornada (sin incidir sobre el aspecto de la duración), en su lugar, los convenios colectivos prevén la variación de la contratación temporal de la prestación de trabajo (con referencias al momento inicial y final de la misma), definiendo entre los presupuestos sustanciales a determinar tanto el así llamado *cambio de horario*, como los requisitos relativos a su procedimiento; las cláusulas negociales que legitiman el desarrollo de horas festivas o de descanso, en contrapartida a descansos compensatorios; u otras, que introducen el así llamado *flexi-time*, huelga decir que se trata de variaciones de distribución de jornada preferentemente en interés del empresario (Sañudo-Gutiérrez 1993, 466-477).

Al mismo tiempo, la negociación colectiva no parecía haber favorecido ningún proceso de “reducción” de los niveles cuantitativos del trabajo extraordinario. Esto fue debido a dos factores: la escasa utilización de las cláusulas de “mejora económica” de las horas extraordinarias (institución creada por el legislador con la intención de desincentivar su uso), además de la técnica de compensación introducida por el RDL núm.1 de 1986 (Rodríguez-Piñero 1988, 20); en segundo lugar, el hecho que el gobierno hubiera prácticamente renunciado a la utilización de la facultad de reducir el trabajo extraordinario para determinados sectores o ámbitos geográficos (*ex art. 35.2 ET*), pese a que el mismo RDL núm. 1 de 1986 hubiese expresamente “relanzado” aquel instrumento, relacionándolo estrechamente con un contexto de política del empleo *pro labour* (Escudero 1994).

c) En cualquier caso, es una impresión extendida que ha sido la contratación individual quien principalmente ha atestado el golpe decisivo a aspectos consolidados de la normativa sobre el tiempo de trabajo.

En términos generales, es indudable que ésta ha desarrollado un papel bastante persuasivo en el sistema de relaciones industriales españolas de los años '80, llevando a un autor a revelar, que en aquella fase, "no se puede afirmar en términos generales que en España se haya producido una relevante decline del convenio colectivo en favor del contrato individual", ni aún menos "no se pueden ignorar diversos elementos, igualmente interdependientes entre ellos, que están ejercitando una presión a favor de la determinación en sede individual de las condiciones de trabajo, al margen de cuanto está establecido en el convenio colectivo" (Escudero 1987, 673). Uno de los institutos que, más que otros, parece haberse resentido de los efectos de la *desregulación* es sin duda el de la jornada de trabajo (Rodríguez-Piñero 1990, 224-225; García-Perrote Escartín 1990, 366), gracias, entre otros, al importante soporte que la jurisprudencia ha asegurado a la contratación individual, en múltiples e importantes ocasiones. Observando el panorama jurisprudencial, emerge una pluralidad de relaciones en las que la contratación individual parece directamente incidir en el terreno de la flexibilidad del tiempo de trabajo.

i) En una primera serie de sentencias, parece materializarse la tendencia de la autonomía individual a proponer módulos innovadores de distribución del tiempo de trabajo, aprovechándose de la ausencia de una reglamentación colectiva de la materia.

En particular, la jurisprudencia ha declarado que la falta de previsión por un convenio colectivo de empresa (que regula solo el capítulo de la *duración* del tiempo de trabajo) de específicas modalidades de *distribución* del tiempo de trabajo no impide a la empresa acordar directamente con los trabajadores sus criterios de *organización flexible* de la jornada, más conexos a las necesidades y a las orientaciones de la producción (STCT de 22 de febrero de 1988).

Como se advierte de la lectura de otras sentencias²⁷⁸, en el caso no es tanto la referencia a las "exigencias de la producción" lo que constituye el "pilar" del razonamiento de los jueces (que en este caso podría calificarse de argumentación débil), sino la consolidación de una relación de complementariedad, en su lugar revisable, entre autonomía colectiva e individual, de modo que, en los límites de la garantía ex art. 34 ET, es indiscutible la legitimación de pactos individuales, de conformidad con el principio contractual que contempla el art. 1255 del *Código civil* (cfr. Godino Reyes 1991, 113). Tal solución no ha sido particularmente contestada por la doctrina española.

ii) Diferente discurso ha de hacerse para la conocida jurisprudencia sobre el tiempo del trabajo en el sector de banca, que ha puesto en discusión aquellos contratos individuales (o, mejor dicho, pluri-individuales) estipulados entre la dirección empresarial y los trabajadores de algunas entidades de crédito, para definir modalidades de *colocación* del tiempo de trabajo en el ámbito de la jornada *diferentes a las establecidas en el convenio colectivo del sector*. De forma reiterada, la dirección contrataba, en aquellos casos, el paso de un esquema horario "fraccionado" (regulado por el convenio colectivo) a otro "continuado", con prolongación de los turnos diarios y la supresión del sábado laborable (por otro lado, la empresa se reservaba generalmente, la posibilidad de recurrir a este turno, ocasionalmente y por motivos excepcionales).

²⁷⁸ STCT 16 de enero de 1987 y 16 de marzo de 1988.

Estas prácticas provocaron de decidida reacción de las organizaciones sindicales, que impugnaron los acuerdos, considerándolos lesivos del art.41 *ET*, desde el momento en que introducían modificaciones unilaterales de cláusulas normativas, sin respetar el *iter* procesal previsto por la norma²⁷⁹. Los jueces españoles, en dos conocidas sentencias²⁸⁰, sostuvieron, por contra, la legitimidad jurídica de los acuerdos, sobre la base de un doble argumento: *i)* la *bilateralidad* de la medida, que lejos de haber sido adoptada unilateralmente o impuesta por el empresario, había sido no sólo previamente sometida al consentimiento del trabajador sino además voluntariamente aceptada por éste; *ii)* el resultado de *mayor favor* que la medida, globalmente evaluada, era en grado de producir al fin y al cabo a los trabajadores, desde el momento en que el nuevo horario individualmente pactado, computado anualmente, resultaba cuantitativamente inferior al fijado en el convenio colectivo vigente (cfr. Casas Baamonde - Baylos Grau 1990, 347-348; García-Perrote Escartín 1990, 368-369; Godino Reyes 1991, 114-115; Blasco Pellicer 1995, 218). Argumentos que el *Tribunal Constitucional* revalidaría poco después, desestimando el *recurso de amparo* por medio de su sentencia de 7 de marzo de 1988²⁸¹, y que la misma jurisprudencia ordinaria recogerá con convicción en seguida, pronunciándose sobre cuestiones de análoga problemática²⁸² (cfr. Godino Reyes 1991, 117-119).

La doctrina consciente de las consecuencias de esta jurisprudencia, esto es de la tendencia a la *desregulación* de la gestión de uno de los institutos fundamentales de la relación de trabajo, por lo general critica la posición de la jurisprudencia, subrayando que la institucionalización de relaciones directas entre el empresario y los trabajadores, sea través del *esquilmaje* de la así llamada autonomía individual “en serie”, tiende a remover aspectos contemplados en los convenios colectivos, con una limitación de la soberanía de los sujetos sindicales enormemente lesiva de los principios constitucionales y estatutario, cuyo fin es la modificación de condiciones normativas de trabajo eludiendo las obligaciones procesales que impone el art. 41 *ET* (cfr. Casas Baamonde - Baylos Grau 1990, 351-353; García-Perrote Escartín 1990, 369-373; Blasco Pellicer 1995, 257)²⁸³.

iii) El último frente en que se ejercita la iniciativa en sentido desregulador de la autonomía individual es el terreno del *trabajo nocturno*, o mejor dicho, con respecto al tratamiento retributivo a éste reservado.

El art. 34.6 *ET*, en su formulación originaria se mantiene invariable hasta la reforma de 1994/95, define la jornada nocturna como el tiempo de trabajo desarrollado entre “las ocho de la tarde y las seis de la mañana”, previendo, para su desarrollo, una mejora retributiva no inferior al 25%. Sin embargo, subordina el percibo de esta última al hecho que “*el trabajo no sea considerado nocturno por su intrínseca naturaleza*”: de este modo, reconoce un mejor tratamiento económico

²⁷⁹ Según el art. 41. 1 *ET*, “La dirección empresarial, cuando existan comprobadas razones técnicas, organizativas o productivas, podrá solicitar la modificación sustancial de las condiciones de trabajo” sobre la base del consentimiento expreso de la representación sindical o, en ausencia de éste, previa aprobación de la Autoridad Laboral.

²⁸⁰ *STCT* de 26 de enero de 1987 y 7 de marzo 1988.

²⁸¹ *STC* de 26 de septiembre de 1988.

²⁸² *STCT* de 7 de diciembre de 1988 y de 15 de marzo de 1989.

²⁸³ En efecto, con la sentencia núm. 105 de 1 de junio de 1992, el *Tribunal Constitucional* ha parcialmente revisado su posición, reafirmando la preeminencia, en principio, de la autonomía colectiva, constitucionalmente tutelada, mediante la combinación conformada por el art. 28.1 y 37.1 CE, sobre la libertad de negociación individual (sobre este aspecto vid. ampliamente Blasco Pellicer 1995, 218 ss.).

típico de un régimen de horario penalizado (y ligado a las condiciones molestas de la prestación) solo a aquellas actividades laborales que puedan ser prestadas de manera indiferente de día o de noche, excluyendo, por contra, a aquellas otras que, por características intrínsecas, encuentran por su propia naturaleza empleo en el período nocturno (Valdés Dal-Ré 1991, 236). Pero, la fórmula utilizada es, en apariencia, absolutamente genérica, y no sorprende, entonces, que al final haya quedado relegado a la jurisprudencia el deber de definir el campo de aplicación de la citada cláusula, y consecuentemente, de la norma.

En realidad, todo esto sucedió en el ámbito de un amplio contencioso, entre dos orientaciones jurisprudenciales, que parecen acercarse en el transcurso de los años '80²⁸⁴. En la primera fase, inmediatamente posterior a la entrada en vigor del *Estatuto*, se consolida el principio de la necesaria coexistencia del “doble requisito”: es trabajo nocturno aquel que asume la fisonomía sustancial (según los cánones antes indicados) y que, al mismo tiempo, es remunerado como tal por las partes contraentes, a través de un acuerdo específico. Sucesivamente, a partir mas o menos de la segunda mitad del decenio²⁸⁵, la jurisprudencia española ha preferido una interpretación bastante más flexible de la “cláusula de excepción” contenida en el art. 34.6 *ET*, atribuyendo al acuerdo individual sobre el salario (aunque en abstracto también al colectivo) el carácter de elemento definitorio primordial de la naturaleza de la actividad prestada: en otras palabras, los jueces han extraído de la noción de *jornada nocturna* todas aquellas prestaciones que, si bien son desarrolladas en períodos temporales nocturnos, venían, por mutuo acuerdo de las partes, compensadas con incrementos inferiores a los previstos por la Ley. O, alternativamente, aumentando la compensación con descansos (en lugar de aumentos salariales) de las horas de trabajo nocturno, acabando de esta manera por forzar el texto normativo, que nada disponía al respecto.

El éxito fue delegar a la autonomía de las partes la potestad de conformar *objetivamente* la relación, sustrayéndola, a través de la mera previsión de mejoras retributivas inferiores a la cuota del 25% impuesta por la ley, o bien de descansos equivalentes, de la regulación obligatoria de la ley; en última instancia, de introducir ulteriores elementos de flexibilización de la institución, con la transformación de la “economía interna de la regla estatutaria en materia de trabajo nocturno” (Valdés Dal-Ré 1991, 242).

6. La directiva comunitaria 93/104/CE y los efectos conformadores del ordenamiento español: la reforma de 1994/95.

En definitiva, hacia el final de los años '80, el marco normativo en España quedaba profundamente transformado. La revisión en sentido flexible de la principal fuente normativa de la materia (el *Estatuto de los Trabajadores*) y el creciente papel asegurado por ésta a la fuente negocial han contribuido a cambiar en gran medida las connotaciones de un sistema de elevado porcentaje de juridificación (cfr. Rodríguez-Piñero Royo 1995, 7-8). No en el sentido, ciertamente, de que la fuente legal haya cedido *sic et simpliciter* el paso a la fuente negocial; más bien, la primera tiende cada vez más a rarificar las formas de regulación directa y puntual, dejando amplios espacios de intervención a la fuente contractual, según una relación de complementariedad y, a veces, de verdadera y propia subsidiariedad entre las dos fuentes (cfr. Bano 1995, 350). Ha incidido, en dicho sentido, el difundirse de un método de regulación negocial de la jornada de trabajo en

²⁸⁴ Para un cuadro de la jurisprudencia anterior cfr. Garate Castro 1981, 382 ss.

²⁸⁵ Aunque Valdés Dal-Ré, 1991, 238, atribuya la paternidad del nuevo curso jurisprudencial a la *STCT* de 26 de febrero de 1982.

ámbitos escasamente institucionales (contratos extraestatutarios, acuerdos impropios), con la difusión de prácticas contractuales colectivas, pluri-individuales e individuales *tout court*, no siempre exentas de dudas sobre su legitimidad. Tal praxis ha sido frecuentemente avalada por la jurisprudencia que, aprovechando una cierta inorganicidad del marco legislativo²⁸⁶, se ha erigido en protagonista de la temporada de la *flexibilidad negocial*, abriendo la vía a la profunda reestructuración del marco normativo de los años noventa (para una reciente confirmación de tal clave de lectura vid., por último, Escudero Rodríguez 1999, 14).

En este contexto articulado, se inserta la aprobación de la directiva comunitaria 93/104/CE relativa a los aspectos de la organización de la jornada de trabajo. Como es conocido, se trata de un texto aprobado sobre la base jurídica del art. 118A del tratado de Roma (ahora art. 137 CE), que autoriza la adopción de prescripciones mínimas en materia de tutela de la salud y seguridad de los trabajadores, pero en la que ha sido transpuesta una regulación amplia de los perfiles más importantes de la institución (cfr. Alonso Olea 1999, 5 ss.)²⁸⁷. El texto comunitario ha sido recibido en el ordenamiento español mediante la *Ley* núm. 11 de 1994, posteriormente incorporada en el *RDL* núm. 1 de 1995. La *Ley*, a su vez, ha renovado la norma del *Estatuto de los Trabajadores* (en adelante *ET reformado*) en materia de jornada de trabajo (arts. 34-38).

Es una opinión difundida que tal transposición, efectuada verdaderamente “con una rapidez inusual” (así Rojo Torrecilla 1996, 41), ha significado la ocasión para completar el proceso de atenuación de la rigidez que ha caracterizado tradicionalmente la regulación de la jornada de trabajo (cfr. Prados de Reyes 1996, 12-15; López Gandía 1996, 321; Rivero Lamas 1995, 32-33). En realidad, se trató de una recepción “letra por letra” de la normativa comunitaria, aunque en verdad no falta quien lamenta significativos distanciamientos del texto de la directiva, o perfiles de errónea o imperfecta transposición de esta última²⁸⁸. Por otro lado, la *Ley* núm. 11 de 1994 representa el éxito más significativo, pero no definitivo, del proceso de revisión de la normativa: más recientemente, de hecho, ha visto la luz el *RD* núm. 1561 de 1995, que dicta nuevas normas en materia de *jornadas especiales de trabajo*, mientras, en la vertiente de la *jornada ordinaria*, configura un derecho específico de la representación de los trabajadores en la empresa a ser informados sobre el número de horas extraordinarias realizadas mensualmente, a prescindir de las modalidades de compensación de las mismas (cfr. Morón Prieto 1996, 121 ss.).

La parte de la normativa que parece, en todo caso, asumir mayor relevancia es en realidad la que concierne a la jornada de trabajo ordinaria y extraordinaria, y las modalidades de cómputo y de distribución de la jornada en arcos temporales multiperiódicos.

6.1. La jornada de trabajo en la dimensión multiperiódico: ¿hacia la institucionalización de una relación de complementariedad entre ley y convenio colectivo?

La normativa tiende a crear los presupuestos de una relación “sinérgica” entre las disposiciones

²⁸⁶ Cruz Villalón 1989, 536 señala como pese a las numerosas referencias recurrentes a los factores de la flexibilidad, en orden disperso, en la legislación estatutaria sobre la jornada de trabajo, ésta echa en falta un esquema unitario y coherente en la materia.

²⁸⁷ Sobre los contenidos de la directiva, se hace remisión, para mayor profundización, a Ricci 1998.

²⁸⁸ Según Rodríguez-Piñero Royo (1995, 4) el resultado de la reforma es cuanto menos modesto, por cuanto el legislador español se habría limitado a trasponer *sic et simpliciter* el texto de la directiva comunitaria, sin ninguna ulterior adaptación. En realidad, no es propiamente así: la normativa española, de hecho, parece por un lado alejarse del texto comunitario “significativamente, estableciendo reglas más restrictivas” (Ichino 1998, 162), por otro, no está exenta de sospechas de equivocada (o imperfecta) transposición de algunos aspectos de la normativa (sobre los cuales cfr. Castro Argüelles 1998, 902). Sobre este aspecto v. también *infra* punto 6.1.

en materia de duración máxima (diaria y semanal) y media (anual) de la prestación de trabajo.

El art. 34.3, párrafo 2º, *ET reformado*, prevé que “el número de horas ordinarias de trabajo efectivo no podrá ser superior a nueve diarias”; el art. 34.1, párrafo 2º, por su parte, fija el límite de “duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo” en “cuarenta horas semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual”. Por otra parte, la Ley, explotando en buena medida los consistentes desfiladeros de flexibilidad abiertos por la directiva comunitaria, remite a la fuente negocial la tarea de definir los términos de duración “real” de la prestación, siguiendo un esquema dialéctico que no resulta exagerado definir como de *complementariedad* entre las fuentes implicadas²⁸⁹. Así, si por el art. 34.1, párrafo 1º, “la duración de la jornada de trabajo será la pactada en los convenios colectivos o contratos de trabajo [individuales]”, en todo caso, según el art. 34.2, “mediante convenio colectivo o, en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se podrá establecer la distribución irregular de la jornada a lo largo del año”, y además, como precisa el art. 34.3, última parte, “otra distribución del tiempo de trabajo diario, respetando en todo caso el descanso entre jornadas” (fijado por el mismo art. 34.3, párrafo 1º, en doce horas consecutivas “entre el final de una jornada y el comienzo de la siguiente”).

Si éste es el escenario de referencia, no parece haber errado García Ninet (1995, 18-19) cuando resalta que con esta reforma la Ley se ha limitado a construir un “techo”, mientras la edificación del “suelo y de las paredes (es decir la distribución desigual e irregular durante el año) es confiada a instrumentos autónomos de regulación, sobre la base de criterios de racionalidad y organización, incluso la referencia a las legítimas expectativas de liberación de tiempo por parte de los trabajadores”.

En efecto, parece claro que, según el criterio de la nueva normativa, el convenio colectivo puede definir libremente el reparto de la jornada de trabajo en un arco multiperiódico, hasta el límite anual, a salvo del respeto al parámetro medio de duración (cuarenta horas semanales o la menor duración establecida por el convenio colectivo). De tal modo que el principal referente para el cálculo de las horas trabajadas, después de la reforma de 1994, no es ya la semana, sino que prevalece, definitivamente, el módulo de cómputo plurimensual y anual (cfr. Rivero Lamas 1995, 35-36)²⁹⁰. El complejo sistema de fuentes de la regulación, parece desarrollar una función fundamental de equilibrio, por razones intuitivas, la disposición sobre el descanso diario de doce horas consecutivas (*ex art. 34.1 ET reformado*): un límite mínimo, inderogable, más favorable para los trabajadores respecto a la previsión del art. 3 de la Directiva Comunitaria (que lo cuantifica, como ya se ha dicho, en 11 horas consecutivas) (cfr. Ichino 1998, 164; García Ninet 1995, 31), destinado a operar, no obstante, sólo en presencia de disposiciones contractuales encaminadas a flexibilizar el límite “superior” de las nueve horas diarias que, de forma distinta, desempeña una función limitativa prevaleciente.

La normativa, así estructurada, no parece generar problemas interpretativos singulares. Alguna duda surge, todavía, en relación con la jerarquización de los niveles contractuales implicados, no

²⁸⁹ En el sentido de que estas “concurren juntas a regular una misma materia” (Bano 1995, 350).

²⁹⁰ De hecho, como se ha dicho *supra* punto 5, el mecanismo de cálculo multiperiódico ya había sido instituido por el *RDL* núm. 1 de 1986; aparece por vez primera, sin embargo, la referencia al límite anual, mientras es del todo novedosa la regla sobre la superación del límite de las nueve horas diarias, que, así establecida, amplía notablemente los márgenes de “irregularidad” de la jornada de trabajo negociada (así Alfonso Mellado – García Ortega 1994, 36).

sólo con la identificación de la fuente negocial concretamente llamada a administrar la “flexibilidad”, sino también en cuanto al papel del contrato individual y del poder unilateral de la dirección empresarial.

Sobre el primer punto, resulta apropiado decir que la formulación de las normas no permite definir con exactitud presupuestos y ámbitos de intervención de la fuente negocial colectiva, llamada a repartir en modo irregular el horario de trabajo en el arco multiperiódico. Según la tesis más acreditada, aún, el art. 34 *ET reformado*, estableciendo una regla de “alternatividad” entre convenio colectivo sectorial y acuerdo descentralizado, ha pretendido claramente declarar la primacía de la primera fuente sobre la segunda, en el sentido de que el convenio de empresa puede disponer sobre este aspecto sólo en ausencia del convenio jerárquicamente superior, o bien en caso de remisión expresa por parte de este último (cfr. Elorza Guerrero 1996, 249). Por otro lado, en el caso de que las partes en la negociación colectiva pretendan superar el límite máximo diario (9 horas) deviene indispensable un *acuerdo nuevo, distinto*, que se yuxtapone a aquél sobre las modalidades de flexibilización en un período anual (o plurimensual) de tiempo de trabajo (en este sentido, Prados de Reyes 1996, 19); si bien en esta última hipótesis, el convenio colectivo de empresa no será admisible cuando el convenio sectorial haya convalidado, por así decirlo, el límite superior de las 9 horas, fijado por la ley (cfr. de nuevo Elorza Guerrero 1996, 249, y también Alfonso Mellado – García Ortega 1994, 32).

En relación con el segundo de los aspectos “críticos” señalados, una parte de la doctrina ha sostenido que la competencia para establecer la desigual distribución de la jornada de trabajo en el arco anual (superando el límite diario y semanal), no correspondería solamente al convenio colectivo sectorial o de empresa (como se deduce de la textual previsión normativa), sino también al contrato individual, en virtud de la referencia análoga al art. 34.1, par.1, *ET reformado* (cfr. Alonso Olea – Barreiro Gonzáles 1995, 161). En efecto, el dilema interpretativo no resulta de fácil solución, complicado por la evidente incoherencia del texto normativo, que, al menos aparentemente, sustrae al contrato individual, en términos de modalidad de “distribución”, cuanto le atribuye en relación con la determinación de la duración (cfr. Gonzáles Biedma 2000, 737). Es más plausible retener, en cualquier caso, que no puede impedirse a la dinámica negocial el manifestarse también en el ámbito individual, siempre en el bien entendido de que ello tenga lugar en el respeto de los principios de jerarquía entre las fuentes contractuales y haciendo prevalecer, en todo caso, las disposiciones más beneficiosas para el trabajador (García Ninet 1995, 19).

Otra cosa es suponer que “la alteración de la jornada a través de la técnica de la distribución irregular pueda ampliar los ámbitos de expresión del poder unilateral del empleador, consintiéndole modificar a placer las condiciones de trabajo”; en esta dirección, de hecho, éstos están en cualquier caso condicionados por las disposiciones del convenio colectivo, mientras que cualquier determinación encaminada a transgredir dichos ámbitos debe quedar sometida al oneroso procedimiento del art. 41 *ET reformado*²⁹¹ (cfr. Merino Senovilla 1998, 226-227; v. también Rivero Lamas 1995, 38, y además, con especial referencia a las posiciones manifestadas en este punto por la jurisprudencia, Monreal Bringsvaerd 1999, 555 ss.; Elorza Guerrero 1997, 61 ss.).

²⁹¹ A continuación de la reforma de 1994/95, el art. 41 *ET* fue enteramente reformulado. Permanece, no obstante la concepción limitativa del poder de “modificación sustancial de las condiciones de trabajo” (entre las que se encuentran las modificaciones inherentes a la materia de la jornada de trabajo).

6.2. La regulación de las horas extraordinarias: límites “anuales” y variedad de los mecanismos de compensación.

Especialmente relevantes parecen las modificaciones realizadas por la reforma de 1994/95 a la regulación de las horas extraordinarias, también en este caso siguiendo una tendencia de consolidación del proceso de revisión llevado a cabo en el curso de los años precedentes.

Señaladamente, la ley, una vez definida la noción “clásica” de “hora extraordinaria” (“aquella que se realice sobre la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo”: art. 35.1, par. 1, *ET reformado*), establece los límites de utilización de las *horas extras*, desplegando una técnica legislativa coherente con las determinaciones en materia de horario “multiperiódico” y descanso diario obligatorio: de hecho, el art. 35.2, párrafo 1º, fija un “techo” máximo de 80 horas extraordinarias al año, confirmando implícitamente la antedicha supresión del doble límite diario y semanal (sobre este punto cfr. Alonso Olea – Barreiro Gonzáles 1995, 165-166).

Naturalmente, en el marco de un sistema de distribución irregular de la jornada de trabajo en el arco multiperiódico, también las horas extraordinarias pueden quedar comprendidas en la banda de oscilación preestablecida por los agentes sociales (sin perjuicio, naturalmente, del límite del descanso diario). De esta manera, se ha dicho, la ley española habría ejecutado correctamente la directiva comunitaria, definiendo una duración semanal “media”, comprensiva de las horas ordinarias y extraordinarias, igual a 42 horas, es decir “netamente más bajo que el establecido por la directiva” (Ichino 1998, 163; *contra* Castro Argüelles 1998, 902). El resultado, sin embargo deslucido a la vista de los contenidos de la directiva misma, es un creciente grado de incertidumbre en la individuación de las horas extraordinarias, y relativa diferenciación de la jornada ordinaria, también en el plano estrictamente probatorio (cfr. Escudero Rodríguez 2000, 750).

En cualquier modo, las disposiciones más relevantes en esta materia se refieren, por un lado, a los mecanismos de compensación o mejora económica de las horas extraordinarias (art. 35.1, párrafo 2º), por otro, las así llamadas horas de “prolongación” de la jornada ordinaria, es decir, las horas *extra* objeto de compensación dentro de un limitado arco temporal (art. 35.2).

Con la reforma de 1994/95 fue suprimido el precepto normativo que imponía una mejora del 75% por cada hora *extra* trabajada. El art. 35.1, párrafo 2º, en la nueva formulación, elimina toda determinación vinculante sobre la materia, remetiéndolo al convenio colectivo y, en defecto de éste, a los pactos individuales, la tarea de definir los porcentajes de mejora económica o, alternatively, de establecer el recurso a los “descansos compensatorios retribuidos”. Los únicos límites impuestos por el legislador son los siguientes: a) la hora extraordinaria no puede ser retribuida en ningún caso con una compensación inferior a la que se espera por la hora ordinaria; b) en caso de falta de entendimiento entre las partes (colectivas o individuales) “las horas extraordinarias realizadas serán compensadas mediante descansos que deberán ser disfrutados dentro de los cuatro meses siguientes a su realización” (cfr. Alfonso Mellado – García Ortega 1994, 39 ss.).

En todo caso, incluso cuando las partes se avinieran a una regulación contractual, se prevé que las horas extraordinarias “compensadas” con turnos de descanso en los cuatro meses siguientes a su realización no sean computadas dentro del número de horas disponible anualmente (art.

35.2, par. 2)²⁹². Naturalmente, cuando no haya lugar a tal compensación, o se realice fuera del plazo permitido, cobra fuerza la normativa legal, de tal modo que la hora *extra* trabajada es computada en el número de horas anual, y, además, el empleador queda obligado a corresponder con la mejora pactada (o, en su defecto, el canon retributivo previsto para las horas “ordinarias”) (cfr. García Ninet 1995, 69).

La doctrina ha detectado en la ordenación global de la regulación de las horas extraordinarias un claro intento del legislador de abrir ulteriores, amplios espacios de flexibilidad en la gestión de los recursos humanos por la empresa: la abrogación de obligaciones específicas de retribución, el reconocimiento al empleador de la facultad de utilizar la “bolsa de las 80 horas a su placer, neutralizando sus efectos mediante el uso de los descansos compensatorios” y condicionando al desbordamiento del *budget* cuatrimestral la imputación de cargas retributivas a cargo del empleador, han sido considerados indicios sintomáticos de una tendencia desreguladora que, se ha dicho, se sitúa en contradicción con los objetivos de la reforma y, sobre todo, con las exigencias de desincentivación y mayor control de las horas extraordinarias, en una perspectiva de reducción de las jornadas de hecho y de fomento del empleo (cfr. Alarcón Caracuel 1994, 64-65).

En realidad, es presumible que la *ratio* que inspira la trama normativa sea la de conciliar la exigencia de remoción de los obstáculos burocráticos y legales que se han revelado no funcionales para con los fines perseguidos, con la tentativa de desincentivar la “reclamación” por los agentes sindicales y/o los trabajadores, en sede contractual, de los “paquetes” de horas extraordinarias, remunerándolas igual que las horas ordinarias (cfr. García Ninet 1995, 59), y además volviendo de hecho obligatorio el reconocimiento del descanso compensatorio retribuido, en supuestos de falta de regulación contractual.

En cuanto al resto, el legislador no deja de establecer algunos límites a la utilización de las horas extraordinarias (cuya eficacia real es, por otro lado, discutible): *i*) ante todo, viene reforzado el carácter eminentemente “voluntario” de la prestación de trabajo en horas extraordinarias; por lo que el trabajador puede, en caso de imposición unilateral por el empleador, invocar legítimamente la aplicación del principio del art. 35.4 *ET reformado*, rehusando desempeñar la prestación requerida (cfr. Bodas Martín 2000, 105, que se remite por referencias jurisprudenciales)²⁹³; *ii*) en segundo lugar, permanece en sede del gobierno la potestad de “suprimir o reducir el número máximo de horas extraordinarias por un período de tiempo determinado, con carácter general o limitadamente a ciertas ramas de actividad o ámbitos territoriales, para incrementar las oportunidades de colocación de los trabajadores en paro forzoso” (art. 35.2, ult. par.); *iii*) se desprende indirectamente un tercer límite de la disposición relativa a la obligación de definir anualmente,

²⁹² Para Rivero Lamas (1995, 48), esta disposición representa una sustancial, notable novedad, en el contexto de una regulación no particularmente innovadora en materia de horas extraordinarias.

²⁹³ La voluntariedad, que constituye “elemento coesencial de la realización de horas extraordinarias”, puede ser “directa –si es incorporada por el contrato individual, con anterioridad o con posterioridad a la suscripción del contrato de trabajo– o bien indirecta, si la obligación de efectuar horas extraordinarias trae causa del convenio colectivo” (así Escudero Rodríguez 2000, 756). Por otro lado, es una opinión pacífica que el principio queda satisfecho cuando el trabajador se ha ya obligado *ex ante* a desarrollar la actividad requerida, sin que se precise, por razones obvias, una “adhesión voluntaria día por día, semana por semana”, bastando la mera aplicación de la pertinente cláusula durante toda la vigencia del convenio colectivo o del contrato individual (v. Alonso Olea – Barreiro González 1995, 167).

en sede de la empresa, el susodicho *calendario laboral*: su contenido (con indicación de los límites máximos y medios de duración; definición de los ciclos de trabajo con especial referencia a los turnos y a la programación de los extraordinarios) parece poder surtir efectos significativos, en la medida en que impone al empleador que quiera modificar el calendario en sí la observancia- en el sentido del ya citado art. 41 *ET reformado*- de “un procedimiento establecido por ley”, que requiere “un motivo y la observancia de normas formales que la dirección empresarial deberá respetar para poder proceder a su modificación” (Rojo Torrecilla 1996, 43; v. también García Niet 1995, 51-52)²⁹⁴; iv) un vínculo ulterior fue introducido, finalmente, por el más reciente *RD* núm. 1561 de 1995 (vid. también *supra*, punto 6), que atribuyó a los representantes de los trabajadores un derecho específico de información mensual, relativo a la cantidad de horas extraordinarias realizadas en la empresa (cfr. Morón Prieto 1996, 121 ss.).

6.3. La negociación colectiva en la fase más reciente: módulos de implantación de la flexibilidad.

La más acentuada valorización, en el ámbito legal, de la negociación colectiva ha constituido una de las razones destacadas del relanzamiento de la función normativa de esta fuente, en la fase más reciente.

Estimulada por las previsiones normativas – y en línea con el tendencia europea – en España la negociación colectiva sectorial, sea de nivel nacional, provincial o interprovincial, ha puesto su atención en los aspectos “cualitativos” de la gestión del tiempo de trabajo, de tal modo que se han multiplicado los convenios que definen las modalidades de distribución multiperiódica y variabilidad de las jornadas.

Las más recientes investigaciones doctrinales ponen en evidencia, a estos efectos, cómo la negociación colectiva privilegia dos principales regímenes de flexibilidad de las jornadas: i) los regímenes centrados en la distribución regular de la jornada de trabajo, que permiten la predeterminación del calendario anual, definiendo por anticipado modos y períodos de variación y sucesión de los módulos temporales de la prestación; ii) las técnicas de distribución “irregular” del tiempo de trabajo (art. 34.2 *ET reformado*), según modalidades a su vez reconducibles a tres principales fórmulas convencionales: 1) los convenios que definen la jornada *standard*, admitiendo no obstante fuertes oscilaciones cíclicas generalmente vinculadas a exigencias de la organización y producción empresarial y, por ende, pactadas por anticipado por la dirección empresarial y la representación de los trabajadores en la empresa; 2) los convenios que individúan un cierto número de “horas de prolongación”, utilizables por el empleador, quedando a salvo la obligación de compensación económica o descanso compensatorio; 3) los acuerdos que, aun delimitando rígidamente los ámbitos temporales de realización de la prestación de trabajo, permiten ciertos márgenes de adaptación temporal de la misma dentro de precisos límites mínimos y máximos (cfr. *amplius* Merino Senovilla 1998, 215 ss.; v. también, por último, Escudero Rodríguez 1999, 23 ss.)²⁹⁵.

²⁹⁴ La norma, en su lapidaria formulación, no permite sin embargo individuar los posibles márgenes de “elasticidad” a disposición del empleador, especialmente en el caso en que recurra a jornadas multiperiódicas, estructuradas sobre una base cíclica “irregular” y por ello frecuentemente se prevea cualquier encuadre *ex ante*.

²⁹⁵ Para Bodas Martín 2000, 100, la jurisprudencia establece que “la flexibilidad sea, por principio, *regular*, siendo obligatoriamente requerido a la negociación colectiva de sector o de empresa” la individuación de módulos de distribución irregular.

Se ha generado saturación y complicaciones en la concreta gestión de los regímenes de flexibilidad por la frecuente superposición de una multiplicidad de niveles contractuales (y de normativa relacionada) sobre un mismo objeto por mor, ciertamente, de una aplicación “extensiva” de los preceptos del *ET reformado* en materia de distribución irregular del tiempo de trabajo en un arco multiperiódico (que sancionan expresamente el carácter alternativo de convenio sectorial y de empresa) pero también de la tradicional fragmentariedad y desarticulación de la estructura de la negociación colectiva en España, que acaba por reflejarse, en este caso, en las modalidades de gestión de las técnicas de modulación flexible de la prestación (cfr. Caruso 1992, 267)²⁹⁶. Por estas razones, en el *Acuerdo Interconfederal sobre la negociación colectiva (AINC)* acordado en abril de 1997, los agentes sociales se esforzaron en definir, en los distintos sectores, una mejor y más racional distribución de las competencias entre el nivel sectorial y el nivel empresarial (cfr. Durán López 1997, 24), limitando la intervención del primero a la fijación de la jornada máxima efectiva y a la individuación de los criterios y de la modalidad de distribución de la jornada, y remitiendo al nivel inferior la concreta modulación temporal de la prestación, con relación a la duración ordinaria y extraordinaria, regular o irregular, a los períodos de descanso y vacaciones, etc. (punto 5) (cfr. Escudero Rodríguez 1999, 21)²⁹⁷.

7. Reducción del tiempo de trabajo, cuestión de empleo, tempo de trabajo y tempo de vida: la reactivación del debate.

En los últimos tiempos en España, así como en gran parte de los países europeos, se asiste a un cambio de opinión en el debate sobre las políticas de reducción del tiempo de trabajo en relación a la llamada “cuestión del empleo” (vid. para una recopilación Bosch 1999, especialmente pág. 160).

En el caso español, la cuestión adopta un significado más emblemático que en otros sitios, debido a los elevados niveles de desempleo que, crónicamente, han ido azotando al mercado de trabajo español (para algunas reflexiones al respecto vid. Alarcón Caracuel 1999, 313 ss.). Según las más recientes estadísticas facilitadas por *Eurostat*, en enero de 2002, la tasa de desempleo en España se acercaba a nivel próximos al 13%, frente una media de la Unión Europea del 8,4 %, y ello pese al gran crecimiento económico experimentado en los últimos tres años que ha contribuido a disminuir de forma importante el número de desempleados (al menos por lo que se refiere a los últimos 20 años), alimentada en gran parte, por otro lado, por el amplio recurso a los contratos temporales²⁹⁸.

En la discusión tiene importancia también otra peculiar anomalía. Frente a una tendencia euro-

²⁹⁶ Sin embargo, según algunos autores, la reforma de 1994 ha tenido el efecto de desarticular la estructura de la negociación colectiva, a través de “la esplendorosa aparición de los acuerdos de empresa y el progresivo marchitarse de los convenios colectivos en sentido estricto” (...) “una contractualización operada a costa del contrato *erga omnes* y a beneficio de los instrumentos extraestatutarios previstos por la reforma” (Ojeda Avilés 1996, 70).

²⁹⁷ Alguna referencia sobre los primeros resultados contractuales conforme a las indicaciones contenidas en el *AINC* puede encontrarse en Escudero Rodríguez 1999, 22.

²⁹⁸ Todavía en el 2000, el porcentaje de la fuerza de trabajo empleada en este tipo de contratos se situaba en torno al 30% del número total de trabajadores dependientes (CC. OO. 2000, 7; Valdés Dal-Ré 2002, 2).

pea de estancamiento de los tiempos contractuales, o sea, de progresivo, aunque ligero, descenso de los mismos²⁹⁹, en España, en el período 1994-1998, las horas trabajadas según establecen los convenios colectivos han crecido constantemente. Teniendo en cuenta los datos del *Consejo Económico y Social*, el tiempo de trabajo medio anual, de hecho, ha pasado de las 1763,4 horas de 1993 a las 1769,5 horas de 1998 (38,7 horas en promedio semanal), con un aumento, por tanto, de cerca 6,1 horas en estos cuatro años de referencia. En el tradicional *Balance de la negociación colectiva en 1997*, *Comisiones Obreras* revela que el aumento del número de horas contractuales podría ser debido al progresivo (y persistente) trasvase de importantes cuotas de fuerza de trabajo de sectores productivos donde tradicionalmente se realizan horarios anuales más elevados a otros, con horarios en promedio más bajos; dichos trabajadores, que se encontrarían “fuera del ámbito de influencia sindical”, habrían provocado un incremento de la media “global” de referencia estadística (CC. OO. 1998; para una valoración analítica de la tendencia en el período considerado vid. Pérez Infante - Fina Sanglas 1999, 28-29).

En este marco, se justifica la adopción, en tiempos más recientes, de numerosas medidas destinadas a controlar y a limitar el tiempo de trabajo. Un importante foco legislativo y contractual se ha concentrado sobre el objetivo de desincentivar el trabajo extraordinario, a través de un doble instrumento: el incremento del “coste” de seguridad social de la prestación de trabajo extraordinario y el recurso a descansos compensatorios (como alternativa a la mejora económica) (cfr. Escudero – Mercader 1998, 65).

i) En el *Acuerdo sobre la estabilidad en el empleo*, firmado en abril de 1997, los sindicatos y los empresarios, acordaron expresamente la necesidad de aprobar medidas en materia de “gestión del tiempo de trabajo, de duración y distribución del tiempo de trabajo, con la finalidad de contribuir al crecimiento del empleo y del funcionamiento de las empresas” (punto 6, letra a), se comprometieron a “pedir al Gobierno la apertura inmediata de consultas con el fin de determinar el procedimiento de aplicación establecido en el art. 35.2, párrafo 3, *ET* reformado, sobre límites a la realización del trabajo extraordinario, con la intención de incrementar las oportunidades de empleo de los trabajadores desempleados (punto 6, letra b) (cfr. Loffredo 1998, 210).

ii) Por lo que se refiere a los desincentivos económicos, el art. 89 de la *Ley de Presupuestos Generales del Estado* para 1998 elevó el coste de seguridad social de las horas extraordinarias, llamadas “estructurales” (del 14% al 28%), mientras que la Ley de acompañamiento para 1998 excluyó la retribución por horas extras de la base de cálculo de la “prestación por desempleo” (cfr. Escudero – Mercader 1998, 65). También al auspicio de estas medidas, en el curso del año 2000, el 38% de los convenios colectivos estipulados previeron la posibilidad de reducir las horas extraordinarias, aunque sólo en el 9,9% de los casos se contempló la eliminación de este instrumento de flexibilidad (cfr. CES 2001, 398).

iii) Finalmente, el recurso a los descansos compensatorios (como se ha dicho “presumidos” por la normativa legal, en ausencia de normativa contractual) es cada vez más frecuente en la negociación colectiva, de varios niveles, en los últimos años. Durante el 2000, el 36,4 % de los conve-

²⁹⁹ Es el caso de Alemania, donde desde 1997 la duración media de la prestación de trabajo se sitúa en torno a las 37,4 horas semanales, excepto en el caso de algunas zonas del este en donde es mayor (cfr. *Germany - Collective bargaining in 1997*, in *Eur. ind. rel. review*, 1998, n. 195, 20). Tendencia que permanece invariable en el bienio 1999-2000 (cfr. *Germany - Collective bargaining in 1999*, *id.*, 2000, n. 316, 28; *Germany - Moderation characterises bargaining in 2000*, *id.*, 2001, n. 328, 24).

nios colectivos han introducido cláusulas de compensación de las horas extras mediante descansos, frente a un porcentaje, aún mayoritario (52,2%) de previsiones que tienden a monetarizar el trabajo extra desarrollado.

En términos generales, la negociación colectiva de sector ha asumido el rol de guía del proceso de reducción (en realidad bastante tímido) del tiempo de trabajo. Las estadísticas más recientes (referidas al 2001) muestran, de hecho, una clara continuación de la tendencia a la reducción, con tiempos que atestiguan una media de 1765 horas en promedio anual (cfr. UGT 2001). Lo que parece más significativo, es el sensible aumento porcentual de los convenios colectivos que contemplan medidas de reducción del tiempo, mientras que casi se ha doblado el número de trabajadores envueltos en pactos que contienen cláusulas de ese tenor. Aunque, en la mayor parte de los casos, la reducción del tiempo de trabajo viene “cambiada” con la introducción de regímenes flexibles, con el consiguiente incremento del poder organizativo empresarial, *sub specie* de tiempo trabajado disponible (cfr. CC.OO 2000, 30-31; CES 2001, 393 y 400; ETUI 2001, 36)³⁰⁰.

Frente a un modelo de gestión negociada del tiempo de trabajo en continua evolución, bien llena de obstáculos aparece en el camino la propuesta sindical sobre la reducción del tiempo de trabajo a 35 horas semanales (ligada a un más estricto control del trabajo extraordinario).

El interés sindical en esta dirección no es ciertamente inédito. Surge, de hecho, en el lejano 1986 con la propuesta de UGT para forzar una drástica reducción del tiempo de trabajo a 35 horas semanales, más tarde reconducida a propuestas más realistas (38 horas semanales) (para una retrospectiva vid. Velasco Murviedro 1995, 118 ss.). Con todo, en España (como en otras partes de Europa), en esta última fase, el debate se ha reavivado significativamente: hay una convicción extendida que un proceso “dirigido” de reducción del tiempo de trabajo puede contribuir a un nuevo descenso de los niveles de desocupación, aprovechando una coyuntura económica buena que ya se ha reflejado abundantemente (en términos ciertamente positivos) sobre las tasas ocupacionales; más reciente, bajo la corta experiencia de las 35 horas en Francia³⁰¹, además el sindicato trata de observar con particular interés los efectos positivos que se pueden derivar de la reducción del tiempo de trabajo en la perspectiva de una mejora de la calidad de trabajo y de una más provechosa relación entre tiempo de trabajo y tiempo de vida (cfr. UGT 2002).

Al margen de otras realidades europeas, en España la discusión se ha concentrado sobre dos cuestiones de fondo: la elección de la técnica normativa a utilizar (ley obligatoria que reformule la noción de tiempo de trabajo “normal” o ley incentivadora/desincentivadora de reducción del tiempo de trabajo) y la dinámica de la relación entre las fuentes legales y negociales.

En un primer momento, tanto los sindicatos (cfr. CC.OO-UGT 1998) como la doctrina mayoritaria (cfr. Baylos 1998, 76; Ojeda Avilés 1998, 235) han buscado converger en una solución de “compromiso” que salvaguardara el rol de las partes sociales, sin ocasionar ningún perjuicio a las exigencias empresariales de la competitividad. Por lo que, se ha dicho que más que una intervención de reducción “drástica” del tiempo de trabajo semanal, de la que sería difícil gestionar las posibles

³⁰⁰ De modo significativo, desde este punto de vista, parecen los numerosos acuerdos colectivos acordados en España en el sector automovilístico en el último año concentrados en el intercambio entre reducción del tiempo de trabajo y medidas de flexibilidad (tiempo multiperiódico, medidas de concentración de la implantación, etc.): baste decir que tras tal acuerdo negociado, el tiempo de trabajo en dicho sector industrial ha sufrido una reducción, pasando de las 1730,6 horas anuales de 1998 a las 1724,7 horas en 1999 (cfr. *Negotiated flexibility in the car industry*, in *Eur. ind. rel. review*, 1999, n. 307, 19 ss.).

³⁰¹ Sobre el que vid. Dayan – La Rosa 2001.

implicaciones, sería preferible recurrir a un esquema de incentivos de la reducción contractual del tiempo de trabajo mediante una especie de ley-marco, o sea, bajo una perspectiva más alcanzable en el caso español (a la luz de los actuales equilibrios políticos y parlamentarios), aprobando un *Acuerdo Marco* interprofesional para materias específicas (*ex art. 83.3 ET*) o, mejor aún, un *Acuerdo Tripartito* con la implicación activa del Gobierno. Tal acuerdo definiría en cuadro normativo de referencia con el fin de calcular la mejora económica, reenviando a la negociación colectiva (sectorial y/o de empresa) la concreta remodulación del tiempo de trabajo, teniendo en cuenta también las imprescindibles exigencias de la adecuación flexible de la organización empresarial.

En el centro del debate a nivel nacional, ha tocado a las Comunidades Autónomas promover políticas de reducción y reorganización del tiempo de trabajo con la finalidad de incrementar el empleo (cfr. Baylos 1998, 77)³⁰², con la estipulación de un abundante número de acuerdos a nivel local. Se trata de experiencias no homogéneas, de las que no es fácil individualizar un hilo conductor común, aunque reconducibles a tres tendencias principales: 1) acuerdos de “dirección”, que individualizan el objetivo de la reducción, reenviando a sucesivas negociaciones entre las partes sociales la concreta adopción de medidas operativas; 2) acuerdos bi o trilaterales (en función de que sean suscritos entre ambas partes o solamente por las organizaciones sindicales) que prevén incentivos, bajo la forma de descuentos contributivos y fiscales, a la reducción del tiempo de trabajo ordinario (hasta, en algunos casos, de 35 horas semanales) y/o a la limitación de las horas extraordinarias, tanto para los empleados del sector público³⁰³, como aquellos del sector privado que operen en el territorio de la Comunidad Autónoma; 3) entendidos “interlocutores” que prevén la adopción de medidas reglamentarias en tal sentido: bajo este punto de vista, el Gobierno de Cataluña³⁰⁴ y de Andalucía³⁰⁵ han aprobado decretos como consecuencia de la reorganización y reducción del tiempo de trabajo ordinario y extraordinario, con los que se pretende incentivar, gracias al reconocimiento de importantes descuentos contributivos de las empresas, la adopción de acuerdos de empresa en materia de reorganización o reducción del tiempo de trabajo semanal o anual, además de la supresión o reducción del número permitido de horas extraordinarias con un correlativo incremento del número de trabajadores empleados con contratos de trabajo a tiempo indefinido³⁰⁶.

La difusión de tales prácticas en el ámbito de las Comunidades Autónomas ha sido evaluado positivamente por el Consejo de la Unión Europea en el Informe conjunto sobre la ocupación en 1999, que especifica adecuadas medidas de “adaptabilidad” del empleo en el plano regional, con especial referencia a las disposiciones allí contenidas en materia de “flexibilidad del tiempo de trabajo, programa de subvenciones y regulación del tiempo de trabajo”.

³⁰² Se trata de medidas de *políticas activas de empleo*, materia sobre la que la Constitución Española de 1978 atribuye a las CC.AA amplia competencia legislativa (cfr. al respecto Durán López 2000, 188 ss.).

³⁰³ Es el caso del reciente acuerdo sobre las 35 horas para los empleados públicos del País Vasco, sobre el que vid. Martínez Gayoso 2001.

³⁰⁴ Decreto núm. 248 de 22 de septiembre de 1998.

³⁰⁵ Decreto núm. 904 de 16 de enero de 1999.

³⁰⁶ Para una amplia reseña del contenido de los diversos *Planes de empleo* estipulados a nivel de cada Comunidad Autónoma vid. *Empleo y jornada de trabajo a ritmo de tango*, in *Gaceta sindical*, marzo 1999, 16-17.

Por otro lado, la misma opinión no parece tener el principal sindicato español, que ha manifestado en diversas ocasiones preocupación por difundir iniciativas a nivel local, temiendo riesgos de fragmentación y desarticulación del mercado de trabajo. Por estas razones, *Comisiones Obreras*, retomando una posición minoritaria en la doctrina (cfr. Monereo Pérez – Medina Castillo 1999, 47; Alfonso Mellado 1998, 226), hace algún tiempo, revisó su propuesta, declarándose netamente a favor de una *Ley Marco de reducción de jornada* “acompañada por un correlativo proceso de concertación social y negociación colectiva, con el fin de traducir la iniciativa legislativa en creación de empleo adicional y de un mayor nivel cualitativo”³⁰⁷; mientras, por último, como ya se ha señalado, el otro sindicato español (UGT) ha repropuesto la absoluta indeferibilidad de una iniciativa gubernamental que, coherente con una dirección política volcada a revalorizar los temas de la familia, conduzca a la adopción de medidas normativas de reducción del tiempo de trabajo, sosteniendo la acción, tanto indispensable como completamente insuficiente, de la negociación colectiva en este terreno (cfr. UGT 2002).

Todas estas propuestas que, por el momento, no parecen que vayan a modificar la agenda gubernamental, en el que el tema de la reducción del tiempo de trabajo ha sido pospuesto, prevaleciendo la tesis de la plena competencia, en esta materia, de los actores sindicales, en el ámbito de la negociación colectiva (cfr. Fina Sanglas – Gonzáles de Lena – Pérez Infante 2001, 166).

8. Conclusiones.

Subsisten pocas dudas sobre el hecho de que en España, como en muchísimas otras realidades nacionales, “la regulación jurídica del tiempo de trabajo, lejos de haberse fosilizado con el transcurso del tiempo, mantiene una extraordinaria actualidad y un futuro garantizado” (Escudero Rodríguez 1999, 7). Pero lo que sorprende del caso ibérico, y constituye en cierta medida su trazo distintivo, es la rapidez de los cambios a los que ha sido sometido en las dos últimas décadas, bajo el perfil del acercamiento normativo: el modelo tradicional, fuertemente positivado, basado en el papel dominante de la norma imperativa ha sido suplantado por una estructura predominantemente negocial, en la que las normas limitativas o que imponen prohibiciones han sido suprimidas o, en otros casos, han perdido la característica de la inderogabilidad, para devenir ampliamente disponibles por la negociación colectiva y/o individual (cfr. Valdés Dal-Ré 1999, 5-6). Es indudable que la parábola evolutiva se ha trazado en un arco temporal particularmente breve. Pero sobre esto han incidido predominantemente razones histórico-políticas, con el repentino pasaje de un modelo de regulación y de relaciones industriales centralizado y semiautoritario (típico de la fase del despotismo franquista) a otro, bastante próximo a los sistemas de las democracias occidentales, obligado a medirse inmediatamente con los desafíos puestos por la difusión de los nuevos sistemas productivos y de organización del trabajo, en el decurso de los años '80.

Como quiera que sea, el proceso de atenuación de las relaciones y de la rigidez, con la definitiva afirmación del rol normativo de la fuente autónoma, ha sido coronado por la intervención de la reforma de 1994/95. El punto de partida deriva de la transposición de la Directiva Comunitaria 93/104/CE y, en particular, de la parte de ésta más netamente orientada a producir efectos de

³⁰⁷ Cfr. *Notas de prensa 29 de enero 1999. CC.OO. propone una Ley marco de reducción de jornada que promueva e incentive las 35 horas semanales*, <http://www.ccoo.es/>. Una solución que, en la intención de la organización sindical, llevaría a la “harmonización de procedimientos y medidas sustanciales con el fin de evitar la coexistencia de condiciones de trabajo diferentes y, al límite contradicciones”.

“flexibilización” de la normativa nacional. El resultado es una nueva estructura, caracterizada por dos elementos conductores: *i)* un sustancial *self-restraint* del legislador y de los organismos públicos reservado a funciones de control y administración; *ii)* la consiguiente potenciación de la negociación colectiva, con una relativa revisitación de las relaciones entre fuentes autónomas y fuentes legales (cfr. Escudero Rodríguez 1999, 14 ss.).

Pero, como se decía, la institución de la jornada de trabajo es fisiológicamente refractaria a la concepción cristalizada. Por tanto, no causa estupor que mientras la nueva estructura normativa todavía tiende, lentamente, a sedimentarse, se atisben posteriores escenarios de cambio en el horizonte. Es el caso, por ejemplo, del renovado debate sobre las políticas de reducción de la jornada de trabajo, a que se hacía referencia anteriormente. Un tema sobre el que, en el caso español, no se enfrentan solamente, cada uno por su parte, los sujetos tradicionales de las relaciones industriales, sino que implica a intérpretes inéditos: aquellos actores de la concertación local y territorial, cada vez más protagonistas de las dinámicas articuladas y flexibles del mercado de trabajo.

9. Referencias bibliográficas.

ALARCÓN CARACUEL M. R. (1988), *La ordenación del tiempo de trabajo*, Madrid.

ALARCÓN CARACUEL M. R. (1992), *Estado social y derecho del trabajo*, en ALARCÓN CARACUEL M. R. (Dir.), *Constitución y derecho del trabajo: 1981-1991*, Madrid, 9.

ALARCÓN CARACUEL M. R. (1994), *Tiempo de trabajo en la reforma laboral*, en *Relaciones Laborales*, n. 17-18, 53.

ALARCÓN CARACUEL M. R. (1999), *Tiempo de trabajo empleo*, in Monereo Pérez J. L. (Dir.), *La reforma del marco normativo del mercado de trabajo y el fomento de la contratación colectiva*, Granada, 313.

ALFONSO MELLADO C. L. (1998), *35 horas: ley y convenio colectivo*, en *Revista de Derecho Social*, n. 3, 221.

ALFONSO MELLADO C. L. - GARCÍA ORTEGA J. (1994), *Jornada y ordenación del tiempo de trabajo*, Valencia.

ALONSO GARCÍA M. (1960), *Derecho del trabajo*, Tomo II, Barcelona.

ALONSO OLEA M. (1999), *¿Es de seguridad y salud del medio de trabajo la regulación de la jornada?*, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 5.

ALONSO OLEA M. – BARREIRO GONZÁLEZ G. (1995), Sub art. 34, en *El Estatuto de los Trabajadores. Textos, Comentarios, Jurisprudencia*, Madrid, 159.

BANO F. (1995), *Il contratto collettivo nell'ordinamento spagnolo: alcune note per un confronto*, en *Lavoro e Diritto*, 337.

BAYLOS A. (1998), *35 horas, entre ley y convenio*, in *Reflexiones sobre empleo y tiempo de trabajo*, Especial Monográfico de *Gaceta Sindical*, n. 167, 71.

BLASCO PELLICER A. (1995), *La individualización de las Relaciones Laborales*, Madrid.

- BODAS MARTÍN R. (2000), *La flexibilidad de la jornada laboral en la jurisprudencia*, en *Revista de Derecho Social*, n. 9, 91.
- BOSCH G. (1999), *Le temps de travail: tendances et nouvelles problématique*, en *Revue International du Travail*, n. 2, 141.
- CARUSO B. (1992), *La struttura della retribuzione e della contrattazione collettiva in Spagna*, en BRUNETTA R. (Dir.), *Retribuzione, costo del lavoro, livelli della contrattazione. Relazioni sindacali e politiche dei redditi*, Roma, 261.
- CASAS BAAMONDE M. E. - BAYLOS GRAU A. (1990), *La disciplina del tempo di lavoro e la "deregolamentazione" della contrattazione collettiva*, in D'ANTONA M. (Dir.), *Politiche di flessibilità e mutamenti del Diritto del lavoro: Italia e Spagna*, Napoli, 329.
- CASTRO ARGÜELLES M. A. (1998), *La incidencia de las directivas comunitarias en la Reforma laboral*, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 889.
- CC. OO. (1998), *La negociación colectiva en 1997. Balance*, <http://www.ccoo.es/>
- CC. OO. (2000), *Balance de la negociación colectiva. Primer semestre de 2000*, <http://www.ccoo.es/>
- CC. OO. – UGT (1998), *La reducción y reordenación del tiempo de trabajo como política de empleo: por las 35 horas. Propuesta unitaria*, <http://www.ccoo.es/>
- CES (2001), *Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral de la Nación (año 2000)*, Madrid, <http://www.ces.es/>
- COSSIO DÍAZ J. R. (1989), *Estado social y derecho de prestación*, Madrid.
- CRUZ VILLALÓN J. (1989), *La flexibilidad en la distribución del tiempo de trabajo*, en *Relaciones Laborales*, 535.
- DAYAN J.-L. – LA ROSA M. (2001), *L'esperienza delle 35 ore in Francia: bilancio e prospettive*, Numero Monográfico de *Sociologia del lavoro*, n. 81, Milano.
- DE LA VILLA GIL L. E. (1991), *El concepto de "hora extraordinaria"*, en DE LA VILLA GIL L. E. (Dir.), *Estudios sobre la jornada de trabajo*, Madrid, 361.
- DURÁN LÓPEZ F. (1997), *Concertazione e dialogo sociale in Spagna*, en *Industria e Sindacato*, n. 6, 19.
- DURÁN LÓPEZ F. (2000), *Autonomismo e coesione sociale in Spagna*, en *Le Istituzioni del Federalismo*, n. 1, 177.
- ELORZA GUERRERO F. (1996), *Acuerdos colectiva de empresa y jornada: el artículo 34 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo*, en OJEDA AVILÉS A. (Dir.), *El arbitraje laboral. Los acuerdos de empresa*, Madrid, 244.
- ELORZA GUERRERO F. (1997), *Los Tribunales Superiores de Justicia y la modificación sustancial del tempo de trabajo*, en *Temas laborales*, n. 42, 61.
- ESCUDERO R. (1987), *Le relazioni industriali in transizione: contrattazione collettiva o individuale?*, en *Lavoro e Diritto*, 672.

ESCUDERO R. (1994), *Occupazione e orario di lavoro in Spagna*, ponencia presentada en el curso sobre el tema "Occupazione e orario di lavoro", Cagliari.

ESCUDERO RODRÍGUEZ R. (1999), *Significación del tiempo de trabajo, fuentes reguladoras y dinámica de la negociación colectiva*, en *Relaciones Laborales*, n. 4, 7.

ESCUDERO RODRÍGUEZ R. (2000), *Horas extraordinarias (en torno al artículo 35)*, en *El Estatuto de los trabajadores veinte años después*, Numero monográfico de la *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n. 100, 747.

ESCUDERO R. – MERCADER J. R. (1998), *Empleo, tiempo de trabajo y negociación colectiva*, en *Reflexiones sobre empleo y tiempo de trabajo*, Especial Monográfico de *Gaceta Sindical*, n. 167, 59.

ETUI (2001), *Collective bargaining in Europe 2000* (Dir. G. Fajertag).

FINA SANGLAS L. – GONZÁLES DE LENA F. - PÉREZ INFANTE J. I. (2001), *Il punto di vista spagnolo sulla settimana di 35 ore*, en *Sociologia del lavoro*, n. 81, 157.

GARATE CASTRO J. (1981), *En torno a la configuración jurisprudencial del plus de nocturnidad*, en *Revista Española del Derecho del Trabajo*, 382.

GARCÍA ÁLVAREZ M. B. (1987), *La Constitución española de 1978 y el derecho constitucional europeo. Influencias y paralelismos*, en *Studi in onore di P. Biscaretti di Ruffia*, Tomo I, Milano, 579.

GARCÍA MURCIA J. (1986), *El nuevo tratamiento de las horas extraordinarias*, en *Relaciones Laborales*, II, 147.

GARCÍA NINET J. I. (1981), *Tiempo de trabajo*, en GHEZZI G. - ROMAGNOLI U. (Dir.), *El Estatuto de los trabajadores, Comentarios a la ley 8/1980 de 10 de marzo*, Madrid., 251.

GARCÍA NINET J. I. (1982), *Jornada*, en BORRAJO DACRUZ E. (Dir.), *El Estatuto de Los Trabajadores, Comentarios a la leyes laborales*, Tomo VII, Madrid, 17.

GARCÍA NINET J. I. (1991), *Las jornadas especiales de trabajo*, en DE LA VILLA GIL L. E. (Dir.), *Estudios sobre la jornada de trabajo*, Madrid, 325.

GARCÍA NINET J. I. (1995), *Ordenación del tiempo de trabajo*, en BORRAJO DACRUZ E. (Dir.), *Comentarios a las leyes laborales. La Reforma del Estatuto de los Trabajadores.*, Tomo I, Vol. 2, 7.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN I. (1990), *Contrattazione individuale "in serie" e condotta antisindacale*, en D'ANTONA M. (Dir.), *Politiche di flessibilità e mutamenti del Diritto del lavoro: Italia e Spagna*, Napoli, 355.

GODINO REYES M. (1991), *Autonomía colectiva y voluntad individual en la fijación de la jornada de trabajo*, en DE LA VILLA GIL L. E. (Dir.), *Estudios sobre la jornada de trabajo*, Madrid, 101.

GONZÁLES BIEDMA E. (2000), *La jornada (en torno al artículo 34)*, en *El Estatuto de los trabajadores veinte años después*, Numero monográfico de la *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n. 100, 729.

ICHINO P. (1998), *Il tempo di lavoro nell'Unione Europea. Direttiva comunitaria e tendenze degli ordinamenti nazionali*, en *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, I, 153.

LOFFREDO A. (1998), *L'Accordo Interconfederale spagnolo di aprile 1997 sulla "estabilidad del empleo"*, en *Lavoro e Diritto*, 201.

- LÓPEZ GANDIA J. (1996), *Flexibilidad del tiempo de trabajo y prestación de desempleo (trabajo a tiempo parcial y reducción de jornada)*, en *Actualidad laboral*, n. 14, 321.
- MARTÍN VALVERDE A. (1988), *La Constitución como fuente del derecho del trabajo*, in *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 55.
- MARTÍNEZ FENOLL J. S. (1996), *El tiempo de trabajo*, Valencia.
- MARTÍNEZ GAYOSO M. N. (2001), *La aspiración sindical a implantar las 35 horas en las administraciones publicas vascas a través de la negociación colectiva*, en *Revista de Derecho Social*, 205.
- MARTÍNEZ LUCIO M. - BLYTON P. (1995), *Constructing the post-fordist State? The politics of labour market flexibility in Spain*, en *West European Politics*, 340.
- MATÍA PRIM J. (1982), *Vacaciones anuales*, in BORRAJO DACRUZ E. (Dir.), *El Estatuto de Los Trabajadores, Comentarios a la leyes laborales*, Tomo VII, Madrid, 385.
- MERINO SENOVILLA H. (1994), *El trabajo a tempo parcial (un tratamiento diferente del tiempo de trabajo)*, Valladolid.
- MERINO SENOVILLA H. (1998), *Distribución del tiempo de trabajo en la negociación colectiva. El papel de la regulación tradicional y los nuevos contenidos*, en *Revista de Derecho Social*, n. 2, 207.
- MERINO SENOVILLA H. - ROMÁN DE LA TORRE M. D. (1987), *Los convenios de enero y febrero. Las horas extraordinarias como medida de fomento al empleo en la negociación colectiva*, en *Relaciones Laborales*, I, 957.
- MILLÁN VILLANUEVA A. J. (1986), *Las jornadas especiales de trabajo en el marco de la prevención*, en *Relaciones Laborales*, I, 97.
- MONEREO PÉREZ J. L. – MEDINA CASTILLO J. E. (1999), *La ordenación jurídico-política del tiempo de trabajo y el reparto de empleo*, en *Sistema*, n. 150, 29.
- MONREAL BRINGSVAERD E. J. (1999), *Autonomía colectiva iniciativa empresarial en la distribución irregular de la jornada*, en *Actualidad Laboral*, n. 30, 555.
- MONTOYA MELGAR A. (1992), *Ideología y lenguaje en las leyes laborales en España*, Madrid.
- MONTOYA MELGAR A. - GALIANA MORENO J. M. (1984), *Estatuto de los trabajadores (reformado). Normas de desarrollo y jurisprudencia*, Madrid.
- MORÓN PRIETO R. (1996), *Novedades en la ordenación de las jornadas especiales de trabajo*, en *Relaciones Laborales*, n. 3, 104.
- OJEDA AVILÉS A. (1996), *I nuovi accordi aziendali erga omnes in Spagna*, en *Giornale di Diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 69.
- OJEDA AVILÉS A. (1998), *El debate sobre la jornada de 35 horas*, en *Revista de Derecho Social*, n. 3, 229.
- PALOMEQUE LÓPEZ M. C. (1991), *Los derechos laborales en la Constitución Española*, Madrid.
- PÉREZ INFANTE J. I. – FINA SANGLAS L. (1999), *La duración de la jornada de trabajo. Situación y evolución reciente*, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asunto sociales*, n. 16, 13.

- PRADOS DE REYES F. J. (1996), *La ordenación de tiempo de trabajo en la Reforma del Estatuto de los Trabajadores*, en *Relaciones Laborales*, n. 8, 12.
- RICCI G. (1998), *L'orario di lavoro nell'ordinamento comunitario*, en *Lavoro e Diritto*, 81.
- RIVERO LAMAS J. (1995), *La flexibilización del tiempo de trabajo*, en BORRAJO DACRUZ E. (Dir.), *El nuevo Estatuto de los trabajadores: puntos críticos*, Madrid, 25.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO M. (1988), *Voluntariedad de las horas extraordinarias, convenio colectivo y prolongación de jornada*, en *Relaciones Laborales*, II, 19.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO M. (1990), *La flessibilità e il Diritto del lavoro spagnolo*, en DE LA VILLA GIL L. E. (Dir.), *Estudios sobre la jornada de trabajo*, Madrid, 205.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO M. (1995), *The impact of the working time directive on spanish labour law*, European university Institute, working paper.
- ROJO TORRECILLA E. (1996), *Flessibilità dell'orario di lavoro in Spagna*, en *Formula*, n. 1-2, 38.
- SAÑUDO-GUTIÉRREZ F. R. (1993), *Flexibilización de la jornada de trabajo. Normas legales y normas convenidas*, en RIVERO LAMAS J. (Dir.), *La flexibilidad laboral en España*, Zaragoza, 461.
- UGT (2001), *Avance de la negociación colectiva 2001*, Madrid, <http://www.ugt.es/>
- UGT (2002), *Programa Fundamental 38º Congreso Confederal de UGT. UGT por un mundo de hombres y mujeres libres, iguales, honrados e inteligentes*, Madrid, <http://www.ugt.es/>
- VALDÉS DAL-RÉ F. (1991), *Jornada nocturna*, en DE LA VILLA GIL L. E. (Dir.), *Estudios sobre la jornada de trabajo*, Madrid, 227.
- VALDÉS DAL-RÉ F. (1999), *La flexibilidad del tiempo de trabajo: un viejo, inacabado y cambiante debate*, en *Relaciones Laborales*, n. 2, 1.
- VALDÉS DAL-RÉ F. (2002), *El trabajo a tiempo parcial: la (im)posible convivencia entre flexibilidad y seguridad*, en *Relaciones Laborales*, n. 4, 1.
- VELASCO MURVIEDRO C. (1995), *Argomenti sociali e viabilità economica della riduzione della giornata di lavoro di fronte alla disoccupazione. Idee e proposte spagnole*, en *Sociologia del lavoro*, n. 58, 102.

Sviluppo e occupazione tra europeismo e localismi*

Giuseppe Ferraro

1. Il nuovo ruolo della Regione e delle autonomie locali.	104
2. Le istituzioni federali nell'ordinamento europeo.	105
3. La competenza delle Regioni nel diritto del lavoro prima della riforma costituzionale.	106
4. La competenza delle Regioni dopo la riforma costituzionale.	106
5. Potestà legislativa e regolamentare delle Regioni e gestione del mercato del lavoro.	108
6. Etica della politica e realtà economico–sociale.	109
7. Governo dell'economia e ruolo delle parti sociali.	110
8. Regione, autonomie locali e politiche promozionali.	112
9. Le dinamiche del mercato del lavoro e le proposte del Libro bianco.	113
10. Il dibattito sulla rigidità/flessibilità tra diritto ed economia.	114
11. Flessibilità del lavoro e politiche meridionalistiche.	115
12. La riforma delle procedure di avviamento e di mediazione di manodopera.	116
13. Decentramento organizzativo e produttivo.	116
14. Riforma del Welfare e nuove forme di solidarietà sociale.	116
15. Riforma del sistema di sicurezza sociale ed autonomie locali.	117

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 5/2002

1. Il nuovo ruolo della Regione e delle autonomie locali.

Le analisi scientifiche sulla riforma del titolo V, Parte Seconda, della Costituzione (legge Cost. 18 ottobre 2001, n. 3), *da una parte*, e sulla nuova fase di integrazione europea, successiva agli accordi di Amsterdam, *da un'altra parte*, convengono nell'assegnare un ruolo da protagonisti alle istituzioni intermedie che sembrano destinate a rimodellare il rapporto tra i cittadini e le istituzioni ed a costituire le premesse per un nuovo sviluppo economico, produttivo e sociale.

Di fronte al disorientamento determinato dalla dilatazione dei mercati, dalla incontrollabile circolazione dei capitali, delle merci e delle persone, dalla crisi della sovranità nazionale e dalla sostanziale latitanza delle principali istituzioni internazionali, del tutto impreparate a regolare e controllare i fenomeni degenerativi determinati da un sistema economico internazionale governato esclusivamente dalle logiche di mercato e dalla prevaricazione dei soggetti più forti (quello che Stiglitz definisce processo di *global governance* senza *global government*), gli enti territoriali in senso lato, anche in Italia, appaiono come un punto stabile di riferimento in grado in qualche modo di filtrare le contrastanti spinte di una realtà in rapida e travolgente trasformazione.

Di qui una nuova dimensione del governo della cosa pubblica, che a prescindere dalle teoriche sul federalismo più o meno avanzato, rinvia ad esigenze primarie e fondamentali della collettività.

Tuttavia al di là delle enunciazioni di principio e degli stimoli provenienti dal quadro internazionale, la traduzione in concreto di una nuova politica delle Regioni e delle autonomie locali incontra nella realizzazione pratica numerosi ostacoli e difficoltà determinati da condizionamenti esterni di vario genere, da prassi e costumi inveterati e da tendenze centralistiche che vorrebbero rallentarne l'evoluzione.

In questo quadro di riferimento si iscrive un *itinerario di ricerca* che, articolato essenzialmente sui due termini sinergici "*decentramento*" e "*sviluppo*", si intende descrivere nei suoi passaggi più significativi, richiamando i principali aggregati tematici.

Alcune precisazioni preliminari sembrano opportune. *La prima*: nell'impostare la ricerca, è subito apparsa la dimensione eccessivamente estesa delle tematiche considerate, tuttavia tale consapevolezza incontra validi motivi di giustificazione nell'impostazione teorica prescelta, e cioè quella di esaminare in modo trasversale o longitudinale una serie di fenomeni ed istituti – economici, giuridici e sociali – dalla prospettiva specifica e, se si può dire, esclusiva delle realtà territoriali e locali, al fine di fare emergere un preciso quadro teorico di riferimento e di esplicitare le interrelazioni tra i vari temi considerati. Ed invero le problematiche che si presentano oggi in materia di promozione imprenditoriale ed occupazionale, richiedono pregiudizialmente una visione d'insieme al fine di costruire una coerente linea di ispirazione e di definire precise politiche regolative. È questo del resto il modo più efficace per confrontarsi dialetticamente con alcuni progetti governativi, quali in particolare il Libro bianco sul mercato del lavoro con le successive deleghe che, pur con una discutibile impostazione centralista e su basi ideologiche chiaramente connotate, prefigurano un disegno organico di trasformazione della realtà esistente. *Seconda precisazione*: se le tematiche considerate sono sin troppo estese e numerose, sono per altro verso carenti, giacché argomenti importanti sono tralasciati o appena accennati: si pensi, ad esempio, ai fondi europei di finanziamento regionale e alle varie politiche di incentivazione alle imprese. Nella consapevolezza di tali omissioni si auspica che la ricerca possa rappresentare una base di partenza per successivi approfondimenti. *Terzo ed ultimo rilievo*: queste brevi note hanno una valenza

esclusivamente introduttiva, volte a tracciare l'itinerario logico che si vuole seguire e ad esplicitare il legame tra le varie aree tematiche, ma non hanno alcuna pretesa di approfondimento, né tanto meno di indicare soluzioni, semmai cercano di fare emergere una serie di interrogativi concatenati le cui risposte dovrebbero derivare dal successivo dibattito.

2. Le istituzioni federali nell'ordinamento europeo.

La riflessione prende le mosse da due tematiche generali, o, se si vuole, di "cornice": *a)* sulle realtà locali e/o federali nel nuovo ordinamento europeo e *b)* sul ruolo della politica in relazione al sistema economico-produttivo e alla società civile in un ambito territoriale più o meno delimitato. Si tratta di temi apparentemente distanti ed eterogenei, che pure sono essenziali per definire il margine di azione delle istituzioni territoriali, delimitato dall'esterno da un'incalzante attività regolamentare e di indirizzo dell'Unione europea, e condizionato dall'interno dai complessi equilibri che intercorrono tra il sistema politico ed il sistema economico – produttivo locale.

Iniziando dal *primo tema*, l'attenzione viene subito catalizzata dal crescente peso politico dell'Unione europea e dalla conseguente proliferazione dei centri decisionali e regolamentari che in vario modo concorrono *sia* alle attività di indirizzo e di amministrazione, *sia* a quelle di produzione normativa. A volere semplificare, i tre poli principali attorno ai quali va costruito un disegno organico sono allo stato rappresentati: *a)* dalla congerie di atti promananti dalle istituzioni europee; *b)* dall'iniziativa del governo centrale; e *c)* dall'attività delle molteplici amministrazioni regionali e locali. All'interno di queste realtà istituzionali, emerge poi una pluralità di soggetti che opera in modo non sempre coordinato, a volte addirittura competitivo: basterebbe pensare, *da un lato*, al ruolo della Corte di Giustizia europea che sempre più interviene su alcune politiche governative nazionali (ad esempio in materia di aiuti di Stato e di regolazione del mercato del lavoro di libera circolazione dei servizi e dei professionisti) e, *da un altro lato*, alla crescente situazione di concorrenza/confitto tra lo Stato e le Regioni, certamente non recente, ove si pensi all'esperienza delle Regioni a statuto speciale, ma con profili originali, ove appena si consideri il contrasto sull'attuazione della riforma federalista che rischia di paralizzare i lavori della Consulta (la Finanziaria 2002 – legge n. 448/2001 – è stata oggetto di numerosi ricorsi in molte disposizioni, che vanno dal patto di stabilità degli enti locali, agli asili nido, al fondo di progettazione per le opere pubbliche regionali, all'art. 35 sui servizi pubblici locali).

Peraltro, la problematica accennata risulta ulteriormente complicata a causa: *a)* della forte rivalutazione in ambito comunitario della cosiddetta "*dimensione sociale*", a partire dal Trattato di Maastricht e via via in una serie di atti successivi, tra cui il più importante rimane il Trattato di Amsterdam, che attribuisce un ruolo centrale alle grandi organizzazioni europee. Tant'è che oggi può dirsi che la politica sociale comunitaria, sorta come un sottoprodotto dell'integrazione economica, in quanto si propone l'armonizzazione dei Diritti del lavoro nazionali, per eliminare o ridurre il *dumping* sociale, sta raggiungendo una propria autonoma dignità e si proietta a condizionare le grandi scelte economiche comunitarie; *b)* a causa dell'emanazione di alcuni *documenti di carattere generale*, tra i quali, in origine, la Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori sottoscritta a Strasburgo il 9 dicembre 1989 e, da ultimo, la nuova *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea* approvata dal Parlamento europeo il 14 novembre 2000, la quale sembra prefigurare il primo nucleo di una futura Costituzione europea, o quantomeno un *Bill of rights* destinato ad influire decisamente sull'azione dell'Unione.

All'interno di questo complesso processo interattivo di fonti di produzione normativa, che ha

fatto parlare qualcuno di un vero e proprio “ingorgo istituzionale”, occorre ricostruire lo spazio di intervento delle Regioni e delle autonomie locali. Si tratta evidentemente di una problematica molto complessa, *sia* perché ancora in fase di contrastata evoluzione, *sia* perché fortemente influenzata dal mutevole quadro politico di riferimento nonché dai rapporti di forza che si determinano tra gli interlocutori di un tale confronto. Ma che il problema sia di grande urgenza ed attualità è evidenziato, *per un verso*, dalle situazioni di tensione tra Stato e Regioni innanzi richiamate, *da un altro verso*, dalle difficoltà emerse nel dare attuazione alle Direttive comunitarie, visto che tale attività non può essere più considerata di competenza dello Stato centrale, ma chiama in causa direttamente le amministrazioni regionali in relazione al sistema di competenze e di attribuzioni che si è venuto a definire con la riforma costituzionale in senso federalista.

3. La competenza delle Regioni nel diritto del lavoro prima della riforma costituzionale.

Per quanto riguarda specificamente le tematiche lavoristiche occupazionali, occorre ricordare che nel nuovo impianto di competenze tra Stato e Regioni disposto dalla legge costituzionale di riforma, ha suscitato un ampio interesse l'attribuzione della “*tutela e sicurezza del lavoro*” alla potestà legislativa “*concorrente dello Stato e delle Regioni*”. Tale disposizione, al di là della latitudine riconosciuta (su cui ci soffermerà brevemente in seguito), introduce una rilevante novità, giacché attribuisce alle Regioni un'ampia potestà legislativa propria in materia di lavoro, mentre nella formulazione originaria della Carta costituzionale l'unica materia “*lavoristica*” attribuita alla potestà legislativa concorrente regionale, ai sensi dell'art. 117, co. 1, Cost., era quella dell'istruzione e della formazione professionale (su cui il legislatore ordinario ha dettato i principi fondamentali con legge quadro 21 dicembre 1978, n. 845).

Successivamente il D.Lgs. 23 dicembre 1997, n. 469 (in attuazione della delega contenuta nella legge 15 marzo 1997, n. 59, cd. Bassanini uno), ha ampliato la competenza delle Regioni con il conferimento di una potestà legislativa in materia di collocamento e di politiche attive del lavoro, ma in questo caso si è trattato di una potestà legislativa “*delegata dallo Stato*”, a norma dell'art. 117, co. 2, Cost., e pertanto da esercitarsi soltanto in attuazione delle disposizioni dettate in materia dal legislatore nazionale. Per questo motivo la dottrina pubblicistica ha definito il sistema complessivo risultante dai decreti attuativi della legge Bassanini in termini di “*federalismo amministrativo*”, escludendo che potesse parlarsi anche in senso lato di “*federalismo ordinamentale*”.

La riforma costituzionale ha radicalmente innovato l'assetto precedente e, pur riservando alla competenza esclusiva dello Stato la disciplina privatistica dei rapporti di lavoro (almeno secondo l'interpretazione al momento dominante), tuttavia assegna un ruolo da protagonista alle Regioni per quanto attiene non solo alla gestione amministrativa ma anche all'ideazione e alla disciplina delle politiche e delle tutele del mercato del lavoro. Le Regioni pertanto sono diventate titolari di una potestà non meramente delegata ma propria, che potrà liberamente esercitarsi nel rispetto dei principi costituzionali e dei principi fondamentali dettati dal legislatore ordinario, a norma dell'art. 117, co. 3, Cost., atteso che “*nelle materie di legislazione concorrente spetta alle Regioni la potestà legislativa, salvo che per la determinazione dei principi fondamentali riservata alla legislazione dello Stato*”.

4. La competenza delle Regioni dopo la riforma costituzionale.

La portata della norma riformatrice è notevolmente controversa nell'indagine giuslavorista, anche perché, come si è subito rilevato, “pezzi” della materia si trovano disordinatamente sparsi in

più disposizioni, il che ha alimentato la prospettazione di diverse ed articolate soluzioni ricostruttive. Invero un'esegesi del testo normativo scevra da pregiudizi statalisti e da preoccupazioni ideologiche rivela un ambito di incidenza della riforma fortemente innovativo, conformemente alla sua ispirazione ideale in senso federalista e alle formule adoperate, che indirizzano verso una lettura sistematica alquanto univoca. Ciò significa riconoscere, in linea di principio, una competenza ad ampio raggio delle Regioni, anche in materia lavoristica, *sia* nell'esercizio della legislazione concorrente, *sia* in materia di legislazione esclusiva. Tale competenza di ordine generale risulta delimitata dall'esterno da una serie di vincoli di diversa ispirazione:

a) innanzitutto dall'attribuzione alla legislazione esclusiva dello Stato della *"determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale"* (art. 117, co. 2, lett. m, Cost.). La formula rinvia sostanzialmente alla definizione di *"livelli essenziali"* delle prestazioni che attengono ai diritti civili, ma soprattutto a quelli sociali, che devono essere garantiti in maniera uniforme su tutto il territorio nazionale. Ed occorre qui appena rilevare che un'omologa riserva è conferita allo Stato in materia di *"previdenza sociale"* (lett. o), con riferimento alla quale si rinvia alla concorrente legislazione regionale per quanto attiene alla *"previdenza complementare ed integrativa"*. Un rapporto in qualche modo parallelo, pur nella diversità delle materie considerate, può essere istituito tra il conferimento allo Stato dell'obbligo di garantire livelli essenziali di prestazioni in materia di diritti sociali e la funzione integrativa riconosciuta alla regione con la formula *"tutela e sicurezza del lavoro"*. In ogni caso è senz'altro da condividere l'opinione secondo la quale il riferimento ai livelli essenziali non indica affatto la volontà legislativa di attestarsi su livelli minimali di tutela, quanto piuttosto di riconoscere livelli imprescindibili ed irrinunciabili in relazione allo sviluppo che hanno storicamente assunto le esigenze di tutela dei rapporti di lavoro (ma per differenti profili, non necessariamente ispirati alla predetta opzione garantista, si veda la recente definizione dei livelli essenziali di assistenza con riferimento alla materia della salute, ugualmente articolata tra legislazione concorrente e legislazione esclusiva). Non sembra invece che il riferimento contenuto nella lettera l), co. 2, art. 117 Cost., all' *"ordinamento civile e penale"* possa costituire un dato semantico utile per riservare l'intera materia del lavoro alla competenza dello Stato in quanto rientrante nell'ambito dell'ordinamento civile. A parte il rilievo che tale riconoscimento entrerebbe in contraddizione con l'attribuzione alla legislazione regionale concorrente della *"tutela e sicurezza del lavoro"*, per non parlare di altri istituti pure compresi nella stessa elencazione normativa, la legislazione del lavoro si è storicamente caratterizzata come legislazione speciale, in qualche modo deviante dalle regole del diritto civile, per la finalità preminente di compensare lo squilibrio negoziale a favore del lavoro dipendente ed ha intrinsecamente un'ampia valenza sociale in quanto il diritto al lavoro rappresenta il principale veicolo di partecipazione alla vita economica e sociale della comunità;

b) dalla necessaria *"determinazione dei principi fondamentali riservata alla legislazione dello Stato"* nelle materie di legislazione concorrente attribuite alla potestà delle Regioni (ult. cpv. del co. 3, art. 117). A questo riguardo, il riferimento a principi fondamentali richiama alla mente anzitutto i principi desumibili dai testi costituzionali e dagli altri documenti basilari di promanazione anche internazionale che attribuiscono posizioni giuridiche assolute, irrinunciabili ed imprescindibili. Il pensiero va naturalmente alle *"leggi quadro"* più volte sperimentate nell'ordinamento italiano che definiscono le linee portanti di un sistema di tutele (secondo lo spirito della *soft law*) e lasciano poi ampi spazi alla legislazione decentrata, la quale può svilupparsi in molte direzioni

ed assumere contenuti variabili non necessariamente e soltanto migliorativi;

c) dai vincoli derivanti dal riconoscimento della libertà sindacale e dell'autonomia collettiva, quali riconosciuti dagli artt. 39 e 40 Cost., in quanto espressioni di una realtà ordinamentale distinta ed autonoma dall'ordinamento generale, storicamente costruita sul modello delle organizzazioni e della contrattazione di livello nazionale, ma non aliena dal prefigurare altri modelli storicamente inverati nel sistema di costituzione materiale;

d) dall'attribuzione di alcune aree tematiche e di alcuni obiettivi funzionali all'esclusiva riserva dello Stato, come ad esempio, *per un verso*, in materia di *"immigrazione"* e di *"ordinamento e organizzazione amministrativa dello Stato e degli enti pubblici nazionali"* e, *per un altro verso*, di tutela della concorrenza e di libera circolazione dei lavoratori e delle imprese.

Nel quadro così definito, l'attività delle Regioni risulta autonomamente correlata alla collettività internazionale, come si desume dal co. 3 dell'art. 117 Cost., secondo cui *"sono materie di legislazione concorrente quelle relative a rapporti internazionali e con l'Unione europea delle Regioni"* e dal co. 5 dello stesso articolo, secondo cui *"le Regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, nelle materie di loro competenza, partecipano alle decisioni dirette alla formazione degli atti normativi comunitari e provvedono all'attuazione e all'esecuzione degli accordi internazionali e degli atti dell'Unione europea, nel rispetto delle norme di procedura stabilite da legge dello Stato, che disciplina le modalità di esercizio del potere sostitutivo in caso di inadempienza"*.

Le disposizioni riportate, *da una parte*, valorizzano il ruolo delle Regioni nel contesto internazionale ed in particolare comunitario, *da un'altra parte*, le vincolano autonomamente all'attuazione ed esecuzione degli accordi internazionali e degli atti dell'Unione europea, sia pure in conformità alle norme procedurali stabilite dalle leggi statuali.

Da una lettura d'insieme del quadro appena abbozzato, affiora un ampio spazio di produzione normativa che si sviluppa sull'asse cooperativo Regioni/Unione europea, che lascia in qualche modo ai margini, o comunque in posizione strumentale, l'intervento del Governo centrale.

5. Potestà legislativa e regolamentare delle Regioni e gestione del mercato del lavoro.

Alla luce di tali richiami normativi, in attesa che sia meglio precisato il riparto di competenze tra Stato e Regione con l'intervento chiarificatore della Corte Costituzionale – che richiederà comunque un certo lasso di tempo per il consolidamento dei criteri che verranno via via enunciati – e che venga definito in particolare lo spazio di intervento delle Regioni nella regolamentazione dei rapporti civili e persino di quelli sindacali, è già possibile individuare un ambito certo entro il quale queste possono sin da ora autonomamente intervenire (secondo i pubblicisti anche in assenza della definizione di principi fondamentali da parte dello Stato comunque ricostruibili nel sistema vigente). Come si è infatti opportunamente rilevato, l'espressione *"tutela e sicurezza del lavoro"*, indicativa dell'area di concorrenza normativa Stato-Regioni, va quantomeno riferita all'ordinamento giuridico del mercato del lavoro, che comprende una serie di istituti: a titolo di esempio, si richiamano i servizi per l'impiego, le agenzie di mediazione e di lavoro interinale, la tutela delle fasce deboli, l'integrazione della manodopera extracomunitaria, le mobilità territoriali, gli ammortizzatori sociali, gli incentivi all'occupazione, il sistema di composizione delle controversie individuali e collettive, i licenziamenti collettivi. Ciò vuol dire che vi è spazio per l'istituzione da parte di ciascuna Regione di enti ed agenzie regionali destinate ad operare nel mercato del lavoro in maniera totalmente differenziata quanto agli scopi, alle modalità di organizzazione e di gestione,

ai mezzi di dotazione e di finanziamento, nonché per la previsione di nuovi strumenti ed istituti a sostegno *sia* del reddito dei giovani in cerca di prima occupazione, dei disoccupati, dei lavoratori (parzialmente o totalmente) sospesi dall'attività di lavoro, *sia* del loro inserimento o diversa allocazione nel mondo produttivo attraverso servizi di formazione, di avviamento ed incontro tra domanda ed offerta di lavoro.

E seppure si può riconoscere che alcuni degli interventi ipotizzati presentino una natura previdenziale, in quanto volti a soddisfare dei bisogni sociali indicati dall'art. 38 Cost., l'espressa attribuzione della *"previdenza complementare integrativa"* alla potestà legislativa concorrente delle Regioni legittima queste ultime ad integrare i livelli di protezione garantiti dalla legge statale in tutto il territorio nazionale.

Del resto, come si è efficacemente osservato, una differenziazione *in melius* della disciplina regionale non potrebbe essere ritenuta lesiva del principio di uguaglianza dei cittadini là dove siano garantiti in tutte le Regioni *"livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali"* (art. 117, co. 2, lett. m, Cost.), che rinviano appunto alla necessità di trattamenti di base assolutamente imprescindibili in una logica solidaristica nazionale.

Il successo di questo disegno è legato ad un'efficace ed oculata disciplina da parte del legislatore ordinario dei criteri di contribuzione da parte delle Regioni al fondo perequativo di cui all'art. 119 Cost. e di redistribuzione a favore di quelle svantaggiate, alla ricerca del punto di equilibrio tra l'esigenza di colmare il *gap* di risorse disponibili tra Regioni ricche e Regioni povere e l'obiettivo di non annullare con queste risorse ogni incentivo competitivo che la differenziazione produce.

Come si è pure puntualizzato, la disciplina regionale in materia di tutela del lavoro e dell'occupazione non potrà comunque confliggere con i principi di tutela della concorrenza e della libera circolazione dei lavoratori e delle imprese, che il nuovo testo costituzionale importa dalla normativa comunitaria. Dall'esame di quest'ultima e – ancor più – della giurisprudenza della Corte di Giustizia già si prevedono quali saranno i punti di frizione tra discipline legali di sostegno dei livelli occupazionali e reddituali differenziati per territorio e tutela di pari condizioni di competizione tra i soggetti imprenditoriali. L'esperienza comunitaria conduce ad escludere l'ammissibilità *sia* di aiuti regionali diretti alle imprese locali al fine di sostenerne le potenzialità occupazionali (si veda in proposito la recente sentenza della Corte di Giustizia 7 marzo 2002, C-310/99, che facendo seguito alla decisione della Commissione europea del 11 maggio 1999, 2000/128 CE, ha ritenuto incompatibili con il mercato comune gli aiuti forniti per i contratti di formazione imponendo la restituzione delle indebite erogazioni), *sia* di discipline pubbliche che comprimano gli spazi e le condizioni di competizione nell'ambito locale; sono invece ritenuti ammissibili aiuti diretti ai lavoratori in cerca di prima occupazione o che abbiano perduto il posto di lavoro.

6. Etica della politica e realtà economico-sociale.

L'altro tema *"cornice"*, che ha una valenza prevalentemente politologica e sociologica, riguarda *la dimensione della politica e delle istituzioni pubbliche territoriali in relazione alla realtà economico-sociale*. È un tema che si presenta in innumerevoli sfaccettature che toccano punti nevralgici del funzionamento e dell'efficacia dell'azione pubblica. Riguarda innanzitutto la capacità e l'idoneità progettuale dei soggetti rappresentativi delle comunità locali, in un sistema elettorale maggioritario imperfetto, a realizzare programmi di ampio respiro e di lunga portata non condizionati da istanze contingenti di mantenimento del consenso oppure da pressioni *lobbistiche*; riguarda

altresì l'idoneità dei soggetti politici a selezionare competenze professionali in grado di implementare operazioni serie e credibili al di fuori delle logiche di intermediazione e spartizione del potere locale; riguarda ancora la capacità di tutte le forze politiche di mantenere distinte le tensioni del confronto locale da progetti imprenditoriali di comune interesse, che dovrebbero essere ispirati esclusivamente da una logica economicistica di efficienza e di funzionalità rispetto agli obiettivi perseguiti. Com'è facile intendere, ci si riferisce ad una problematica estremamente delicata, che favorisce posizioni spesso astrattamente moralistiche e rigidità manichee, anche per gli elementi di intrinseca contraddittorietà: *da una parte*, le esigenze del sistema politico-rappresentativo di acquisire e preservare il consenso anche ricorrendo a soluzioni a volte demagogiche e populiste, *da un'altra parte*, l'esigenza di varare dei progetti organici e di lunga durata che richiedono cospicui investimenti finanziari, tempi lunghi di realizzazione e risultati spesso troppo distanziati nel tempo.

Un profilo collegato che indica un ulteriore polo dialettico in questo complesso gioco delle parti, è rappresentato dal rapporto tra politiche regolative (sinteticamente comprese nella formula "diritto") e ragioni economiche, che rinvia a complessi giudizi di valore ed a vere e proprie concezioni etiche o filosofiche sullo sviluppo delle istituzioni e della società civile. A volere anche qui sintetizzare sino al limite della banalizzazione, occorre chiedersi qual è l'equilibrio ottimale che occorrerebbe stabilire tra i dettami fondamentali dell'equità e della giustizia distributiva e le rigide regole dell'economia in un sistema proiettato in una dimensione di confronto e di competizione sovranazionale ed internazionale. La problematica accennata tocca nel vivo il diritto del lavoro ed il suo statuto costitutivo, dinanzi alle accuse incalzanti provenienti da un settore del mondo economico di costituire un fattore frenante nello sviluppo e persino una concausa della disoccupazione così accentuata in alcune aree meridionali, ma presenta altresì una dimensione dialettica che trascende il tema specifico e investe le grandi scelte della convivenza politica e sociale. Una certa incomunicabilità culturale tra economisti e giuristi non facilita un chiarimento su una problematica così centrale; per questo motivo si è auspicato un dibattito aperto, meno condizionato dalle pregiudiziali concettuali delle corporazioni accademiche, che in altri paesi ha dato contributi di notevole rilievo.

7. Governo dell'economia e ruolo delle parti sociali.

Definite le coordinate ideali, il *primo tema*, delimitato dal titolo "*Governo dell'economia e ruolo delle parti sociali*", è quello del rapporto corrente tra le istituzioni locali e le parti sociali. Tema oggi di grande attualità a livello nazionale, a seguito della decisa contestazione da parte della nuova compagine governativa dei grandi *accordi di concertazione* sociale dell'ultimo ventennio che hanno supportato decisamente l'attività di Governo nel perseguimento di obiettivi qualificanti, garantendo il necessario consenso sociale anche in presenza di operazioni restrittive della finanza pubblica, di politiche fiscali severe e persino di operazioni di riduzione del costo del lavoro.

La nuova formula alternativa che viene proposta, definita del "*dialogo sociale*", vagamente illustrata nel Libro bianco sul mercato del lavoro, si presenta dai tratti ancora indefiniti e comunque rivela una volontà politica di ridimensionare il peso delle grandi OO.SS. nella definizione delle politiche nazionali o quantomeno di ridisegnarne le aree di competenza in un ambito più circoscritto. È del resto quanto mai significativa l'eliminazione dall'agenda dei lavori del nuovo Governo di un tema centrale che ha accompagnato la precedente legislatura, e che sembrava giunto

ad un punto di approdo, quello cioè della legislazione sulla rappresentanza sindacale e sui meccanismi di efficacia normativa del contratto collettivo. Tema non casualmente derubricato nel sistema ipotizzato dal Libro bianco, unitamente alla tendenza ad individuare criteri più duttili e discrezionali nella definizione della rappresentatività sindacale e degli interlocutori privilegiati in un quadro di riassetto delle fonti, autonome ed eteronome, del sistema di relazioni industriali.

In parallelo a tale contestazione frontale dell'ordinamento intersindacale quale si era venuto a configurare nell'assetto di costituzione materiale del nostro paese, si registra invece un peso crescente delle grandi OO.SS. a livello europeo, le quali riescono ormai ad incidere sensibilmente nei processi di regolazione e di armonizzazione delle relazioni di lavoro, con formule e soluzioni di automatica efficacia che fanno scolorire i dilemmi angosciosi della cultura giuridica italiana sull'efficacia del contratto collettivo.

Come si pone il dibattito federalista rispetto a queste due spinte contrastanti? È ipotizzabile un sistema di relazioni industriali di stampo regionalista che abbia come riferimento principale l'attività sindacale esplicita in ambito europeo? In un quadro di forte tensione sindacale a livello nazionale sono ipotizzabili accordi concertativi in ambito regionale e locale, i quali con un diffuso consenso siano proiettati a modellare lo sviluppo territoriale attraverso una serie di iniziative di rilancio industriale e di incremento occupazionale?

È chiaro che soluzioni di questo tipo, ove fossero concretamente concepibili, dovrebbero scontare un'ambivalenza intrinseca giacché, *da una parte*, favoriscono una più capillare partecipazione delle parti sociali ai progetti produttivi in ambiti territoriali delimitati da consistenti elementi di omogeneità non solo geografica, *da un'altra parte*, possono assecondare tendenze centrifughe particolarmente presenti in questa fase storica e favorire una disarticolazione della legislazione del lavoro contestualmente alla formazione di apparati giuridici ed economici sensibilmente differenziati per larghe aree territoriali (con tutto ciò che ne deriva in termini di concorrenza e libera circolazione delle imprese e dei servizi). Che il tema debba essere iscritto nell'agenda dei lavori impellenti, è macroscopicamente sottolineato dal fiorire di *patti locali per l'occupazione e lo sviluppo* che sollecitano una sistemazione concettuale costruita sull'asse dialettico federalismo-contrattualismo sindacale, senza prevenzioni di bandiera, ma anzi con la disponibilità a rivedere antichi dogmi della cultura gius-sindacale. Si potrebbe pensare che la formula sia facile da enunciare: costruire un equilibrio virtuoso tra tutele essenziali ed indisponibili di carattere generale e consentire garanzie integrative e migliorative sviluppate sull'asse concertativo Sindacato/Regione. Senonché tutti i termini della formula vanno attentamente verificati, a cominciare dal concetto di *"tutele essenziali"*, sino all'esplicitazione di cosa si intende per *"garanzie migliorative"* (secondo quale tavola di valori?).

In ogni caso è indubbio che la trasformazione delle strategie regolative del diritto del lavoro si lega strettamente con il rilancio e la ridefinizione concettuale della concertazione a livello micro e macro, delle sue logiche di organizzazione e di azione e dei suoi nuovi strumenti giuridici di intervento sul mercato.

In questa cornice si inseriscono poi le esperienze già sperimentate in materia di *contrattazione negoziata*, su cui pure ferve un acceso dibattito (o meglio un severo bilancio) sulle varie forme in cui si è storicamente concretizzata: *da una parte*, attraverso i *contratti d'area* ed i *patti territoriali*, e, *da un'altra parte*, attraverso accordi per *l'emersione delle attività sommerse* e del lavoro nero. Il dibattito si è incentrato in particolare sulle tecniche e le procedure sin qui utilizzate, sui costi

dell'operazione e sui risultati sinora conseguiti, giudicati alquanto deludenti nei confronti di chi riteneva di aver trovato la formula salvifica per il rilancio delle attività produttive a livello territoriale e la costruzione di veri e propri distretti industriali. Una linea di intervento alternativa sembra ora emergere proprio dalla recente normativa sul lavoro sommerso (legge 18 ottobre 2001, n. 383), che in qualche modo ha cercato di semplificare la procedura e di *bypassare* l'intervento sindacale, operando in una dimensione prettamente individuale concentrata sulle singole imprese, con effetti dirompenti rispetto al sistema precedente, ma con risultati ancora più deludenti, a giudicare dalle domande sino ad oggi presentate, tant'è che qualcuno ne attribuisce la responsabilità proprio allo scarso consenso sociale e al marginale coinvolgimento dei lavoratori.

8. Regione, autonomie locali e politiche promozionali.

A questo punto del percorso la riflessione si sposta – per venire alla *seconda area tematica*, quella intitolata “*Regione, autonomie locali e politiche promozionali*” – sui meccanismi di organizzazione e di funzionamento delle amministrazioni pubbliche, ad iniziare dalla recente riforma del lavoro pubblico, che consente ormai un primo bilancio dai risvolti ambivalenti. La tematica investe anzitutto le diverse formule attraverso le quali il soggetto pubblico si organizza ed opera nella vasta gamma di soluzioni che spazia dall'intervento pubblico diretto alle eterogenee forme di soggettivizzazione giuridica, decentramento e (di) privatizzazione.

La riorganizzazione della pubblica amministrazione, secondo canoni in gran parte derivati da una logica sindacalcontrattualista ed imprenditoriale, richiede una preventiva concentrazione sui criteri necessari per garantire l'efficienza e la funzionalità della pubblica amministrazione e sulle tecniche di controllo e di valutazione. Criteri e tecniche che, ancorché in vario modo definiti nella riforma del lavoro pubblico, hanno registrato una difficile implementazione e sicuramente non forniscono i risultati che ci si sarebbe attesi, specie in termini di massimizzazione dell'efficienza nell'allocazione delle risorse e di trasformazione di prassi burocratiche inveterate.

In questo contesto è sotto esame prioritariamente la scelta di delimitare nettamente un'area di indirizzo e di controllo, all'interno della quale operano esclusivamente gli *organi di governo o di vertice* delle amministrazioni pubbliche, che potremmo definire politici, ed un'area di gestione e di attuazione degli indirizzi, affidata direttamente alla competenza e alla responsabilità della *dirigenza*: soluzione che presenta molte zone d'ombra e sicuramente non ha impedito la sovrapposizione/confusione delle rispettive sfere di intervento. In proposito è in discussione anzitutto il ruolo della *dirigenza pubblica*, la quale nella pratica attuazione ha contribuito a deformare il progetto originario incorporando funzioni e competenze, e quindi rafforzandosi sensibilmente rispetto al ceto politico, ma senza acquisire quella mentalità di verifica periodica e di sindacabilità dei risultati, assolutamente indispensabile in un'amministrazione costruita “*per obiettivi*”.

A questo punto si tratta di capire se e quanto l'impianto teorico disegnato in prospettiva unitaria dal legislatore possa reggere alle pressioni cui è sottoposto dal continuo evolversi dell'amministrazione nella sua struttura funzionale e quindi nelle sue forme organizzative.

L'impressione che si ricava è di un parziale superamento, almeno in determinati ambiti, di una rigida interpretazione del principio di distinzione tra indirizzo e gestione, sollecitato da una tendenza all'accentramento delle responsabilità organizzative e gestionali nelle mani di soggetti monocratici in possesso di una forte competenza tecnica (ad esempio il direttore generale nelle A.S.L. e nei Comuni, il direttore di un'agenzia), coadiuvati nelle decisioni da un organo tecnico collegiale.

Quanto ciò sia lontano dall'idea che ha guidato il legislatore degli anni Novanta è palese, così com'è palese la contestuale disgregazione del modello unitario parallelamente sviluppato.

Le problematiche individuate si trasmettono "a cascata" sulle varie soluzioni ipotizzate per la *gestione dei servizi pubblici locali*, ad iniziare da quelli ancora allocati all'interno della pubblica amministrazione, a quelli che segnalano un processo di progressiva e più accentuata separazione, quali in particolare le aziende speciali e le società miste, sino a quelli totalmente trasferiti in mano dei privati. In quest'ambito recenti interventi normativi (art. 35, legge n. 448/2001) hanno lasciato emergere le difficoltà e le resistenze a realizzare un'autentica privatizzazione nella gestione dei servizi locali e a favorire una competizione paritaria con i soggetti privati secondo i dettami dell'Unione europea. Eppure ciò costituisce uno degli aspetti salienti nel funzionamento delle pubbliche amministrazioni sul quale si misura l'idoneità dei soggetti politici a fornire risposte adeguate ai bisogni crescenti della società.

9. Le dinamiche del mercato del lavoro e le proposte del Libro bianco.

Con la *terza sessione*, raggruppata sotto l'intitolazione "*La gestione del mercato del lavoro*", si entra nel vivo delle tematiche lavoristiche e nel dibattito in corso suscitato dal progetto governativo espresso nel Libro bianco sul mercato del lavoro e nelle successive deleghe.

In questa parte si richiamano temi centrali del sistema regolamentare del Diritto del lavoro, articolati in una serie di istituti sui quali convergono ormai diverse fonti regolative (regole comunitarie, normative nazionali in fase di profondo rimaneggiamento, accordi collettivi stipulati a vari livelli, prassi locali, etc.).

La riflessione deve partire necessariamente dal Libro bianco, ma ancor prima dalle riforme realizzate nella precedente legislatura, rimaste parzialmente incompiute, e che pure rivelano una matrice ideale comune di ispirazione, *sia* nelle tecniche adoperate, *sia* nel dosaggio tra gli interessi implicati, secondo una filosofia solidaristica e partecipativa non del tutto approfondita nelle sue complesse interrelazioni, anche economico-fiscali, ma che pure esprime un progetto organico di intervento specularmente alternativo a quello prospettato nel Libro bianco. Progetto che, al di là di enunciazioni più o meno enfatiche di un europeismo di maniera, ha dimostrato un'ampia sensibilità ad adeguare l'ordinamento italiano ai principi e alle direttive comunitarie e alla necessità di modernizzare le regole del mercato del lavoro secondo canoni di flessibilità, occupabilità, impiegabilità, ma anche di stabilità e sicurezza sociale, maggiormente sintonici allo sviluppo che va assumendo il cd. modello sociale europeo.

Rispetto a questo assetto, un elemento di frattura è stato rappresentato dal decreto legislativo sul *contratto a tempo determinato* promulgato nel settembre 2001 (D.Lgs. 6 settembre 2001, n. 368), anzitutto per gli atti e le polemiche che lo hanno seguito, essendo stato preceduto, *prima*, dall'accordo o Patto per il lavoro siglato dal Comune di Milano, e *poi* da un cosiddetto avviso comune, entrambi sottoscritti senza la partecipazione della principale confederazione sindacale. Il decreto legislativo rivela uno scarto, ben rimarcato dai più attenti commentatori, tra i contenuti della Direttiva comunitaria – concentrata a ribadire il valore preminente del contratto a tempo indeterminato ed il carattere del tutto complementare dei contratti a termine – e la successiva traduzione legislativa, la quale, per il contesto in cui è maturata ed i contenuti tecnici espressi, può essere considerata una specie di banco di prova rispetto all'operazione più generale poco dopo varata con il Libro bianco e le successive deleghe. Come infatti da molti rilevato, il decreto

legislativo, nel disciplinare il contratto a termine, ha sostituito alle ipotesi tassative, che si erano venute incrementando nella precedente legislazione, la generica causale delle “*ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo*”, che integra una categoria o clausola generale ad ampio spettro ispirata essenzialmente all’obiettivo di assecondare le esigenze aziendali. Di qui una netta inversione di metodo rispetto alla tradizione legislativa sui meccanismi di reclutamento della manodopera ed in particolare sul contratto a termine, ma anche rispetto allo stesso modello comunitario, tant’è che qualcuno ha suggerito di considerare ormai il contratto a termine come una fattispecie negoziale (non più atipica ma) perfettamente fungibile a quella rappresentata dal contratto a tempo indeterminato. Anche senza volere approdare a ricostruzioni così radicali, resta il dato indiscutibile che con il decreto legislativo il contratto a tempo determinato ha assunto un peso decisivo nell’equilibrio degli interessi regolati dal Diritto del lavoro, *sia* per le ampie possibilità di utilizzazione, *sia* per la funzione ormai esclusiva nel reclutamento della manodopera di prima assunzione, *sia* per gli effetti riflessi su istituti contermini (si pensi al lavoro interinale ovvero alla disciplina dei licenziamenti ove si consideri che i lavoratori a tempo determinato non sono computabili nell’organico aziendale allorché la durata del contratto è inferiore a nove mesi).

Del resto per saggiare il valore politico della svolta, basta confrontare il decreto legislativo richiamato con quello di qualche tempo precedente sul *contratto di lavoro a tempo parziale* (cfr. D.Lgs. 25 febbraio 2000, n. 61, modificato con D.Lgs. 26 febbraio 2001, n. 100, di attuazione della Direttiva UE 97/81, relativa all’Accordo quadro sul lavoro a tempo parziale concluso dall’UNICE, dal CEES e dal CEP), anch’esso attuativo di una Direttiva comunitaria, preceduta da un avviso comune delle parti sociali, eppure particolarmente attento all’obiettivo di garantire la volontarietà e la reversibilità di tale modulo contrattuale e di evitare qualunque forma di discriminazione e di emarginazione dei lavoratori a tempo parziale rispetto a quelli a tempo pieno.

10. Il dibattito sulla rigidità/flessibilità tra diritto ed economia.

Avere indugiato su tali istituti, è sembrato utile per esemplificare subito le diverse opzioni di politica del diritto che si sono venute a confrontare in termini più ampi nel dibattito sul Libro bianco, generalmente riconducibili all’interminabile e stucchevole alternativa *rigidità/flessibilità*. Si tratta di una problematica sicuramente sopravvalutata ai fini dello sviluppo occupazionale e della competizione internazionale, ove nel ribadire che l’equazione *flessibilità=occupazione* non trova conferme nelle indagini economiche (né in quelle recenti, né in quelle più tradizionali), tuttalpiù si può convenire che l’attenuazione di alcune rigidità nell’utilizzazione del fattore lavoro possa esercitare un qualche effetto redistributivo nelle opportunità offerte dal mercato del lavoro. Ma a questo punto occorre mettere in bilancio anche i costi della flessibilità, tra i quali, in primo luogo, una sperequazione nei poteri economici contrattuali e di gestione delle imprese, l’attenuazione di diritti fondamentali, anche di matrice collettiva, per non parlare della precarietà delle condizioni di vita di un’ampia parte della popolazione (in proposito si è parlato di *costo umano della flessibilità*).

Del resto, da una verifica complessiva dei vari strumenti negoziali di utilizzazione del fattore lavoro per le esigenze dell’impresa, si desume una serie articolata di fattispecie negoziali che rendono assai poco credibile la richiesta di ulteriori forme di flessibilità, specie in entrata (il riferimento è alle nuove ipotesi prefigurate dal Libro bianco quali in particolare il lavoro a progetto; il

lavoro intermittente o a chiamata, etc.), e piuttosto suggeriscono l'opportunità di una razionalizzazione complessiva del sistema esplicitando i nessi che intercorrono tra i vari moduli e istituti che operano come vasi comunicanti (ad esempio sono ancora da approfondire gli effetti che la nuova disciplina del contratto a termine potrà determinare sulla normativa in materia di lavoro interinale, che pure era stata più volte rimaneggiata per favorirne una più ampia utilizzazione, ovvero sulla relazione tra modelli negoziali flessibili e lavoro coordinato e continuativo).

Tutto ciò induce a chiedersi se oramai non sia registrabile un sovraccarico o un *surplus* di flessibilità e se non stiano emergendo, come avvenuto in altri paesi europei, tutti i vincoli ed i condizionamenti che una eccessiva precarietà ed elasticità del fattore lavoro possono determinare, non solo per le condizioni di vita e di lavoro della manodopera coinvolta, ma anche per il normale funzionamento delle imprese e per le loro esigenze di programmabilità, di prevedibilità e di sviluppo. Da questo punto di vista anche il dibattito concentrato sull'art. 18 Stat. lav., a prima vista sovradimensionato, potrebbe rivelare un risvolto inedito nella misura in cui disvela un'esigenza delle stesse imprese di rivalutare i contratti a tempo indeterminato al posto dei disordinati modelli flessibili sia pure con la garanzia di una più facile recedibilità. Dopotutto la dottrina economica neoistituzionalista da molto tempo ci segnala gli effetti benefici di un sistema razionale di regole sullo sviluppo produttivo ed occupazionale.

Se una tale analisi fosse condivisa, ne deriverebbero molte incertezze sulla validità dell'impostazione prescelta nel Libro bianco, volta a concepire un'ulteriore proliferazione di fattispecie negoziali e ad avallare operazioni di certificazione documentale che potrebbero far pensare a qualcuno che l'obiettivo preminente sia quello di sottrarre il lavoro flessibile dai rischi del contenzioso giudiziario.

11. Flessibilità del lavoro e politiche meridionalistiche.

Ma senza voler proseguire ulteriormente in tale analisi, l'interesse principale nella presente ricerca rimane, anche a questo riguardo, quello di comprendere il rapporto tra flessibilità del lavoro e politiche regionali specie meridionalistiche, il che si traduce nell'interrogativo volto a chiarire fino a che punto le tipologie flessibili di utilizzazione del lavoro dipendente, di vecchia e nuova generazione, la diffusione di forme di lavoro artigianale ed autogestito, piegate spesso alle esigenze organiche delle imprese, le varie procedure di decentramento e di *outsourcing*, insomma l'intero strumentario in cui si esprime una politica di liberalizzazione, possano favorire un effettivo incremento occupazionale nelle aree meridionali e una regolarizzazione del lavoro marginale o del lavoro sommerso.

Da questo punto di vista la proposta (in qualche modo compromissoria) di consentire una deroga all'art. 18 Stat. lav. per i contratti a termine trasformati in contratti a tempo indeterminato nelle aree meridionali, evidenzia, al di là del merito della questione, la consapevolezza di una peculiarità di tale problematica nelle Regioni più deboli, benché indichi poi una soluzione densa di rischi nella misura in cui favorisce la crescita di un secondo mercato del lavoro meno garantito e protetto, anche sul piano sindacale, in relazione alla localizzazione territoriale delle imprese. Il tema si interseca a questo punto con quello del federalismo e dei livelli di contrattazione collettiva innanzi richiamato, ed impone una ricostruzione a tutto campo partendo dalla realtà effettuale e da dati non certo tranquillizzanti in termini di disarticolazione già esistente nel mercato del lavoro, come si dovrebbe desumere dai *differenziali retributivi* nord-sud quali risultano dai dati statistici dell'Istat e dell'Inps.

12. La riforma delle procedure di avviamento e di mediazione di manodopera.

Un aspetto complementare a quello sin qui richiamato riguarda la riforma del *sistema pubblico di avviamento al lavoro* e delle *agenzie private di intermediazione di manodopera*, la cui attività viene ad intersecarsi e sovrapporsi con quella delle *agenzie di lavoro interinale*, tant'è che già si propone una modifica della legge n. 196/1997 nella parte in cui ne delimita rigorosamente l'oggetto sociale esclusivo.

È questa una tematica che mette a nudo le disfunzioni ed asimmetrie informative del nostro sistema di gestione del mercato del lavoro, da taluni giudicato il peggiore d'Europa, nonché le difficoltà di passare da un ruolo dei soggetti pubblici di tipo assistenziale-risarcitorio ad una funzione di tipo attivo e promozionale, nonostante i proclami retoricamente riprodotti. Da questo punto di vista le Regioni meridionali hanno rivelato una sistematica inadeguatezza nel gestire le nuove funzioni ad esse progressivamente già assegnate dalla riforma Bassanini (in ossequio ai principi del decentramento e della sussidiarietà) e si presentano sostanzialmente impreparate ed evasive rispetto ai nuovi compiti che la riforma costituzionale vorrebbe attribuire loro segnatamente in materia di mercato del lavoro.

13. Decentramento organizzativo e produttivo.

Sempre alla tematica della flessibilità è poi riconducibile quella sulle varie forme di *decentramento organizzativo e produttivo*. Nonostante la varietà delle formule adoperabili (*outsourcing*, *scorporo*, *appalti*, *interposizioni*, *subforniture*, etc.), un elemento le accomuna, rappresentato dall'interesse delle imprese di grandi e medie dimensioni a trasferire su soggetti più deboli, e per ciò stesso precari (*appaltatori*, *subappaltatori*, *contoterzisti*, etc.), i costi e le incertezze del ciclo produttivo, tant'è che così come si pone l'esigenza di disciplinare il rapporto tra imprese e lavoro autonomo, specie allorquando risulta funzionalizzato esclusivamente alle ragioni aziendali (nel quadro di uno "*statuto dei lavori*" che tuttavia ognuno immagina a modo suo), alla stessa stregua si pone la necessità di regolare i rapporti contrattuali tra le imprese di diverso potere economico secondo la tecnica recepita dalla legge sulla subfornitura industriale (legge 19 giugno 1998, n. 192, disciplina della subfornitura nelle attività produttive).

Il Libro bianco sul mercato del lavoro esprime una chiara opinione favorevole ad assecondare questi processi, *sia* attraverso la prefigurazione di forme più spinte di *leasing* di manodopera, *sia* tramite una sostanziale abrogazione della disciplina in materia di interposizione nei rapporti di lavoro. Eppure questo è un capitolo centrale che deve essere rapportato ai diversi sistemi produttivi, ad iniziare da quello meridionale, incentrato perlopiù su piccole e medie imprese, con un tasso elevato di natalità e di mortalità, impegnate prevalentemente nel terziario in forte espansione, là dove imprese di dimensioni consistenti sono sempre più sporadiche e presentano comunque i principali centri decisionali collocati altrove.

14. Riforma del Welfare e nuove forme di solidarietà sociale.

Infine l'ultima sessione tematica – evocata sotto la formula "*Riforma del Welfare e nuove forme di solidarietà sociale*" – rinvia essenzialmente al ruolo dello Stato e dei soggetti pubblici nella trasformazione del sistema economico e produttivo. Si passa ad affrontare così un tema centrale che è sottinteso nei vari argomenti sin qui considerati e che tuttavia si è ritenuto di collocare alla

fine della riflessione perché suscettibile di comprendere e concludere l'intero discorso. Le trasformazioni del sistema economico-produttivo nell'ambito di un'economia globalizzata, la diffusione di un'ampia tipologia di imprese, da quelle fordiste tradizionali a quelle reticolari, lo sviluppo informatico e tecnologico con crescita esponenziale, la competizione internazionale scarsamente controllata da autorità e regole sovranazionali, l'egemonia culturale di un modello unico o comunque dominante a livello mondiale, con tutti gli effetti che questi fenomeni determinano sulle condizioni di lavoro, convergono nel porre in primo piano la necessità di "*ripensare lo Stato*" e, più in generale, il ruolo dei soggetti pubblici ad iniziare dalla dimensione regionale e locale.

Come si è infatti giustamente osservato, i processi produttivi in atto denotano un'aspra ed intrinseca contraddizione: *da una parte* si registra una svalutazione dello Stato-nazione e della sua capacità a regolare fenomeni sociali che operano in una dimensione internazionale, *da un'altra parte* si avverte fortemente la necessità di soggetti in grado di disciplinare i processi produttivi e di contrastare fenomeni degenerativi ineluttabilmente determinati dalla pura e semplice competizione dei mercati.

Sulla stessa lunghezza d'onda si posizionano coloro che registrano esigenze crescenti di momenti redistributivi, così com'è credibile l'ipotesi che sarà sempre maggiore la domanda di intermediazioni di servizi e di prestazioni sociali da parte del settore pubblico. Insomma il futuro si prospetta carico di esigenze di solidarietà sociale, il che sembra paradossalmente in contraddizione con la spinta verso un individualismo sempre più diffuso ed in qualche modo anarchico.

A questo proposito può essere opportuno segnalare che ad una differente e più incisiva valorizzazione della dimensione regionale e locale appare ispirato il nuovo sistema dell'assistenza sociale (legge 8 novembre 2000, n. 328, legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali), affidato ad un'interessante interazione tra Stato, realtà territoriali locali e privato sociale. In merito, oltre a rilevarsi che le competenze in materia di *servizi sociali* trasferiti agli enti locali sono già state definite con il D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 112 (attuativo della delega contenuta nella Bassanini), va rimarcato, conformemente alla letteratura prevalente, il passaggio da un sistema di *Welfare State* ad un differente e più articolato sistema di *Welfare mix* (o *Welfare community*), strutturato su forme istituzionali di partenariato preposte alla soddisfazione dei bisogni della collettività.

L'affidamento a soggetti privati privi dello scopo di lucro di consistenti ruoli nella materia dell'assistenza, non si sottrae peraltro all'osservazione critica che esso, oltre ad innescare fenomeni di dipendenza dallo Stato, in grado di contaminare le autonomie degli stessi soggetti incentivati, evidenzia al contempo che l'agevolazione di determinate attività economiche, sia pure connotate in termini di solidarietà e/o utilità sociale, è potenzialmente in grado di introdurre elementi distorsivi della concorrenza tra imprese, specie alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia UE.

15. Riforma del sistema di sicurezza sociale ed autonomie locali.

Le esplicitate contraddizioni sono purtroppo drammaticamente presenti nei processi di utilizzazione delle attività lavorative, che mentre rivelano forti spinte verso una liberalizzazione ed una individualizzazione dei modelli di impiego, al contempo impongono di ricostruire dei momenti di razionalizzazione e di tutela su un piano diverso e più ampio di quello tradizionale.

Si entra così nel vivo del discorso sul *nuovo Welfare* e su un'organica *politica di riforma del sistema di sicurezza sociale* che deve incorporare i processi di frammentazione e di precarietà che si sono determinati nel mercato del lavoro, secondo un'ispirazione assicurativa ed universalistica.

A questo riguardo il dibattito può considerarsi appena avviato, nonostante le sollecitazioni indotte da alcune esperienze di diritto comparato, giacché richiede uno sforzo complessivo di ripensamento dei vari istituti che presiedono le attività lavorative (dal momento che precede la costituzione dei rapporti, a quello del suo svolgimento, a quello successivo alla sua estinzione). La ricostruzione evidentemente non può essere di carattere settoriale, concentrata esclusivamente sulle fattispecie negoziali flessibili ovvero sugli ammortizzatori sociali oppure sul sistema pensionistico, ma deve essere necessariamente contestuale e consapevole dei numerosi interessi implicati. È peraltro un'operazione che deve essere sviluppata a vari livelli ormai integrati: ad un livello sovranazionale, ad un livello statale e ad un livello necessariamente decentrato e locale. Anzi v'è qualcuno che ritiene che le unità politiche con riferimento alle quali dovrà svilupparsi il senso di cittadinanza, sono prioritariamente quella sovranazionale e quella locale, tanto più nell'ambito dell'Unione europea che valorizza sempre più i due poli più distanti comprimendo lo spazio di intervento delle autorità nazionali.

Ovviamente anche a questo riguardo occorre intendersi. La riforma del Welfare ed il passaggio da un modello previdenziale–assicurativo ad un modello fiscale–universalistico, enfaticamente connotato come un sistema di *workfare*, incontrano facili sintonie tra forze sociali anche contrapposte. Chi potrebbe d'altronde essere in punto di principio contrario visto che si tratta di trasferire sulla finanza pubblica (sempre che ne abbia la possibilità) i costi sociali ed umani di un sistema produttivo divenuto particolarmente dinamico, elastico e flessibile. Ma evidentemente non può essere questa l'ottica da perseguire che riprodurrebbe un patto neocorporativo in varie forme già vissuto (si pensi alle varie ristrutturazioni del sistema industriale surrettiziamente finanziate con le integrazioni salariali e le indennità di mobilità, che hanno a loro volta prodotto liste speciali gonfiate e lavori di pubblica utilità del tutto evanescenti). Una seria riforma dello Stato sociale può avere un significato soltanto se attraverso un adeguato prelievo fiscale ed il reperimento di idonee risorse finanziarie sia in grado di favorire la crescita e lo sviluppo di attività produttive autenticamente stabili ed innovative attorno alle quali costruire condizioni di lavoro altrettanto stabili e garantite in un quadro di istruzione/formazione permanente necessaria per una produzione di alta qualità. In questa operazione le istituzioni pubbliche locali possono già svolgere la loro parte iniziando a spulciare i bilanci pubblici per dirottare risorse da spese assistenziali ed improduttive a spese promozionali da concentrare su seri piani industriali per i vecchi e nuovi bisogni della collettività.

Tutto ciò rinvia alla necessità di concepire dei *programmi pubblici locali* o veri e propri *piani per l'occupazione e lo sviluppo*, che tengano conto delle trasformazioni in atto e che siano concentrati su alcune istanze unanimemente condivise divenute ormai imprescindibili: favorire lo sviluppo delle attività produttive secondo le caratteristiche e le inclinazioni territoriali, promuovere la nascita di nuove attività produttive anche in una dimensione che prescinda dalla logica mercantile e del profitto (sinteticamente raffigurabili con l'espressione unitaria, seppur non univoca, di *"terzo settore"* o *"terzo sistema"*, ed espressamente invocate, in recenti documenti comunitari, come volano di sviluppo occupazionale proprio a livello locale), prestare maggiore attenzione alla rilevazione di nuove esigenze e di nuovi bisogni della collettività, assecondare processi di interazione tra fasi di lavoro e fasi di inattività o di formazione, ovvero tra forme di occupazione parziale

e di occupazione a tempo pieno, ridisegnare l'equilibrio tra l'attività lavorativa e le varie forme di previdenza superando i caratteri di un sistema costruito prevalentemente attorno all'archetipo del lavoro stabile e unitario e dell'assicurazione obbligatoria di vecchiaia. Tutti argomenti inseriti da molto tempo nell'agenda delle cose da fare: occorrerebbe provare a ripartire da tutt'altra angolazione.

Concertazione e dialogo sociale: appunti per un dibattito*

Giorgio Fontana

1. La crisi della concertazione sociale.	121
2. Concertazione sociale e transizione istituzionale.	123
3. Il ruolo del sindacato fra istituzionalizzazione e privatizzazione.	124
4. La neo-privatizzazione del sistema sindacale ed il nuovo equilibrio.	128
5. Il dialogo sociale nel Libro bianco del governo.	130
6. Il dialogo sociale comunitario: cenni.	132
7. Prospettive di sviluppo dell'autonomia collettiva a livello comunitario.	134
8. La concertazione territoriale: l'esperienza dei patti sociali.	137
9. Alcune provvisorie conclusioni.	139
10. Bibliografia.	142

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 1/2002

1. La crisi della concertazione sociale.

Un tema quale "concertazione e dialogo sociale" ha, evidentemente, implicazioni teoriche di notevole portata, ed ogni delimitazione del campo di indagine finisce per apparire sostanzialmente arbitraria.

Tuttavia, ricorrendo ad un approccio eminentemente pragmatico e lasciando sullo sfondo i principali nodi teorici, oggetto di una letteratura scientifica estesa e multidisciplinare, in linea di premessa si può osservare come questi diversi modelli siano stati evocati, in modo forse improprio, quali termini fra loro sostanzialmente alternativi, a causa della polarizzazione del dibattito susseguente al libro bianco del governo ed alla concomitante crisi del quadro politico ed istituzionale.

In effetti questi sviluppi sembrano annunciare una rottura ed un rovesciamento dell'assetto invalso nel corso degli anni novanta, prefigurando un modello basato su una deregolazione radicale e traumatica del mercato del lavoro e delle relazioni industriali.

Si tratta di una situazione in divenire ed anzi particolarmente fluida, che appare però chiaramente in controtendenza con gli orientamenti e gli equilibri che si sono affermati a livello comunitario; come si vedrà, il dialogo sociale proposto dall'attuale compagine governativa quale elemento succedaneo della concertazione sociale, pur mutuandone la forma è una traduzione alquanto infedele del metodo sperimentato nell'ambito della comunità.

Prima di verificare le ambiguità di questo nuovo modello di relazione fra lo stato ed i soggetti collettivi, appare però opportuno riassumere in termini schematici le tendenze invalse nell'ultimo decennio; e ciò sia perché queste dinamiche offrono spunti per comprendere meglio l'attuale evoluzione complessiva, meno repentina di quanto appaia, sia per rendere efficace e chiara la contrapposizione fra i diversi schemi regolativi.

In un'ottica estremamente semplificata, si può dire che nella fase più recente la concertazione abbia in primo luogo rappresentato un tentativo, certamente riuscito, di governare il sistema contrattuale - attraverso una sorta di "decentramento centralizzato" - rendendolo compatibile e funzionale agli obiettivi macroeconomici (accordo del '92, protocollo del '93), e poi un tentativo, riuscito a metà, di istituzionalizzazione globale o se si vuole di "stabilizzazione procedurale" del metodo concertativo, legittimando il sindacato quale interlocutore politico a tutto campo (patto del '98). Fra questi due epicentri, lo sviluppo dei patti territoriali e dei contratti d'area registra poi l'attribuzione al sindacato di un ruolo politico-istituzionale nuovo, che sebbene in forma ambigua sembra delineare una partnership sindacale nelle politiche a livello locale per l'occupazione (Caruso 1999 e 2001), ove più che elementi di scambio o politiche redistributive si concerta, in effetti, il quadro regolativo degli interventi pubblici.

Tuttavia questa diffusione ai vari livelli della concertazione sociale, che si dipana a partire dal protocollo del 23 luglio '93, benché abbia raggiunto un elevato grado di compenetrazione con la sfera pubblica si basava fondamentalmente su un regime privo di elementi di rigidità istituzionali.

Prima ancora della svolta operata da Confindustria e dall'attuale maggioranza parlamentare, sono forse i gravi elementi di rottura fra le stesse forze sindacali - le note vicende relative alla ricezione della direttiva comunitaria in materia di contratti di lavoro a tempo determinato ed alla stipulazione del contratto collettivo nazionale dei metalmeccanici - a rivelare la fragilità intrinseca di un sistema nel suo complesso ancora "informale" e non supportato da un assetto strutturale adeguato.

Indubbiamente il progetto di insediare nel nostro paese un sistema stabile di concertazione sociale avrebbe richiesto alcune condizioni di fondo, che alla resa dei conti sono risultate alquanto evanescenti.

A fronte dell'esigenza di un comune e stabile quadro di riferimento, ove il metodo concertativo, anche in una dimensione conflittuale, fosse assunto dalle parti sociali quale strumento fondamentale di regolazione della complessità sociale, l'ultimo scorcio del secolo ci consegna una svolta profonda ed asimmetrica del ceto imprenditoriale, con una netta restrizione del carico regolativo affidato alla sfera della negoziazione sociale - e con un'accentuata valorizzazione dei caratteri insiti nel nuovo equilibrio politico-istituzionale (maggioritario e bipolare, in estrema sintesi).

Secondo un'opinione generalmente condivisa, elemento non secondario di condizionamento del compromesso sociale che si è tradotto nella concertazione della prima metà degli anni novanta, è costituito dagli effetti prodotti dai vincoli di natura economico-monetari di Maastricht; vincoli impeditivi del perpetuarsi di una politica economica protezionistica, fondata sulla "svalutazione competitiva" quale strumento di riequilibrio del ciclo economico. Come si è notato, di fronte a questa nuova prospettiva inesorabilmente la politica dei redditi da elemento di stabilità economica diviene un vincolo indesiderato ed un fattore di rigidità, innescando una strategia competitiva centrata principalmente sul contenimento dei salari: in questo modo l'unione monetaria "rende il costo del lavoro e la dinamica salariale un fattore decisivo all'interno del mercato del lavoro e della concorrenza" (Veneziani 2000).

La riforma della struttura del sistema contrattuale, al fine di accrescere la flessibilità salariale e stimolare la crescita economica, sembrerebbe quindi uno degli elementi peculiari del confronto che si è aperto fra le parti sociali, per gestire la fase della integrazione europea e delle nuove esigenze di competizione globale.

Al riguardo, tuttavia, si profilano due diverse strategie. Ad una linea di adattamento del sistema contrattuale perseguita attraverso il coinvolgimento e la responsabilizzazione dei soggetti collettivi, agendo in modo tale da allargare la sfera della contrattazione collettiva, si contrappone in modo oramai evidente una strategia che, rinnegando la validità del modello di "decentramento organizzato", punta ad una flessibilità salariale assoluta e ad un ulteriore recupero di flessibilità funzionale ed organizzativa, nell'ottica di un ruolo subalterno del sindacato. È la low road alla competitività, vale a dire una linea di dualismo privo di controllo del mercato del lavoro (v. Regini 2002).

Ambiguamente nel Libro Bianco questa alternativa resta in sospensione, ed è piuttosto singolare che, volendo ricercare in linea di principio un metodo basato sul consenso delle parti sociali, al tempo stesso si proponga una svalutazione del quadro della concertazione.

Indubbiamente la tendenza ad una diversa articolazione della contrattazione collettiva è il portato in certo senso "oggettivo" dell'approfondimento della crisi del fordismo, della nuova composizione sociale e del superamento dei grandi aggregati di classe, ed è alimentata dalla nuova dislocazione dei poteri che deriva dall'incessante opera di trasferimento delle competenze istituzionali dal centro alla periferia.

Si tratta di tematiche di fondamentale interesse, che evidentemente richiederebbero ben altra cura, tuttavia, ai fini di questo intervento, sarà sufficiente osservare come tali fenomeni, della cui ricorrenza non si può dubitare, possono dar luogo a dinamiche diversificate, secondo il diverso

approccio che viene ricercato nel confronto con le parti sociali.

Ma lo scontro sociale che sembra profilarsi nel paese, con la denuncia del metodo della concertazione e con il tentativo del governo di agire sul piano dell'equilibrio complessivo, non può che far pensare ad una strategia di forte ridimensionamento del ruolo del sindacato, ove i nuovi equilibri contrattuali più che il frutto di una ridefinizione concordata, appaiono semmai il risultato dell'arretramento e della subalternità dell'autonomia collettiva alle esigenze competitive delle imprese.

2. Concertazione sociale e transizione istituzionale.

Almeno tre sono gli assi attorno ai quali viene dunque emergendo una fase nuova e certo di possibile stravolgimento dell'equilibrio delle relazioni industriali nel nostro paese: la crisi ed il superamento dell'assetto regolamentare emerso negli anni novanta si coniuga allo sviluppo dei processi di integrazione europea e su scala globale, nonché al progetto di ristrutturazione in senso federale dello stato.

Anche qui occorre avvertire che ciascuno di essi richiederebbe evidentemente una premessa storico-critica, che dia conto fra l'altro di un'evoluzione destinata a produrre risultati non del tutto conformi alle aspettative di quegli attori sociali e politici impegnati a definire i termini della transizione italiana nel quadro di una sostanziale riaffermazione della sua costituzione materiale.

Sia pure in una prospettiva limitata, nel quadro di uno studio sulle diverse raffigurazioni del rapporto stato-sindacato emergenti in questa fase, occorre però quanto meno evocare i termini della rottura dell'assetto della concertazione costituitosi nel corso degli anni novanta, che sembrava rappresentare il naturale sbocco della lunga fase caratterizzata da un raccordo implicito e del tutto informale, ma denso di significati sul piano storico-politico, fra le istituzioni repubblicane ed il sindacato. Un compromesso nel quale il sindacato assumeva, con la politica dei redditi, una funzione di responsabilità nazionale indiscussa ed un ruolo di partnership del sistema politico, fino a surrogare in qualche misura i compiti regolativi, ma che non poteva però supplire al "vuoto" istituzionale, alla mancanza di un nuovo schema in grado di rimpiazzare quell'equilibrio, oramai anacronistico, fondato sulla coincidenza di interessi, sul comune quadro di riferimento, fra le forze che avevano dato vita all'esperienza dello stato post-corporativo.

In quest'ottica, se la concertazione costituiva elemento fondamentale del tentativo di "guidare" la crisi politico-istituzionale, per garantirne un approdo sostanzialmente coerente con i termini della democrazia italiana, con i suoi caratteri strutturali, il punto debole di questo progetto era probabilmente la sua "gracilità" istituzionale, vale a dire l'imperfezione di un meccanismo teso al massimo di valorizzazione del ruolo dell'autonomia collettiva con il minimo di innesto istituzionale.

I fattori congiunturali hanno così rimarcato la fragilità di un compromesso condizionato dalla sua intrinseca precarietà, sottoposto a forzature ed inserito in un quadro complessivo confuso, in tensione fra crisi e definizione di un nuovo modello istituzionale, in grado di dar vita ad un sistema conforme allo schema invalso nelle moderne democrazie occidentali.

A monte vi è il fallimento del tentativo di ridefinire l'assetto istituzionale del paese e di por fine alla transizione mediante un nuovo patto storico fra le forze emerse come egemoni dalla crisi politico-istituzionale, vanamente perseguito, come è noto, nel corso della XIII legislatura. Il venir

meno della possibilità di configurare la concertazione sociale, vale a dire uno specifico modo di relazioni fra lo stato ed i soggetti collettivi fondato su un metodo consensuale e contrattualistico di governo, come elemento costitutivo di un assetto costituzionale condiviso, ha così inevitabilmente contribuito ad un'acutizzazione degli elementi di crisi.

La mancanza di un comune quadro di regole circa la natura del rapporto fra lo stato ed i corpi intermedi, con particolare riguardo al ruolo del sindacato, ha alimentato una concezione della concertazione sociale quale elemento peculiare di una specifica e transeunte strategia regolativa, catturandola nel confronto bipolare fra i diversi aggregati politici e spostando l'intero carico di regolazione sociale a questo livello, con un'indubbia "sovra-esposizione" del potere politico e statale.

Ovviamente ci sarebbe da discutere se nell'ambito di un sistema maggioritario "puro", senza contrappesi, sia possibile concepire una concertazione sociale in qualche modo sottratta alla dialettica conflittuale fra i poli, ma questo è terreno di indagine che esula dai limiti del presente lavoro.

Questa lettura, molto parziale e certo discutibile, delle vicende che hanno caratterizzato la seconda fase dell'ultima legislatura, guarda dunque alla crisi della concertazione sociale come ad un effetto della incapacità di delineare una strategia politico-istituzionale in grado di definire e temperare i termini della transizione, che sembra evolvere da un assetto di tipo inclusivo - quale era quello che, con tutti i limiti, veniva fuori dall'esperienza storica della convergenza fra le forze dell'arco costituzionale - ad un assetto quasi per definizione esclusivo - caratterizzato da una visione di tipo maggioritario avulsa da mediazioni, imperniata sulla cooptazione dei corpi intermedi all'interno degli schieramenti. Se questa lettura ha qualche fondamento, allora diviene chiaro come le parti sociali siano rimaste prigioniere ed ostaggio dello scontro politico-istituzionale che ha investito il paese, e come e per quali ragioni esse abbiano cercato e cerchino di uscirne, sia pure con esiti e da "sponde" opposte, accrescendo il proprio ruolo politico, dando vita a fenomeni di collateralismo, ovvero, in qualche caso, impegnandosi direttamente nell'arena politica ed alimentando così progetti (o illusioni) di traslazione della rappresentatività sindacale.

Questa "genetica" precarietà istituzionale era poi destinata ad intrecciarsi ad una più generale tendenza alla restrizione della concertazione sociale, a partire dal superamento della fase culminante nello sforzo congiunto delle economie nazionali al rispetto dei parametri di Maastricht. Come si è notato, dopo la politica dei redditi gli obiettivi di efficienza dei sistemi economici si dirigono verso prospettive di riforma del mercato del lavoro e del welfare, che non solo riducono lo spazio della negoziazione sociale ma ripropongono un quadro di "scambio politico" al centro oramai anacronistico. L'esaurimento della concertazione sociale sembra dunque risiedere in tali dinamiche socio-economiche, che concorrono a spostare sul piano politico la definizione del quadro regolativo ed inducono in qualche caso a perseguire una strada di "riforme senza consenso sociale" per via parlamentare (v. Regini 2002).

In questo contesto di rottura e lacerazioni dell'equilibrio fra le forze sociali, e del loro comune tessuto connettivo, si inserisce il tentativo di operare una svolta destinata ad incidere in profondità sugli assetti delle relazioni industriali, che sarebbe però del tutto sbagliato considerare come una sorta di colpo di mano.

3. Il ruolo del sindacato fra istituzionalizzazione e privatizzazione.

Se da almeno un decennio si susseguono tentativi di dare un approdo compiuto alla transizione

e di uscire dalla fase dell'emergenza politico-istituzionale, è da tempo anche più lungo che le dinamiche collettive sono sottoposte ad un sovraccarico di tensioni regolative (v. Vardaro 1987, Rusciano 1984), costringendo il sindacato a funzioni di supplenza ed imbrigliando il conflitto sociale in una logica che, in estrema sintesi, rinvia ad una sorta di "solidarietà nazionale", soltanto in parte riconducibile al vecchio schema dello scambio politico.

Il perno di questa stagione politico-sindacale è stato, indubbiamente, il protocollo del 23 luglio 1993, ritenuto non impropriamente un accordo di tipo "costituzionale" teso ad una definizione delle regole fondamentali dei rapporti fra stato, sindacati ed imprese. Gli effetti che ne sono scaturiti hanno visto, in sintesi, bloccare le spinte centrifughe, governare efficacemente le dinamiche collettive ed il sistema contrattuale, mediante una linea di "decentramento organizzato" guidato dal centro, consentendo quella politica dei redditi che si è rivelata strumento essenziale di riequilibrio economico.

Tuttavia l'accordo del '93, pur implicando una profonda ristrutturazione del sistema contrattuale, indubbiamente non poteva surrogare nè l'equilibrio complessivo nè l'instabilità di un sistema privo di regole sul versante della rappresentatività dei soggetti collettivi: tema, questo, centrale per definire un compiuto sistema di relazioni, ove il ruolo dei soggetti collettivi fosse "garantito" da una cerniera democratica in grado di legittimare, settorialmente e globalmente, le complesse transazioni operate dalle parti sociali.

Tutta una fase della riflessione giussindacale ruota, come è noto, attorno a questo asse, alla trasformazione del ruolo del sindacato ed alla sua crisi di rappresentatività, trasformazione e crisi che imposero all'attenzione generale la grande questione del consenso, del rapporto fra rappresentati e rappresentanti, della democrazia sindacale e delle sue regole (Caruso 1992): un dibattito innescato dalla precarietà di una scelta di politica del diritto di integrazione del sindacato e di compenetrazione fra legge ed autonomia collettiva, optando per un modello inclusivo, costretta a coesistere con un assetto istituzionale sostanzialmente incompiuto, essendo il sindacato privo di riconoscimento formale e mancando altresì regole certe sia sul lato del rapporto con lo stato - per certificare la rappresentatività sindacale e per enucleare un sistema di relazioni - sia sul lato del rapporto con i propri rappresentati - per legittimare democraticamente l'operato dei soggetti rappresentativi e rendere certo ed intangibile l'esercizio dei poteri di transazione degli interessi da parte del sindacato.

La necessità, nell'ambito di una società complessa ove il ruolo dei soggetti collettivi assume un carattere "para-normativo", di uscire dal bozzolo privatistico, garantendo al sistema un assetto democratico e quindi un suo proprio canale di legittimazione, è elemento precipuo del dibattito giussindacale richiamato.

L'incapacità delle forze che si sono coagulate attorno a questo progetto di dare un compiuto sbocco legislativo alla domanda di "regole", allo scopo di stabilizzare o, se si vuole, "cristallizzare" quel dato equilibrio, è tema degno di uno studio specifico, che vada ad indagare gli elementi di ambiguità presenti in quell'esperienza storica. Ai fini che ci occupano, sarà però sufficiente ricordare che l'ennesimo tentativo di determinare nel corso dell'ultima legislatura un corpus organico di norme al riguardo, si è risolto in un plateale insuccesso, e tuttavia il tema delle regole e della loro vincolatività per tutti i soggetti del sistema contrattuale non può ritenersi affatto archiviato, se è vero (come è vero) che esso è nuovamente apparso in cima all'agenda della confederazione sindacale comparativamente più rappresentativa.

Il disegno legislativo, poi arenatosi in parlamento, rappresentava indubbiamente un tentativo di istituzionalizzazione “forte” della concertazione, anzi forse il più forte possibile e di dubbia costituzionalità. Senza voler esaurire un tema così complesso, si può osservare come l'errore di fondo del legislatore sia stato quello di abbandonare l'ottica eminentemente promozionale della legislazione sindacale, per abbracciare una visione rigida, tesa a irreggimentare forzatamente le dinamiche collettive in uno schema lontano dalla tradizione giussindacale, privo di fluidità e senza considerazione per le peculiari caratteristiche socio-economiche del nostro paese.

Più fecondamente, nell'ambito del lavoro pubblico è riuscita invece un'operazione di istituzionalizzazione, ma qui vanno considerate le peculiarità della contrattazione collettiva pubblica (al di là del momento storico) e per l'appunto l'approccio più elastico, di natura promozionale, che presiede nel complesso l'architettura normativa. In ogni caso è evidente che una questa scelta costituiva una via d'uscita alla crisi sindacale del tutto opposta alla linea di contenimento del ruolo del sindacato a livello settoriale, alla restrizione delle dinamiche collettive entro i binari privatistico-associativi, recentemente evocata.

In un quadro di elementi contraddittori - che vedono un crescente e quasi incessante sviluppo delle interazioni fra legge e contratto collettivo, un ruolo del sindacato quale attore fondamentale della crisi e che contemporaneamente registrano la più completa anomia del sistema sindacale, in perfetta continuità con l'astensionismo legislativo post-costituzionale - il “salto di qualità” della riforma delineata dal d. lgs. n. 396 del 1997 sembrò tuttavia in grado di attrarre l'intero mondo del lavoro, quale modello “universale” di ridefinizione delle regole, secondo una linea di attenta modulazione legislativa e contrattuale. La successiva evoluzione non farà che smentire quest'impressione, e l'intelligente trama normativa delineata dal legislatore, al centro della quale risalta la costituzione di un meccanismo ascendente di verifica del consenso funzionalizzato alla rappresentatività sindacale a livello settoriale ed intersettoriale, resterà confinata nell'ambito del lavoro pubblico.

Il patto del 22 dicembre 1998 - teso a definire “la concertazione come sistema” (Ferraro) - vedrà la luce in una situazione estremamente precaria ed ambigua, ed il progetto di istituzionalizzazione della concertazione sociale, quale elemento direttivo di una nuova fase delle relazioni industriali, è rimasto largamente incompiuto.

Per stare agli elementi macroscopici della crisi, si può osservare come la messa in discussione della concertazione rifletta in fondo la reazione di parte del mondo economico e di alcuni settori sindacali proprio alla logica della concertazione di “seconda generazione” emersa con il patto di Natale del 1998, che si è considerata, nell'ottica di ridimensionamento e semplificazione del ruolo dei soggetti collettivi, come “totalizzante, omnicomprensiva, iper-ambiziosa” (Biagi, RGL 2002,1). Ed effettivamente è paradossale che un accordo fra le forze sociali ed il governo di natura “allargata” e non già trilaterale, teso ad implementare il metodo della concertazione a livello territoriale per rafforzare le politiche di sviluppo, sia stato al tempo stesso considerato come l'apice del decentramento organizzativo della contrattazione collettiva (D'Antona, Caruso) e come prova di un'indebita ed inaccettabile forzatura istituzionale (v. Carinci 1999).

Per rimanere nei margini del nostro tema, si può notare che in realtà la valorizzazione del ruolo dei soggetti collettivi ricercata mediante la cooptazione del sindacato nella rete istituzionale pubblica, a livello complessivo ed a livello locale, era destinata a produrre un effetto di legittimazione politica del sindacato, ma restava imbrigliata in un quadro istituzionale incerto e privo di regole

quanto alla rappresentatività degli attori sociali (Ghera 1999).

È dunque chiaro come la concertazione sociale sia potuta rimanere, ad onta dell'enfatica approvazione parlamentare del patto di Natale, in una situazione sostanzialmente fluttuante, ove l'assenza di punti di rigidità istituzionali provocava una sfasatura nel nuovo equilibrio, compatibile, da un punto di vista strutturale, con la tradizionale conformazione privatistico-contrattuale del fenomeno collettivo (De Luca Tamajo 1999).

Più in generale, questa ambiguità ha indubbiamente favorito l'ulteriore proliferazione degli "anticorpi" privatistici e pur in presenza di vistosi elementi di discontinuità l'equilibrio complessivo è rimasto ancorato ad una configurazione incerta, senza baricentro istituzionale.

Questa situazione ha evidentemente a che fare con il problema, che qui si può soltanto evocare, dell'esaurimento dell'idoneità regolativa del "sindacato maggiormente rappresentativo" quale nozione in grado di sintetizzare la costituzione materiale e dell'impossibilità di enucleare, dalla pur fittissima legislazione sindacale dell'ultimo decennio, elementi normativi sostitutivi, per rimpiazzare il riferimento a quella specifica esperienza storica; il che ha alimentato la pervasiva influenza dei principi privatistici, alimentando l'informalità del sistema sindacale e l'affermazione di un asse contrattuale/aziendale, in aperto dissidio logico con gli approdi che, intanto, da altro versante, si ricercavano con gli sviluppi "istituzionalistici" della concertazione sociale di seconda generazione. Al riguardo, è appena il caso di osservare incidentalmente che la nozione del sindacato comparativamente rappresentativo, a cui più recentemente ha fatto ricorso il legislatore, nasce per rispondere al fenomeno dei c.d. contratti pirata e quindi all'esigenza di selezione fra diversi contratti collettivi, non certo per regolare i rapporti fra le parti del sistema contrattuale, ovvero per individuare un criterio inclusivo nella relazione con lo stato e l'autorità pubblica (v. Liso).

Questa profonda contraddizione in realtà è stata sottovalutata e forse poco indagata. Tuttavia, osservando da un lato quegli elementi materiali e simbolici che rappresentano la spinta verso il compimento del disegno storico di configurare il sindacato quale soggetto partecipe a pieno titolo delle vicende e dei destini dello stato democratico, e dall'altro la tendenza a ripristinare la piena funzionalità dei principi privatistico-informali, per ricondurre nell'alveo della dimensione associativa e settoriale il ruolo del sindacato, indubbiamente nell'ultimo decennio si trovano segni dell'una e dell'altra tendenza, in un ordine abbastanza incoerente e contraddittorio.

Si consideri la sequenza che parte dall'accordo del luglio '93 e "piega" verso il referendum del '95, con un'inversione logica che manifesta tutta la trasversale insofferenza verso la strategia inclusiva della concertazione, trovando un punto di coagulo nella riaffermazione dei principi pluralistici e nell'ottica eminentemente contrattuale che ne rappresenta la traduzione giuridica più datata. Si guardi la ristrutturazione del sistema sindacale pubblico enunciata dal legislatore del '97, e la si raffronti criticamente con la vicenda, già ricordata, del disegno di legge sulla rappresentanza sindacale, con la reazione ostile di parte della dottrina e di settori importanti del sindacalismo confederale: una reazione permeata di cultura privatistica e di rinvii alla logica associativa dell'organizzazione del sindacato, tesa a ricondurre le dinamiche collettive sotto il dominio della libertà contrattuale dei gruppi. Si osservi, infine, l'evoluzione della giurisprudenza e l'orientamento prevalente, teso a disinnescare tutti gli elementi in grado di offrire un'efficace canale di comunicazione con l'ordinamento intersindacale e le sue regole, in favore di un riassetto in termini privatistico-associativi del sistema sindacale.

Insomma, comunque si guardi la vicenda che ha interessato il fenomeno collettivo, sembra scorgerci una dialettica mutevole fra elementi direttivi di scelte di politica del diritto, di specifiche modalità di regolazione del rapporto fra sindacato e stato, estremamente disomogenee e contraddittorie. Il che, evidentemente, ha posto una pesante ipoteca sulla tenuta del quadro di concertazione sociale.

4. La neo-privatizzazione del sistema sindacale ed il nuovo equilibrio.

Ma se l'orientamento privatistico ed il tradizionale astensionismo statuale, avevano consentito in tutt'altra fase un'espansione dell'autonomia collettiva, sposandosi ad un approccio di tipo promozionale e valorizzando le qualità normative originarie dell'ordinamento sindacale, al fine di alleggerire la crisi regolativa della legge e di ampliare la sua base di legittimazione sociale, ora questi stessi paradigmi regolativi possono rivelarsi funzionali ad una restrizione del potere sociale del sindacato e ad una prospettiva di separazione fra legge ed autonomia collettiva.

È vero che in Italia non si è ancora delineata una strategia di limitazione diretta del potere del sindacato, con provvedimenti ad hoc di regolazione del fenomeno sindacale, prevalendo finora un'azione sostanzialmente indiretta di divisione sindacale e di rafforzamento dei poteri dell'impresa, tuttavia è altrettanto vero che la riaffermazione di una dimensione privatistico-associativa configura una linea di tendenza indicativa quanto meno di un ridimensionamento del ruolo del sindacato sul piano complessivo.

La "risalita" dei principi privatistici e la loro "funzionalizzazione" al nuovo equilibrio è stata in realtà implacabile. La cultura giussindacale di orientamento privatistico-astensionista - fondata, in estrema sintesi, sul riconoscimento negoziale fra le parti, sull'assenza di vincoli e rigidità istituzionali, sui principi associativi quale criterio esclusivo di imputazione della volontà dei rappresentanti alla sfera giuridica dei soggetti rappresentati e modello autosufficiente di democrazia sindacale, sull'asse aziendale quale luogo "strategico" che definisce i termini della rappresentatività sindacale - ha assunto i connotati di un "pensiero debole" in grado di permeare con una precisa logica conformatrice, al di là dei fermenti pluralistici, le relazioni ed i meccanismi di scambio fra ordinamento sindacale ed ordinamento generale.

Se questa lettura ha qualche fondamento, allora è forse più chiaro quale sia il sostrato della rapida riconversione del rapporto fra sindacato e stato, che coniuga un assetto regolamentare conforme allo schema privatistico-informale, con la cooptazione delle parti sociali nell'ambito della dialettica maggioritaria e bipolare, catturando le dinamiche collettive nella logica di alternanza e di scontro politico tipica di un tale assetto.

Il che sembra doversi coniugare, come si è già accennato, ad una visione scevra da mediazioni istituzionali, nello schema della "democrazia d'investitura" che presiede alla funzionalità elementare del sistema maggioritario, affermatosi nel nostro paese senza contrappesi o ammortizzatori istituzionali in grado di temperarne gli effetti semplificanti e restrittivi (esclusivi).

Ciò apre, evidentemente, interrogativi di notevolissima portata, quanto alla capacità del sistema sindacale di reggere l'urto destrutturante di una tale doppia inversione, destinata ad abbattersi e destabilizzare quel disegno che, sia pure attraverso le contraddizioni evidenziate, percorre la legislazione sindacale e si è configurato come una scelta di politica del diritto conforme al progetto del nucleo storico del movimento operaio di dar vita e sostanza al sindacato maggioritario, quale veicolo normativo della piena partecipazione della classe lavoratrice alle vicende dello stato

democratico, nell'ottica di una tutela aggregata, generale e non settoriale, degli interessi collettivi, prodromica della moderna concertazione sociale. Un progetto, questo, che nella specificità della vicenda storica del nostro paese si è saldato con la visione pluralistica, con l'ideale dello stato-comunità, teso all'integrazione della società civile e dei corpi intermedi nello stato, dando luogo ad una convergente e pressante esigenza di rafforzamento dei soggetti esponenziali degli interessi collettivi.

Questa tendenza si è prima incarnata nell'“ideale” del sindacato maggiormente rappresentativo, e poi è sfociata in una legislazione sindacale che si è caratterizzata per un'estensione del metodo concertativo, delineando una sorta di continuità funzionale fra concertazione e contrattazione collettiva (Carinci 1999) e disegnando il profilo “di un sistema contrattuale volontario e autolegitimato [che] riconosce come propri, in relazione a specifiche aree di intervento legislativo, gli equilibri normativi che quello stesso sistema contrattuale produce ai vari livelli al di fuori delle forme prescritte dall'art. 39 Costituzione” (D'Antona 1998).

Si tratta di una linea di politica del diritto che rischia dunque di subire una battuta d'arresto, tale da mettere in discussione non solo il quadro della concertazione ma le basi stesse della legislazione sindacale, restringendo i circuiti di scambio fra sistema sindacal-contrattuale e sistema giuridico, ai diversi livelli, come emerge dalla ridefinizione dei rapporti fra lo stato e gli attori collettivi che viene evocata dal Libro bianco del governo.

È a valle di questa situazione complessiva, che qui si è voluto soltanto tratteggiare per linee generali, che si sono prodotti e dispiegati gli effetti del ribaltamento dell'equilibrio politico-istituzionale.

La rottura della concertazione, che scaturisce dalla necessità per le imprese di rimettere in discussione gli assetti contrattuali, sembra essere l'occasione storica per una più profonda riconsiderazione del compromesso fra capitale e lavoro, per una mutazione che investe il rapporto fra lo stato ed i corpi intermedi, con una tendenza piuttosto chiara a semplificare i meccanismi di governo e a ridurre fortemente lo spazio della mediazione sociale.

In questo modo si delinea una situazione in prospettiva del tutto antitetica a quella prefigurata durante la seconda metà degli anni novanta, fondata su un modello consensuale e negoziato di regolazione sociale.

Tuttavia, se questa è la tendenza in atto, affiorano contro-tendenze, suscettibili di sviluppo, idonee a spostare di qualche grado il baricentro delle dinamiche collettive.

Se questo è, in altri termini, il livello “nazionale” dell'equilibrio complessivo, entrano in gioco altri fattori, legati alle profonde trasformazioni che si registrano a livello comunitario ed a livello territoriale, anche per effetto della modifica del titolo V della Costituzione.

Vi è, quindi, un più vasto movimento, di cui è difficile prevedere la portata ma che al contempo è altrettanto difficile negare.

Essendo oggetto di studi specifici sarebbe poco utile avviare qui una disamina, peraltro necessariamente superficiale, dei caratteri di fondo della modifica costituzionale, che assegna alle regioni ampi poteri regolativi in materia di mercato del lavoro e forse anche di una potestà legislativa nell'ambito dell'ordinamento del diritto del lavoro, come è stato recentemente adombrato da autori non sospettabili certo di intenzioni demolitorie dell'edificio giuslavoristico (Ferraro 2002).

È evidente, però, che questo doppio movimento tende a costituire altrettanti poli di attrazione per lo sviluppo della contrattazione collettiva e più in generale per la definizione di politiche regolative asimmetriche rispetto agli orientamenti invalsi nel parlamento nazionale.

Proprio verso le dinamiche che si delineano a livello comunitario ed a livello locale, intimamente collegate, occorre dunque volgere l'attenzione, non senza aver prima vagliato in che modo nell'ambito del Libro bianco del governo è stata enunciata la nuova strategia dello stato nei confronti dei soggetti collettivi.

5. Il dialogo sociale nel Libro bianco del governo.

Il Libro Bianco del Governo ha rilanciato, come è noto, il dialogo sociale quale metodo in grado di costituire un efficace raccordo fra autorità pubblica e soggetti collettivi, caratterizzato, come appare evidente, da una sostanziale separazione fra sfera legislativa e contrattazione collettiva, da una suddivisione di competenze basata su un principio di sussidiarietà riguardato in modo astratto e schematico, che sembra preludere ad una modalità meramente strumentale di concepire l'autonomia negoziale delle parti, volta ad impedire che la rappresentatività sindacale possa agire sul piano complessivo.

Emblematica è, a tal riguardo, la versione del dialogo sociale enunciata dal Libro bianco del governo:

"Il passaggio dalla politica dei redditi ad una politica per la competitività impone l'adozione di una nuova metodologia di confronto, basata su accordi specifici(...)

Non soltanto a livello statale, ma anche delle Regioni, prima di assumere interventi legislativi o comunque di natura regolatoria in campo sociale e dell'occupazione, è necessario che le istituzioni consultino le parti sociali circa l'intenzione di intervenire su una certa materia che non comporti impegni di spesa pubblica, sollecitandone una reazione in termini di opportunità e modalità di realizzazione. Al termine di questa prima fase di consultazione, da contenere in tempi ragionevolmente brevi, qualora il Governo o la Regione intenda proseguire con l'iniziativa regolatoria dichiarata nella fase precedente, alle parti sociali dovrebbe essere offerta l'opportunità di negoziare sul tema che forma oggetto della iniziativa in questione, assegnando anche in questa occasione un termine ben determinato. Solo in caso di rifiuto delle parti sociali di impegnarsi in un negoziato, ovvero nell'ipotesi di un esito infruttuoso del medesimo, l'iniziativa legislativa promanante dal Governo o dalla Regione potrà riprendere il suo corso. Nel caso in cui invece il negoziato si sarà concluso positivamente, dovrà prevedersi un impegno politico del Governo o della Regione alla traduzione legislativa dell'intesa stessa. (...) In caso di disaccordo tra gli stessi attori sociali sarà necessario, uniformandosi anche in questo senso all'esperienza francese, ricorrere alla regola della maggioranza, senza pretendere unanimismi che pregiudicherebbero il buon funzionamento dello stesso dialogo sociale."

Nel progetto così delineato il dialogo sociale tende chiaramente ad una sconfessione degli obiettivi promozionali ed incentivanti portati avanti finora dalla legislazione sindacale. Il dialogo è settoriale e specifico, e viene totalmente trascurata la concertazione locale: il rapporto fra i soggetti collettivi e lo stato andrebbe invece costretto in una dimensione contenuta "al conseguimento di obiettivi di volta in volta condivisi" (v. al riguardo Campanella 2002).

Anche qui può evidenziarsi come la strategia delineata dal Libro bianco prenda le mosse da una

critica sostanzialmente condivisibile nei confronti di una concezione della concertazione sociale basata su un rigido unanimismo, su un potere di interdizione e di veto delle parti sociali tale da condurre ad una possibile paralisi istituzionale. Tuttavia se astrattamente questo processo degenerativo può giustificare una tendenza "revisionista", il richiamo a tale "patologia" avviene nello specifico senza un'adeguata contestualizzazione, in quanto appare difficile dimostrare che nella recente esperienza del nostro paese si sia prodotto un simile effetto. Inoltre, se la concertazione intesa come regola unanimistica può senza dubbio produrre effetti immobilizzanti, una logica tesa ad accordi separati o limitati, prescindendo dalla rappresentatività dei soggetti che vi aderiscono, rischia di destabilizzare il sistema sindacale (Mariucci 2002).

L'utilizzo in senso ideologico dello schema comunitario è quindi piuttosto evidente e può apparire funzionale all'obiettivo di destrutturare l'equilibrio politico-istituzionale, mediante una effettiva restrizione del circuito legislativo/contrattuale.

Tuttavia proprio il passaggio, che si ritiene consustanziale alla nuova fase dell'integrazione economica europea, da una "politica dei redditi" ad una "politica per la competitività", sembrerebbe richiedere, alla luce dell'attuale quadro di sostegno alle politiche per lo sviluppo e l'occupazione, un radicamento del metodo della concertazione sociale, il contrario di quanto evoca lo scenario aperto dal "nuovo" metodo di relazioni fra le parti sociali e l'autorità di governo (D'Acunto 2002).

Questa contraddizione ripropone dunque il tema centrale dello scontro in atto, la sua sostanza sociale, che non è funzionale soltanto ad una ridefinizione dei rapporti fra stato e sindacato, ma allude chiaramente ad una ben precisa rimodulazione dei rapporti di potere nelle relazioni sociali, andando così ad incidere sul compromesso che ha garantito, a partire dagli anni sessanta, la valorizzazione del ruolo del sindacato non solo quale naturale controparte del governo e delle imprese, ma quale attore specifico nell'ambito delle politiche pubbliche sul terreno economico-sociale.

In quest'ottica la proposta riqualificazione del contratto collettivo e l'enunciato svuotamento del contratto nazionale a favore del livello aziendale o territoriale, indubbiamente implica una riconsiderazione del ruolo del sindacato nel quadro complessivo.

In definitiva, il dialogo sociale così come proposto dal governo relega i soggetti collettivi in un ruolo meramente consultivo o comunque subordinato alla volontà politica, dando luogo tutt'al più ad "avvisi comuni" in omaggio al principio di sussidiarietà (Giugni 2001).

La prospettiva assunta dal Libro bianco appare dunque riduttiva e restrittiva, e tuttavia sembra riconnettersi ad una certa tradizione giussindacale, sia pure mutandone il segno, in quanto il ritorno ad una dimensione privatistica e settoriale è qui funzionale al ridimensionamento del ruolo dei soggetti collettivi, ad un'esigenza di separazione. Non è certo un caso che il Libro bianco enunci a chiare lettere il proposito di un astensionismo legislativo sul tema delle regole della rappresentanza sindacale, riaffermando il principio del riconoscimento negoziale fra le parti quale unico criterio di regolazione del sistema sindacale.

In linea generale, si può ritenere che questo mutamento di fondo possa sfociare in una strategia per regolare il rapporto dello stato con i corpi intermedi diretta ad una revisione di quella concezione compositiva dell'interesse generale sedimentatasi a partire dagli anni sessanta, e tesa a riconcentrare il momento della sintesi degli interessi nell'ambito di una dimensione politico-sta-

tuale esclusiva, alimentata da un'enfaticizzazione del principio maggioritario. La questione è ovviamente di straordinario impatto e richiederebbe ben altro approfondimento: qui appare sufficiente osservare come questo mutamento di fondo investa gli stessi termini della democrazia politica ed economica.

6. Il dialogo sociale comunitario: cenni.

Il richiamo al metodo comunitario è però del tutto fuorviante.

Innanzitutto, mentre a livello comunitario il problema è quello della costruzione di uno spazio negoziale e della strutturazione di un maturo sistema di relazioni industriali, a livello nazionale i problemi sono di ben altra natura. E poi appare chiaro che gli sviluppi più recenti delineano un potenziamento della concertazione a livello comunitario, e più in generale del ruolo delle organizzazioni esponenziali di interessi collettivi, in particolare nell'ambito della strategia europea per l'occupazione, posta al centro dell'azione comunitaria. È appena il caso di osservare che a livello comunitario le parti sociali, se vogliono, possono giungere a surrogare le potestà regolative delle istituzioni comunitarie, come avviene nella contrattazione collettiva innescata dalla procedura consultiva ex art. 139 del Trattato.

Né appare corretto definire il dialogo sociale comunitario come modalità insuscettibile di sfociare in pratiche istituzionalizzate.

Il dialogo sociale comunitario (che tanto varrebbe iniziare a chiamare “partenariato”, come suggerisce Caruso) ha storicamente definito un insieme disomogeneo di fenomeni (consultazione delle organizzazioni rappresentative dei lavoratori e dei datori di lavoro da parte delle istituzioni della CE, concertazione e dialogo in senso stretto) ed al di là delle interpretazioni minimaliste va riconosciuto che esso evolve, attraverso un processo estremamente complesso, verso una effettiva istituzionalizzazione delle regole del gioco.

Se nell'originario approccio a livello comunitario poteva delinearsi un quadro precario ed incerto (v. Sciarra 1990), dopo la Dichiarazione comune sottoscritta da Ces. Unice e Ceep il 31 ottobre 1991 e la sua trasposizione nel Trattato di Maastricht si prefigura indubbiamente una legislazione di sostegno dell'autonomia collettiva, nella cornice del principio di sussidiarietà (v. D'Antona 1994).

Il Trattato di Amsterdam del 1997, che “costituzionalizza” il ruolo delle parti sociali nei processi normativi comunitari, segna poi un ulteriore sviluppo.

Con la comunicazione del 20 maggio 1998 (COM(98) 322 def.) la commissione ha individuato i campi fondamentali del dialogo sociale: l'informazione, la consultazione, la cooperazione per l'occupazione e la contrattazione. Quanto a quest'ultima, l'orientamento della commissione è chiaramente in favore di rapporti contrattuali diretti fra le parti sociali e svincolati dallo schema della concertazione legislativa: il che ripropone in tutta la sua importanza la questione della rappresentatività delle parti sociali, stante la centralità che assumono tali soggetti nel processo di costruzione dell'unione europea.

Questo processo, qui delineato nei suoi termini elementari, ha determinato, secondo la dottrina, una nuova dislocazione dei poteri pubblici e privati (Veneziani 1998), stante la complessa interazione fra sfera contrattuale e sfera legislativa a livello comunitario; esso rappresenta, in altri termini, un punto di snodo delle relazioni collettive a livello comunitario, in quanto per la prima volta

si cambia il piano dei rapporti e dal mero dialogo sociale si passa ad una vera concertazione (D'Antona 1998b).

Sembra dunque affermarsi un modello pluralistico che prevede diverse ipotesi e “gradi” di valorizzazione della contrattazione collettiva ad opera del diritto comunitario, che spazia dagli accordi di concertazione legislativa agli accordi “liberi”, anche al di fuori delle competenze comunitarie in senso stretto, con un riconoscimento della contrattazione a largo raggio, sia pure in un'ottica concettualmente conforme agli schemi di diritto privato (D'Antona 1998b).

Vi è quindi un doppio piano di funzionalità dell'autonomia collettiva a livello comunitario.

La concertazione legislativa, in primo luogo: una tecnica che vede il concorso delle forze sociali nell'ambito dei processi legislativi, quale elemento di una più ampia legittimazione della complessiva azione comunitaria e di arricchimento della dialettica democratica, inducendo i soggetti collettivi a rivestire un ruolo attivo e corresponsabile nell'ambito delle dinamiche di regolazione.

A fianco a questo importante fenomeno politico-istituzionale, significativamente vicino alle esperienze nazionali di valorizzazione del ruolo del sindacato e più in generale dei gruppi organizzati di interessi, sembra avviarsi la sperimentazione di una dialettica di tipo contrattuale/privatistico, non priva di elementi di raccordo con l'ordinamento comunitario, in quanto riconosciuta quale strumento di realizzazione degli obiettivi comunitari. Come ha evidenziato D'Antona, “la capacità delle parti sociali di assicurare l'efficacia in ambito comunitario degli accordi liberi, anche al di fuori delle materie dell'art. 2 APS, è la condizione giuridica perché gli accordi liberi vengano considerati alla stessa stregua dell'accordo attuato con direttiva del Consiglio, come strumenti di realizzazione degli obiettivi dell'unione europea in campo sociale”.

Ovviamente ben può esservi una contrattazione che si svolga al di fuori della cornice del Trattato, tuttavia solo gli accordi indicati dall'art. 139 sono rilevanti per l'ordinamento comunitario ed oggetto di sostegno “doveroso” da parte della commissione europea, ex art. 138 I co. In altri termini il Trattato “riconosce l'autonomia collettiva delle parti sociali come diritto privato ma ne subordina la rilevanza nell'ordinamento comunitario alla doppia condizione che i soggetti siano parti sociali rappresentative secondo l'ordinamento comunitario, e che intendano garantire autonomamente l'effettività degli accordi attraverso il diritto privato” (D'Antona 1998b).

La disciplina di siffatto meccanismo di ricezione dell'autonomia collettiva ad opera dell'ordinamento comunitario indubbiamente evoca “il concetto di autonomia collettiva come potere originario dei gruppi di autoregolarsi” (D'Antona 1998b), ed in ciò sta la sostanziale differenza con il circuito di concertazione legislativa prefigurato dagli artt. 138 e 139, ove invece l'autonomia collettiva finisce per intrecciarsi e fondersi con i processi legislativi.

Il Trattato prevede poi che le parti sociali possano intervenire nella fase di attuazione delle direttive comunitarie, e quindi sembra attribuire all'autonomia collettiva un ruolo di fonte di diritto comunitario: ciò in quanto l'art. 137, comma IV, prevede che uno stato membro può affidare alle parti sociali, a loro richiesta, il compito di mettere in atto le direttive in materia sociale dei precedenti commi II e III, demandando allo stato in questione il compito di garantire in qualsiasi modo l'effettività nell'ordinamento nazionale della direttiva comunitaria.

In definitiva è innegabile che a livello comunitario la rappresentanza del sindacato opera nell'ottica di una tutela di interessi via via più ampi, che dal tradizionale perimetro associativo e setto-

riale si estende verso interessi generali non coincidenti con specifiche categorie o settori e tendenzialmente riferibili all'intera collettività, da cui origina uno spettro che parte dalla contrattazione libera delle parti sociali e culmina nella concertazione legislativa.

7. Prospettive di sviluppo dell'autonomia collettiva a livello comunitario.

Nel complesso si tratta di un assetto che indubbiamente può evolvere secondo direttrici diverse, di cui si può tentare di individuarne, sia pure per sommi capi, gli elementi tendenziali.

Stante l'attuale quadro comunitario, non è infatti da escludere una sorta di “riedizione di un modello neocorporativo” (D'Antona 1998b), con poche grandi organizzazioni di interessi in grado di interloquire con le istituzioni comunitarie secondo una strategia di partecipazione funzionale ad una sorta di patteggiamento verticistico delle misure di politica economica e sociale. Una logica del tutto diversa sarebbe invece quella di un effettivo sviluppo dei soggetti del pluralismo, con la “ricostruzione” a livello comunitario di una rete di istituzioni sociali nazionali che superi definitivamente l'alghida fase monetarista.

Ma se finora vi è un chiaro orientamento comunitario di sostegno e valorizzazione della contrattazione collettiva inserita nei circuiti legislativi, non appare egualmente sostenuta la sfera della contrattazione collettiva “libera”, destinata a svolgersi al di fuori del processo di concertazione legislativa. Il che non può non influenzare nel lungo periodo i caratteri della contrattazione collettiva comunitaria, con un ruolo subordinato alle dinamiche legislative ed imprigionando le dinamiche collettive entro schemi e modelli procedurali rigidi e formalizzati (v. Lo Faro 1999; Nunin 2001a e 2001b)

Guardando alle prospettive della contrattazione collettiva in modo realistico, vi sono poi questioni di “merito” centrali per definire concretamente lo sviluppo dell'autonomia collettiva.

Se il riconoscimento della contrattazione collettiva come elemento centrale del processo di formazione dello “spazio” comune europeo appare un dato acquisito, non vi è dubbio che si pongano vari problemi in relazione al suo effettivo svolgimento ed ai modi di esercizio dell'autotutela collettiva e del diritto di associazione sindacale, imprescindibili fondamenti della capacità negoziale e di rappresentanza dei soggetti collettivi (Lo Faro 2001). Indubbiamente è questo un problema destinato a trovare risposta con il riconoscimento del conflitto e delle sue armi tipiche -lo sciopero - quali elementi fondativi di un corretto sistema di relazioni industriali a livello europeo. Il che, evidentemente, rinvia alla questione della armonizzazione delle discipline legislative nazionali in tema, con tutti i problemi di equilibrio politico-istituzionale che ne conseguono (Veneziani 2000).

Ma il punto non è solo quello degli strumenti, ma anche dei piani e dei soggetti della contrattazione collettiva comunitaria.

A questo proposito, di grande rilievo è la ricerca di un'effettiva e specifica rappresentanza sociale a livello comunitario, in relazione alle concrete dinamiche ed ai diversi punti di equilibrio che tuttora “fissano” nell'ambito dei rispettivi ordinamenti nazionali il mutevole compromesso fra gli interessi organizzati.

Naturalmente la rappresentanza sociale non può essere il frutto di un'operazione dall'alto o di mera ingegneria politico-istituzionale, in assenza quindi di un raccordo fra i diversi termini “nazionali” delle dinamiche sociali, che fino a questo momento hanno dimostrato di essere scarsamente comunicanti. Finora il sindacato è rimasto prigioniero di una dimensione essenzialmente

nazionale e le espressioni comunitarie della rappresentanza degli interessi collettivi sono rimaste isolate, come si è già accennato, in logiche e pratiche eminentemente istituzionali. Manca una piattaforma europea unitaria e sul piano strutturale il sindacato europeo appare come una superfetazione dei sindacati nazionali, più che un soggetto rappresentativo di specifiche istanze sociali, con un collegamento diretto con la sua base di riferimento (Lo Faro 1999; Nunin 2001).

Tuttavia è evidente che un terreno naturale di incontro fra le diverse forze nazionali è dato dalla politica sociale a livello comunitario e dall'esigenza, che sembra svilupparsi diffusamente, di un'iniziativa coordinata in relazione alle grandi questioni della crisi dello stato sociale, della difesa dei contenuti sociali dell'Europa, vale a dire di quel compromesso che, sia pure in forme diverse ed asimmetriche, si è realizzato nel corso del XX secolo ed ha dato luogo alla sperimentazione di forme e modelli di democrazia industriale in tutti i paesi europei.

Volendo soltanto evocare, senza nessuna pretesa di esaurimento, alcuni punti di fondo di una tematica così complessa, si può osservare che la ricerca di un modello socialmente orientato, che prefigura un rapporto con i corpi intermedi lontano dalla modalità semplificante e riduttiva di una certa tradizione liberista, costituisce evidentemente termine di riferimento per l'insieme delle forze a diverso titolo eredi della vicenda storica del movimento operaio europeo.

A tal riguardo estremamente significativo è il confronto e la crescente coordinazione fra il sindacato organizzato, nelle sue diverse ramificazioni nazionali, ed il vasto movimento sociale che si è sviluppato a ridosso delle politiche di regolazione improntate ad una visione neo-liberista della globalizzazione; un processo nel quale, sia pure in modo forse ancora confuso ed ambiguo, sembrano intrecciarsi rivendicazioni tipicamente "difensive" e domande di tutela nuove, che vedono crescere il bisogno di "sindacato" fra le diverse anime del lavoro "sociologicamente subordinato", prefigurando un'alleanza fra lavoratori stabili e precari, fra ceti garantiti e non garantiti, nella comune ricerca di una "universalità dei diritti".

Elemento di unificazione degli interessi dei diversi sindacati nazionali e delle forze sociali interessate ad un processo di costruzione di corpi intermedi nella dimensione europea e comunitaria, ad un'organizzazione di interessi in forma coalizzata, la questione dei diritti scatuisce in effetti proprio dalla crisi del compromesso fordista.

Sullo sfondo campeggia, naturalmente, la crisi del modello rappresentativo tarato sui caratteri specifici della produzione di massa, che ha dato luogo ad un dibattito giussindacale oramai "storico", correlato alla scomposizione ed alla segmentazione del corpo sociale, al rovesciamento dell'universo di classe in un pluri-verso di esperienze, interessi, destini sociali (v. da ultimo Leonardi 2001).

La crisi del fordismo interrompe il circuito fra soggettività sociale e rappresentanza, ma la globalizzazione ne ricostituisce un altro, fondato sulla capacità di attraversare le diverse scansioni sociali e di rideterminare un'unità del corpo sociale a partire proprio dalle diversità e dal "molteplice", attorno al grande tema dei diritti, che sembra essere l'elemento centrale della nuova fase di aggregazione sociale.

Indubbiamente il processo aperto a Nizza mette in moto le dinamiche sociali, e pour cause, dovendo definirsi gli elementi direttivi del compromesso fra capitale e lavoro e dell'equilibrio più in generale fra lo stato e gli interessi organizzati: i termini effettivi della politica sociale europea.

Uno sviluppo del tutto diverso sarebbe invece quello di una visione del ruolo dei soggetti collettivi nella sola funzione di gruppi di pressione a ridosso delle scelte legislative, in un ruolo eminentemente istituzionale e tendente ad una partecipazione alla politica sociale europea attuata esclusivamente attraverso un coinvolgimento di vertice, privo della linfa vitale derivante da una capacità di rappresentanza sociale più ampia.

Il problema della identità delle organizzazioni rappresentative a livello europeo non può che dialetticamente correlarsi al quadro complessivo che si è appena delineato.

Tuttavia occorre notare che già si sono prodotti sviluppi significativi verso una strutturazione delle forze sociali che prefigura soggetti rappresentativi frutto della coalizione delle diverse forze sindacali nazionali e delle associazioni imprenditoriali. La situazione attuale vede, come è noto, da un lato una sorta di "confederazione di secondo grado" (Nunin 2001a) dotata di regole interne maggioritarie che consentono lo svolgimento di una valida dialettica contrattuale, e dall'altro un raggruppamento delle diverse associazioni imprenditoriali, che pur raccogliendo vasta adesione non ha però ancora risolto il problema del mandato a negoziare e dell'individuazione di corrette regole democratiche al proprio interno, sposando una concezione meramente sussidiaria del dialogo sociale ed una visione minimalista della stessa politica sociale europea.

In realtà, anche a livello sindacale non del tutto chiara è la questione del collegamento fra la confederazione europea ed i ceti sociali a cui si riferisce, con indubbe ricadute sui termini della rappresentatività sindacale e con una sostanziale delegazione dei poteri negoziali, dando luogo ad una situazione spuria, priva di meccanismi in qualche modo riconducibili alle diverse modalità nazionali di funzionamento della rappresentanza sindacale (Lo Faro 1999).

Quanto alla questione sempre centrale e determinante della rappresentatività sindacale, è il caso di ricordare come sia l'APS che il successivo Trattato nulla dispongano circa i requisiti soggettivi degli attori collettivi chiamati ad interagire con le istituzioni comunitarie.

Ciò, come si è notato, è in realtà il prodotto della stessa natura del diritto del lavoro europeo, "che intende garantire un equilibrio fra accentramento e decentramento normativo, fra unità e pluralità degli ordinamenti" (Arrigo 2000). E nell'impossibilità di individuare un modello omogeneo fra i diversi paesi europei la commissione, dovendo pur risolvere in qualche modo il problema della selezione degli attori collettivi, ha così adottato criteri di verifica "derivanti da tematiche di carattere essenzialmente nazionali, solo parzialmente assimilabili a quelle rilevanti in ambito comunitario" (Lo Faro 1999).

A tal riguardo si veda, in particolare COM(93) 600 def. del 14 dicembre 1993 (qui criteri selettivi venivano individuati: a) nell'essere le organizzazioni considerate interprofessionali, settoriali o di categoria e nell'essere organizzate a livello europeo; b) nell'essere organismi composti da organizzazioni riconosciute come parte integrante delle strutture delle parti sociali degli stati membri ed aventi capacità di negoziare accordi; inoltre, nell'essere per quanto possibile rappresentative di tutti gli stati membri; c) nell'essere idonee a garantire una partecipazione efficace al processo di applicazione dell'APS) e poi la decisione del 17 giugno 1998 del Tribunale di primo grado della CE ove è stata elaborata una nozione di rappresentatività cumulativa sufficiente che riprendeva i criteri già indicati dalla commissione, sia pur "rimodulandoli" (Nunin 2001a).

Giova osservare che la commissione è ritornata successivamente sul problema-rappresentatività, ed è interessante notare come la commissione abbia riguardato la verifica della rappresentatività

sindacale come una specifica modalità per garantire la democraticità ed un adeguato consenso alle misure di politica sociale: v. COM(96) 448 def. del 18 settembre 1996 e COM(98) 322 def. del 20 maggio 1998.

8. La concertazione territoriale: l'esperienza dei patti sociali.

Il I rapporto della Commissione europea sul lavoro e sulle relazioni industriali (COM 2000 113 def. del 6 marzo 2000) ha alimentato il dibattito circa il futuro delle relazioni industriali europee ed in concreto circa il ruolo dei soggetti collettivi nell'ambito della strategia comunitaria per l'occupazione e la politica sociale.

Appare utile osservare come nell'ambito del documento della commissione, la concertazione sociale e più in generale un metodo di governance basato sul partenariato sociale siano espressamente assunti quali elementi strategici di regolazione nell'epoca della globalizzazione.

Fra le tre diverse "leve" di regolazione sociale, storicamente definitesi - quella dello stato gestore e distributore, quella che avviene attraverso il mercato e quella frutto della cooperazione e reciprocità fra i gruppi di interesse - la Comunità, pur nel quadro di una situazione fluida ed esposta ai mutevoli equilibri politici che non suggerisce toni assertivi, sembra aver scelto in modo piuttosto netto quest'ultima (Caruso 2001).

Come si è notato, questa scelta appare consona all'evoluzione interna agli stati nazionali, ove il fenomeno della concertazione sociale, diversamente dal modello neocorporativo degli anni ottanta, sembra ispirarsi ad una sorta di decentramento organizzato, che vede estendersi dal centro alla periferia il metodo concertativo, nell'ambito delle guide-lines fissate dal centro (Caruso 2001).

Particolare rilievo, a questo fine, ha assunto la diffusione fra gli stati membri di patti sociali che, in un'ottica di "tripartitismo", affrontano le dinamiche dell'occupazione, del controllo dell'inflazione, della modernizzazione dei sistemi di protezione sociale, prefigurando in tal modo una nuova fase delle relazioni industriali europee. Le parti sono chiamate ad intervenire in settori tradizionalmente riservati all'azione pubblica - la politica a favore dell'occupazione o gli orientamenti di politica economica - accettando in contropartita di negoziare "al di fuori dell'autonomia contrattuale orientamenti quadro relativi all'evoluzione salariale o all'adattamento del funzionamento del mercato del lavoro".

Sembra dunque affermarsi una strategia di "partenariato", di cui l'espressione più marcata sono appunto i "patti della seconda generazione", che rinnova l'importanza del dialogo sociale e della concertazione; un movimento, questo, che da modalità di partecipazione delle parti sociali alle decisioni di natura settoriale riguardanti la sfera degli interessi collettivi organizzati, evolve verso dinamiche più ampie, che riguardano tendenzialmente l'intera comunità.

Il movimento per l'adozione dei patti sociali, che si è sviluppato fra i diversi stati, ha suscitato così un approccio parallelo a livello comunitario, ove si è assistito all'elaborazione di un patto europeo per l'occupazione che tenta di riprodurre le virtuose esperienze nazionali. Una strategia, questa, che ha comportato il rafforzamento delle sedi per la concertazione e la creazione di nuove strutture a livello comunitario, per coniugare sviluppo economico e politiche dell'occupazione.

Come è chiaro, i patti sociali sono un fenomeno del tutto diverso dalla contrattazione collettiva, in quanto si svolgono generalmente fra un numero di soggetti maggiore rispetto alle due parti

sociali normalmente coinvolte nella contrattazione; il terzo attore è in genere lo stato oppure una pluralità di istituzioni ed organizzazioni locali, come nei patti territoriali (Regini 2001).

Si tratta di una tecnica che ricorda quella concertazione tripartita emersa negli anni '70, ma che indubbiamente si differenzia da questa per il fatto che non presenta più in modo marcato elementi di scambio politico (Regini).

In un contesto dominato da una scarsità di risorse e di benefici a breve termine, i patti sociali implicano infatti una sorta di trasferimento di poteri regolativi agli interessi organizzati all'interno di un quadro di politiche condivise finalizzate al successo competitivo e produttivo, mentre vengono meno quei peculiari obiettivi di tipo protettivo e redistributivo, legati ad una logica di fondo promozionale, della vecchia concertazione (Regini 2001, Caruso 2001).

Sul piano complessivo, lo sviluppo dei patti ed il metodo istituzionale concertativo invalso a livello europeo costituiscono la traccia di un disegno di integrazione europea "gradualistica", basato su una sorta di coordinamento delle diverse realtà nazionali.

In tale strategia, il decentramento organizzato dei sistemi di relazioni industriali, e le articolazioni territoriali attraverso i patti della II generazione, mettono in campo nuovi protagonisti sociali e nuove strategie regolative, delineando una risposta di tipo nuovo alla crisi dello stato keynesiano e favorendo un processo di specializzazione e differenziazione settoriale/territoriale. In quest'ottica, sul piano delle relazioni industriali potrebbe essere smentita la deriva, a volte evocata, di una frantumazione delle diverse identità nazionali, affermandosi un quadro compatibile con la conservazione dei due "pilastri delle fonti del diritto del lavoro: la norma di legge statale, generale ed astratta e la norma standard del contratto nazionale" (Caruso 2001).

Nell'ambito dei patti sociali di II generazione, vengono ricompresi in particolare i patti per l'occupazione e la competitività ed i patti territoriali per l'occupazione, accomunati sul piano funzionale dall'esigenza di introdurre con il metodo della concertazione forme di flessibilità microeconomica e, sul piano delle regole, una destandardizzazione ed una conseguente differenziazione regolativa.

a) i patti per l'occupazione

Questi moduli ricordano la contrattazione di tipo cooperativo-concessiva che si è sviluppata negli anni ottanta nel segno della ristrutturazione delle grandi imprese, tuttavia non appaiono una risposta puramente difensiva. Si tratta invece di un modello piegato all'esigenza di garantire alle imprese crescenti quote di flessibilità interna ai fini della competitività, riguardata come interesse comune del sindacato e delle imprese.

L'adozione dei patti a livello d'impresa configura quindi una modalità di superamento dei vincoli legali e contrattuali, attuata con una tecnica volta ad ottenere il coinvolgimento dei lavoratori ed il loro consenso alla deroga degli standards normativi di fonte statuale e negoziale. (Caruso 2001).

Quanto ai suoi contenuti, questo fenomeno costituisce elemento strategico del processo di adattamento dell'impresa al mercato imposto dalla competizione su scala globale, in un'ottica di "funzionalizzazione" della contrattazione collettiva; nel contempo, essi sono strumento di realizzazione dell'interesse collettivo alla tutela dell'occupazione.

Si tratta dunque di una fattispecie che conferma la funzione incentivante e promozionale della

legge, nel quadro di una destandardizzazione e di una tendenza al decentramento della contrattazione collettiva finalizzata agli obiettivi microeconomici.

b) i patti territoriali per l'occupazione

Mentre i POC sono caratterizzati da una struttura bilaterale ed il ruolo degli attori pubblici è scarsamente visibile, nei patti territoriali si realizza pienamente quella struttura trilaterale della negoziazione sociale che implica l'assunzione di impegni diretti e spesso solenni da parte del potere pubblico, determinando una più marcata cifra istituzionale (Caruso 2001).

Come è noto, la stagione dei patti territoriali in Italia coincide con la scelta, sancita dal Patto del 23 dicembre 1998, di procedere ad una piena legittimazione istituzionale della concertazione locale, coinvolgendo in un processo di "mobilitazione" delle risorse territoriali per lo sviluppo le forze sociali e le istituzioni locali. In questo modo "il metodo della concertazione" diventa, a livello locale, un elemento determinante del circuito della decisione politico-economica", mentre a livello giuridico "la concertazione si delinea come un elemento integrativo della fattispecie complessa che produce la decisione amministrativa e i relativi effetti giuridici del patto formalizzato": in altri termini la concertazione territoriale "esce dal limbo della irrilevanza giuridica e della rilevanza solo politica, proponendo una dimensione giuridica sua propria: l'accordo di concertazione è termine di efficacia del patto territoriale" (Caruso 2001).

La sfera della concertazione locale costituisce dunque espressione di un metodo di governo volto alla "contrattualizzazione" delle politiche pubbliche, raffigurando sul piano regolatorio una linea sostanzialmente mediana fra il mercato e lo stato.

Funzionalmente i patti sociali si fanno carico di modulare a livello micro le scelte macropolitiche dei patti sociali nazionali (v. Patto del '98) e strutturalmente propongono il coinvolgimento delle parti sociali nella gestione del mercato del lavoro locale, ma su un piano esterno alla sfera pubblica ed amministrativa (Caruso 2001).

9. Alcune provvisorie conclusioni.

Quanto agli effetti di queste linee di tendenza, riassunte nei loro caratteri essenziali, si può ragionevolmente ritenere che contribuiscano a ridurre la centralità del contratto nazionale. Un ruolo messo in discussione da un doppio versante, secondo modalità ancora non decifrabili e tuttavia certamente non irrilevanti, anche a voler evitare ogni nesso meccanicistico fra riforme istituzionali e struttura contrattuale. In generale non è però azzardato ritenere che quanto più deciso risulterà il decentramento dei poteri e delle competenze regolatorie sul mercato del lavoro, quanto più marcate le differenziazioni regionali, tanto più precario sarà l'equilibrio fondato sulla conformazione settoriale operata dal contratto nazionale.

Evidentemente il contratto nazionale, basato su una logica di regolazione verticale e non orizzontale, non può che essere messo in difficoltà di fronte alla domanda di un intervento dinamico e flessibile in relazione agli equilibri del mercato locale del lavoro esterno all'impresa (Caruso 2001).

Ovviamente questo processo implica altresì una ridefinizione dei modelli storici della rappresentanza sindacale, centrati sulla contrattazione verticale, ed una redistribuzione di poteri e competenze a favore dei livelli orizzontali e territoriali.

Un assetto complessivo in cui locale e globale, poteri regionali e competenze comunitarie entrano in comunicazione “saltando” il diaframma statale, non può che incidere sui caratteri della rappresentanza. Il quadro della concertazione locale e l'inserimento del sindacato nella logica partecipativa a livello territoriale, appaiono elementi direttivi di un possibile rinnovamento della rappresentanza “storica”, volta alla aggregazione ed alla raffigurazione di interessi collettivi delimitati dal perimetro dell'azienda e sostanzialmente omogenei, a cui spetta ora organizzare e sintetizzare interessi disaggregati e potenzialmente conflittuali, diluiti sul territorio, a mediare “fra interessi generali, particolari e differenziati” svolgendo un ruolo politico-istituzionale.

Ma tornando alla crisi della concertazione sociale ed all'inferenza dei nuovi equilibri politico-istituzionali, indubbiamente nell'ambito del disegno comunitario concertazione e dialogo sociale costituiscono elementi non disgiungibili, finalizzati alla promozione ed al sostegno del ruolo del sindacato nell'ambito della strategia comunitaria.

In realtà, il tentativo di “trasposizione” della tecnica comunitaria del dialogo sociale comunitario è elusivo del fatto che, nel contesto europeo, questa specifica modalità di relazione fra le parti si inserisce in un coerente processo di valorizzazione e sviluppo dei corpi intermedi, ove il principio di sussidiarietà è elemento direttivo di un metodo di governance reso più democratico, allargato e partecipativo attraverso il riconoscimento delle potenzialità di auto-regolazione delle parti sociali.

In un contesto del tutto diverso, quale è quello che si delinea attualmente, il dialogo sociale appare viceversa strumento di una restrizione e di un effettivo ridimensionamento del ruolo dei corpi intermedi, e questa inversione sarebbe sufficiente per respingere l'accostamento fra il dialogo sociale comunitario e la visione minimalista in auge.

Dialogo sociale e concertazione sono, nella dimensione europea, reciprocamente funzionali, interattivi, elementi di un unico ed ininterrotto circuito di scambio fra l'ordinamento giuridico comunitario e la sfera negoziale delle parti, a cui si assegna, come si è avuto modo di chiarire, una responsabilità diretta di partecipazione alla strategia ed agli obiettivi dell'azione comunitaria.

Gli sviluppi più recenti - l'assunzione del problema dell'occupazione come elemento centrale del programma di coesione sociale, la adozione del metodo dei patti sociali per la realizzazione di un tale programma - costituiscono in effetti elementi difficilmente conciliabili con la cancellazione o comunque il ridimensionamento della concertazione quale specifica modalità di relazione fra lo stato e le parti sociali.

Di fronte alla scelta di spostare a livello territoriale il baricentro delle pratiche istituzionali di concertazione, e di fronte altresì allo sviluppo di una prospettiva consensuale, negoziata, di gestione della fase “sociale” di unificazione europea, l'asfittico e settoriale “dialogo sociale” proposto appare chiaramente come una controtendenza di difficile compatibilità con il quadro complessivo.

Si può dunque agevolmente sfatare l'idea che il dialogo sociale, in quanto surrogato di una prassi comunitaria, sia il degno erede della concertazione nella nuova congiuntura di una “politica per la competitività”, succedanea all'esigenza di regolazione centralistica attuata mediante la “politica dei redditi” invalsa con il protocollo del 23 luglio 1993.

In realtà, se è evidentemente chiaro - a questo punto della nostra illustrazione - che la concertazione, così come intesa dalle parti sociali nella prima metà degli anni novanta, in quanto volta ad implementare dinamiche contrattuali controllate dal centro, a costituire un ponte di comando

sulle variabili salariali, sia oramai anacronistica, è altrettanto evidente che la concertazione praticata dalle parti sociali e dalle istituzioni pubbliche a livello locale, sia invece di pregnante attualità quale fattore di sviluppo e di ammodernamento del mercato del lavoro, specialmente in un paese quale il nostro storicamente caratterizzato da un marcato dualismo economico-sociale. Del tutto sottovalutate, in tale prospettiva, sono le potenzialità implicite della concertazione per valorizzare quei processi di diversificazione indotti dalle politiche di sviluppo territoriale, sempre più dipendenti dal rapporto fra iniziativa comunitaria ed interventi locali, con ridottissimi diaframmi statuali. L'ipotesi di lavoro del Libro bianco appare dunque quanto meno troppo rigida nel mettere in campo un modello generale di relazione fra le parti sociali e l'autorità pubblica, senza distinzione fra centro e periferia, senza guardare in modo articolato e diversificato alle esperienze che a livello comunitario, nazionale e locale si sono prodotte nell'ultimo decennio.

Come si è già notato con l'ausilio della dottrina, nel suo complesso questo processo implica un mutamento del ruolo del sindacato, nell'ottica del "partenariato sociale", che guarda ai soggetti collettivi alla stregua di interlocutori essenziali della politica sociale, a livello globale ed a livello locale; un processo, questo, in antitesi al progetto di condurre le relazioni industriali ad una logica settoriale e frammentata, sotto il dominio dei principi privatistico-associativi, proposto dal Libro bianco.

Questa tendenza a riportare i soggetti collettivi alla loro natura di associazioni in senso stretto, con rilievo eminentemente settoriale, è lontana dalla scelta di politica del diritto, fatta propria dal legislatore, di inserire viceversa il sindacato in una dinamica di rappresentanza sociale ampia, generale e non particolare, quale soggetto rappresentativo di interessi non coincidenti soltanto con i gruppi che vi aderiscono e tendenzialmente riferibili all'intera collettività, che ha contrassegnato una lunga fase della legislazione sindacale. Ed è lontana altresì dalla esperienza più recente dei patti sociali, ove la rappresentanza sindacale, inserita nella sfera della decisione pubblica nell'ambito delle politiche per lo sviluppo, assume una più marcata caratterizzazione politico-istituzionale.

Si può fondatamente ritenere che questa impostazione, perseguita dalle imprese e dalla compagine governativa, sia potenzialmente destabilizzante nei confronti di un simile meccanismo cooperativo, che richiede evidentemente una situazione di relativa pace sociale e soprattutto la definizione di un comune quadro di riferimento fra gli attori sociali.

Il tentativo di disarticolare ed alterare i meccanismi di scambio fra sistema generale e sistema contrattuale, fra l'ordinamento giuridico statale e l'ordinamento intersindacale, che viene così perseguito, comporta però inevitabilmente una concentrazione delle dinamiche regolative a livello politico e statale, con una restrizione della loro legittimazione sociale, il che è esattamente il contrario di quanto si verifica a livello comunitario.

Il paradosso è che questa inversione viene a cadere nel momento in cui più debole è il centro politico-statale di direzione dei processi normativi, sia per effetto dell'attrazione dall'alto esercitata dalla comunità europea, a cui gli stati membri cedono quote di sovranità di un certo rilievo quanto ad interventi in materia di politica sociale, sia per il nuovo assetto federale dello stato, che conferisce alle regioni ampi poteri in materia, se non anche una potestà legislativa incontrastata nel campo della disciplina normativa del rapporto di lavoro, come da alcune parti viene sostenuto.

In definitiva, la nuova fase in cui viene a svilupparsi la dinamica delle relazioni industriali appare

contrassegnata da un'elevata instabilità e dall'emergere di conflitti politico-istituzionali di un certo rilievo, fra due diversi termini dell'equilibrio complessivo: l'uno, centrato sulla partecipazione organizzata dei soggetti collettivi, sulla loro corresponsabilità, nell'ottica di un'effettiva coesione sociale a livello comunitario, che guarda al rapporto con i corpi intermedi in una logica pluralista ed inclusiva; l'altro, denotativo di un assetto centrato invece sulla restrizione del ruolo dei soggetti del pluralismo, sulla semplificazione dei meccanismi di scambio fra la sfera pubblica ed il mondo degli interessi organizzati.

Guardando all'equilibrio tutto sommato coerente che intercorre fra le prospettive di sviluppo a livello comunitario ed il nuovo ruolo delle istituzioni locali, potrebbe delinearsi una situazione in cui il parlamento nazionale finisca per svolgere una funzione di freno e di rallentamento, disarticolante, del progetto di coesione sociale perseguito attraverso il raccordo fra "protagonismo" locale e quadro comunitario.

È dunque un'evoluzione che sposta all'indietro i termini del compromesso sociale alterandone le dinamiche e generando uno scontro fra concezioni profondamente dissimili. Si tratta di uno scontro drammatico e tuttavia avvincente, che si inserisce in un più vasto confronto fra prospettive antitetiche, in cui viene in gioco la concezione della democrazia ed il ruolo dello stato: temi su cui, come è noto, ogni mediazione è estremamente complicata e di difficile soluzione.

10. Bibliografia.

Arrigo G. (2000), Rappresentatività, contratto collettivo e processo di determinazione delle fonti del diritto del lavoro comunitario, in Riv.giur.lav. 2000, 3

Biagi M. (2001), Competitività e risorse umane: modernizzare la regolazione dei rapporti di lavoro, in Riv.it.dir.lav. 2001, 3, parte I, pag. 257 ss.

Campanella P. (2002), Il libro bianco e il disegno di legge delega in tema di mercato del lavoro, in Lav. Giur., 1

Carinci F. (1999), Parlamento e concertazione, in Quaderni di Argomenti di diritto del lavoro, 1999

Caruso B. (1992), Rappresentanza sindacale e consenso, Milano FrancoAngeli 1992

Caruso B. (2000), Alla ricerca della flessibilità mite: il terzo pilastro delle politiche del lavoro comunitarie, in Dir.Rel.Ind., 2000, pag. 141 ss.

Caruso B. (2001), Patti sociali decentrati, sindacato e contrattazione collettiva in Dir.Rel.Ind., 2001, 4

D'Acunto S. (2002), Efficienza microeconomica versus efficienza sistemica? Note in margine al libro bianco del Ministero del lavoro, working paper

D'Antona M. (1994), Chi ha paura della sussidiarietà?, in Lav.dir. 1994

D'Antona M. (1998), Il quarto comma dell'art. 39 della Costituzione, oggi, in Giorn. dir. lav. rel. ind., 1998, 4, 665 ss.

D'Antona M. (1998), Contrattazione collettiva e concertazione della formazione del diritto sociale europeo in Lettieri-Romagnoli (a cura di) La contrattazione collettiva in Europa, Roma Ediesse 1998 pag. 101 ss.

- De Luca Tamajo R. (1999), *Intervento in Parlamento e concertazione*, in Quaderni di Argomenti di diritto del lavoro, 1999
- Ferraro G. (2002), *Sviluppo ed occupazione fra europeismo e localismi*, working paper, disponibile sul sito www.sole.unina.it
- Ghera E. (1999), *Intervento in Parlamento e concertazione*, in Quaderni di Argomenti di diritto del lavoro, 1999
- Ghezzi G. (2002) *Introduzione al dibattito sul Libro bianco del Governo* in Riv. Giur. Lav. 2002, 1
- Giugni G. (2001), *Intervista* in Quaderni di rassegna sindacale, 2001, 4, pag. 17 ss.
- Lo Faro A. (1999), *Funzioni e finzioni della contrattazione collettiva comunitaria*, Giuffrè Milano 1999
- Lo Faro A. (2001), *Europei, comunitari e comunitarizzati: i contratti collettivi nell'era della sopranazionalità*, in Riv.giur.lav., 4, 861 ss.
- Leonardi S. (2001) *Sindacato, lavoro e classi sociali* in Riv.giur.lav. 2001, 2, I, p. 151 ss.
- Mariucci L. (2002), *La forza di un pensiero debole. Una critica del "Libro bianco del lavoro"* in Lav. Dir, 2002, 1, 3 ss
- Nunin R. (2001a), *Il dialogo sociale europeo*, Milano Giuffrè 2001,
- Nunin R. (2001b), *Sindacato in Europa*, Milano Giuffrè 2001
- Regini M. (2001), *I patti sociali nel rapporto della commissione europea sulle relazioni industriali in Europa* in Diritto delle relazioni industriali, 2001, 4
- Regini M. (2002), *Tendenze comuni e differenze nella regolazione del mercato del lavoro e delle relazioni industriali in Europa*, working paper, maggio 2002, disponibile sul sito www.lex.unict.it/eurolabor
- Rusciano M. (1984), *Contratto collettivo e autonomia sindacale*, Torino Utet 1984
- Sciarra S. (1990), *La libertà sindacale nell'Europa sociale*, Giorn.dir.lav.rel.ind. 1990
- Vardaro G. (1987), *Nuove regole dell'organizzazione sindacale* in Lav.Dir. 1988, 2, pag. 218 ss.
- Veneziani B. (1998), *Dal dialogo sociale alla contrattazione collettiva nella fase della trasformazione istituzionale dell'Unione europea* in Riv.giur.lav. 1998, I, pag. 239 ss.
- Veneziani B. (2000), *Nel nome di Erasmo da Rotterdam. La faticosa marcia dei diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in Riv.giur.lav., 2000, I, pag. 779 ss.

La Riforma dell'art. 117 della Costituzione italiana dal punto di vista del diritto del lavoro: aspetti di diritto comparato*

Ulrich Runggaldier

(traduzione a cura del Dott. Giorgio Fuga)

1. Attraverso la legge costituzionale del 18 ottobre 2001 n. 3 (G.U. n. 248 del 24 ottobre 2001) il Parlamento italiano ha attribuito alle regioni ulteriori competenze legislative ed amministrative e pertanto posto le basi per una svolta verso uno stato federale. In particolare il principio della competenza generale dello stato centrale con una enumerazione tassativa delle competenze attribuite agli enti territoriali, principio tradizionalmente tipico di uno stato unitario, è stato sostituito con il principio, tipico degli stati federali, della competenza generale delle regioni, salvo quelle materie per cui la competenza legislativa venga espressamente riservata allo Stato (cfr. la nuova versione dell'art. 117 della Costituzione italiana).

Nel dettaglio la citata legge costituzionale n. 3 prevede una serie di materie che sono riservate alla competenza legislativa esclusiva dello Stato, e altre materie per le quali si prevede una competenza legislativa concorrente delle regioni (art. 117 della Costituzione italiana nella versione vigente). L'esercizio della competenza legislativa concorrente da parte delle regioni secondo la legge costituzionale non è solo limitato dal rispetto delle disposizioni costituzionali e dei principi generali della Comunità europea; il suo esercizio deve inoltre avvenire nel rispetto dei principi fondamentali che stabiliscono leggi nazionali nelle rispettive materie. Contenuto e portata dei principi fondamentali non sono precisati nella legge costituzionale. Sarà pertanto compito della Corte costituzionale e della dottrina quello di concretizzare questi limiti in sede interpretativa. È ancora poco chiaro in quale direzione si volga l'opera interpretativa della giurisprudenza e della dottrina.

Nella prospettiva della Provincia di Bolzano va preso in considerazione anche l'art. 10 della legge costituzionale n. 3. Secondo questa norma le disposizioni della legge costituzionale vanno applicate alle regioni con statuto speciale e alle province autonome di Trento e Bolzano solo in quanto prevedano competenze ulteriori per questi enti territoriali rispetto a quelle che sono già loro attribuite. Questo vale però solo fino a che gli Statuti dei citati enti territoriali non vengano all'uopo modificati.

Per il convegno odierno risulta rilevante la nuova versione dell'art. 117 della Costituzione, nel quale viene attribuita alle regioni una competenza concorrente in materia di "tutela e sicurezza

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 6/2002

del lavoro". Poiché questo concetto va oltre l'ambito di competenze legislative in materia di diritto del lavoro finora attribuite alla provincia di Bolzano dallo Statuto di autonomia (in particolare mi riferisco agli art. 8, comma 23 e 9, comma 4 e 5 dello Statuto d'autonomia) risulta utile prendere parte al dibattito già sviluppatosi in Italia sulla portata della nuova norma. Questo convegno vuole fornire un contributo in questo senso. Con funzione introduttiva verranno analizzate le norme sulla distribuzione delle competenze tra Stato ed enti territoriali in materia di diritto del lavoro in alcuni stati europei. Un'analisi di questi modelli può infatti arricchire il dibattito sull'interpretazione del concetto di "tutela e sicurezza del lavoro" e allo stesso tempo fornire un aiuto nel tentativo di una più precisa determinazione del contenuto e dei confini della competenza legislativa statale sui "principi fondamentali". Si tenterà di fare ciò secondo quanto segue:

2. Se si leggono le disposizioni sulla distribuzione delle competenze legislative delle norme costituzionali della Repubblica federale tedesca, dell'Austria, della Svizzera e della Spagna, risulta evidente che di regola il diritto del lavoro non viene considerato come una materia unitaria e monolitica, ma che si differenzia in relazioni ai contenuti di questa materia. In particolare risulta che, con l'eccezione della Costituzione spagnola, a fianco del diritto individuale del lavoro in senso stretto, vengono citati anche la tutela sulla salute e sicurezza dei lavoratori, il diritto sindacale, le norme che disciplinano le relazioni industriali in azienda e le norme sull'intervento pubblico nel mercato del lavoro e l'intermediazione. La competenza legislativa su queste diverse materie non viene sempre attribuita in modo unitario, pertanto risulta utile analizzare singolarmente queste aree del "diritto del lavoro". Va subito detto che la considerazione del diritto individuale del lavoro è quella che dà luogo a maggiori problemi. Ciò è dovuto al fatto che tradizionalmente il diritto individuale del lavoro viene considerato parte del diritto civile. Un indizio in questo senso è dato dalla sua almeno parziale disciplina nell'ambito dei codici civili (in particolare nei paragrafi 611 e ss. del BGB tedesco, negli articoli 319 e ss. del codice svizzero, nei paragrafi 1151 e ss. del codice civile austriaco e negli articoli 2094 e ss. del codice civile italiano). Ciononostante una parte della dottrina lavoristica sostiene l'autonomia del diritto del lavoro e quindi anche del diritto individuale del lavoro (nell'ambito della dottrina tedesca quest'opinione viene sostenuta in particolar modo da *Gamillscheg*). Se pertanto nell'ambito di una Costituzione venga attribuita allo Stato la competenza legislativa in diritto civile, invece alle regioni quella in materia di diritto del lavoro, si pone la questione se il diritto individuale del lavoro sia da considerarsi ricompreso nel concetto di diritto civile e pertanto oggetto della legislazione nazionale, oppure se debba essere considerato come "diritto del lavoro" e quindi rientrante nella sfera di competenza delle regioni. La risposta è data dalla risoluzione del problema posto in precedenza. Inoltre, soprattutto nei paesi di lingua tedesca, si è dibattuto sulla riconducibilità o meno delle norme sulle relazioni industriali (*Betriebsverfassungsrecht*), il diritto di sciopero e il diritto sindacale alla nozione di diritto del lavoro ai fini della distribuzione delle competenze. Questo problema dovrebbe essere, tra le altre ragioni, all'origine della scelta di citare in modo autonomo o quanto meno parzialmente autonomo queste materie nella Costituzione svizzera del 1999 e in quella tedesca.

In un'analisi dei sistemi giuridici oggetto di comparazione risulta quanto segue:

a) Secondo il diritto tedesco la competenza legislativa concorrente dei Länder comprende "il diritto del lavoro oltre alla *Betriebsverfassung*, la tutela della salute e sicurezza dei lavoratori e l'intermediazione nel lavoro" (art. 74, 1 comma, n. 12 della Costituzione tedesca). Il concetto di competenza legislativa concorrente non va inteso nel senso del sistema giuridico italiano, in Germania

secondo l'art. 72 afferma che "nell'ambito della legislazione concorrente i Länder (hanno) protetta legislativa, fino a che e nei limiti in cui il legislatore federale faccia della propria competenza legislativa". Disposizioni di principio (come i "principi fondamentali" italiani) sono ammesse solo nei limiti dell'art. 75 della Costituzione.

Risulta certamente problematico determinare gli aspetti del diritto del lavoro, in relazione ai quali lo stato federale non abbia (ancora) fatto uso della propria competenza legislativa. Secondo l'importante decisione della Corte costituzionale tedesca del 15 dicembre 1987 (BVerfGE 77, 308 e ss., 329), risulta rilevante la completezza della disciplina federale. Pertanto la materia della formazione professionale non risulta regolata in materia completa nella legislazione federale e quindi vi è spazio per la legislazione dei Länder in materia. Bisogna ammettere che la determinazione della completezza nonostante i principi esposti nella sentenza citata rimane molto difficile nei casi concreti. La tecnica della competenza concorrente della Costituzione tedesca risulta pertanto molto problematica e non utile da imitare.

In Germania risulta prevalente la posizione secondo la quale il diritto del lavoro sia divenuto una materia giuridica autonoma e ciò non contrasta nemmeno con il principio della codificazione (in questo senso la decisione della Corte costituzionale in BVerfGE 77, 329). In particolare il BGB non contiene una codificazione del diritto individuale del lavoro. Pertanto il legislatore federale non ha regolato in modo completo il diritto individuale del lavoro. Si tratta solamente di una normativa parziale (in questo senso da ultimo *Richardi*, nel *Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht*, Bd I², 74). *Maunz* nell'autorevole commentario della Costituzione tedesca afferma in modo lapidario: "Il diritto del lavoro è divenuto una materia giuridica indipendente ed autonoma, che si colloca a fianco del diritto civile. Si tratta della disciplina dell'attività subordinata, non autonoma, diretta all'ottenimento della retribuzione". (*Maunz*, in *Maunz/Dürig/Herzog/Scholz*, GG-Kom RdN 161 zu Art 74). In questo modo risulta chiaro che anche il diritto del lavoro rientra nell'ambito dell'espressione "diritto del lavoro" usata in sede di ripartizione delle competenze legislative. Pertanto in questo ambito risulta applicabile il n.12 dell'art. 74 (quindi la norma sulla competenza in materia di diritto del lavoro) e non il n.1 sul diritto civile (trattandosi comunque anche in questo caso di competenza concorrente) (vedi *Maunz* op. cit. 169). Al contrario la disciplina del pubblico impiego e le norme sul lavoro autonomo non dovrebbero essere comprese nella fattispecie del "diritto del lavoro". Ciò deve essere sottolineato in questa sede, poiché in vari paesi europei vi è un'estensione di parti della tutela del diritto del lavoro anche a lavoratori autonomi bisognosi di tutela, simili misure legislative dovrebbero invece trovare il loro fondamento in Germania in un'altra norma.

Va inoltre sottolineato che, come già indicato, l'art. 74, primo comma, n. 12 della Costituzione per evitare dubbi si riferisce espressamente anche alla "Betriebsverfassung" (diritto sindacale), le norme sulla tutela della salute e sicurezza dei lavoratori e quelle sull'intermediazione nel lavoro. Il concetto di "Betriebsverfassung" viene inteso dalla dottrina tedesca come l'insieme di norme sulla struttura, le funzioni e i diritti dei rappresentanti dei lavoratori nelle aziende e nelle imprese e pertanto comprende anche la materia della "Mitbestimmung" (codeterminazione). Per "Arbeitsschutz" la dottrina intende le norme di diritto pubblico sulla tutela garantita ai lavoratori nei confronti dei pericoli sul lavoro (*Mainz* op. cit. 163). Si tratta in particolare della tutela tecnica sul luogo di lavoro, ma anche delle norme sull'orario di lavoro. Il concetto di "Arbeitsvermittlung" non comprende solo le norme sull'intermediazione tra lavoratori in cerca di imprese, ma anche altre materie concernenti il mercato del lavoro, perfino il lavoro interinale.

Seguendo la tesi della dottrina tedesca secondo la quale il “diritto del lavoro” comprende anche il diritto collettivo del lavoro, in particolare le norme sulla contrattazione collettiva e quelle sul diritto di sciopero, risulta che venga attribuita in principio un’estesa competenza legislativa concorrente ai Länder. In particolare questa non viene limitata dalla competenza in materia di diritto civile, anch’ essa “concorrente”. Bisogna poi aggiungere che la competenza concorrente dei Länder però di fatto non possa essere esercitata, in quanto il legislatore federale ha fatto un uso esteso della propria potestà legislativa in diritto del lavoro e quindi di fatto eliminato la possibilità di un’autonoma legislazione in materia da parte dei Länder.

b) In Austria la potestà legislativa in materia di diritto del lavoro è attribuita al legislatore federale (art. 10, comma 1, n.11 della Costituzione austriaca). Sono però esclusi dalla competenza del legislatore federale il “diritto del lavoro degli operai e degli impiegati nel settore agricolo e federale” (art. 12, comma 1, n.6 della Costituzione austriaca). Per il citato settore agricolo e forestale il legislatore federale ha competenza legislativa esclusivamente per quanto riguarda i “principi”, i “Bundesländer” sono invece competenti per emanare leggi di dettaglio (cfr. art. 12, comma 1, primo periodo della Costituzione).

La fattispecie di “diritto del lavoro” comprende secondo l’opinione prevalente tutto ciò che tradizionalmente rientra nel mercato del lavoro. Cioè il rapporto individuale di lavoro di operai ed impiegati, il lavoro a domicilio e il lavoro parasubordinato (*arbeitnehmerähnlichkeit*), il diritto sindacale, la tutela della salute e sicurezza dei lavoratori e le norme sulle relazioni industriali (cfr. Runggaldier in B-VG Kommentar, a cura di Rill e Schäffer, art. 10, comma 1, n. 11, 5). La legislazione di dettaglio ex art. 12, comma 1, n. 6 della Costituzione comprende solo, secondo l’opinione prevalente, il rapporto individuale di lavoro ed il diritto sindacale; oltre a ciò anche le norme sulla tutela della salute e sicurezza dei lavoratori, come anche il “Betriebsverfassungsrecht”, ma solo nel settore agricolo o forestale. Al contrario il rapporto individuale di lavoro degli impiegati nel settore agricolo e forestale, come parte del “diritto del lavoro”, è di competenza federale (Runggaldier op. cit. 6). Non vi sono problemi pratici nella distinzione tra “diritto del lavoro” e diritto civile, in quanto tanto il “diritto del lavoro” quanto il diritto civile sono di competenza federale. A questo riguardo va, però, sottolineato che le norme sul rapporto individuale di lavoro come diritto speciale prevalgono comunque sul diritto civile; una sua dipendenza nei confronti del diritto civile non ha luogo (cfr. *Spielbüchler*).

c) L’art. 110 della nuova Costituzione svizzera del 1999 prevede che il legislatore federale sia competente per legiferare nelle seguenti materie: “tutela dei lavoratori”, relazioni industriali e in particolare la contrattazione collettiva su questioni aziendali o professionali, sull’intermediazione nel mercato del lavoro e sull’efficacia dei contratti collettivi generali. Come presupposto per la competenza legislativa in materia di rapporto individuale di lavoro si fa riferimento all’art. 122 della nuova Costituzione, secondo il quale in materia di diritto civile è competente il legislatore federale. La disciplina legislativa del rapporto contrattuale tra il singolo datore di lavoro ed il singolo lavoratore viene considerato un aspetto di diritto civile. Di conseguenza la sua sede è quella del Codice del diritto delle obbligazioni. Al contrario, come già si è visto, secondo l’art. 110 la tutela della salute e sicurezza dei lavoratori, il diritto del mercato del lavoro e fondamentalmente anche il diritto sindacale sono oggetto di competenza legislativa concorrente. “Competenza concorrente” significa nell’ambito della Costituzione svizzera che le leggi federali prevalgono su quelle dei cantoni, cioè i cantoni possono legiferare solo se non esistono leggi federali oppure se queste

rinviano alla legislazione cantonale (cfr. In particolare le disposizioni dell'art. 49 della Costituzione). Bisogna inoltre sottolineare che in questo modo si consente una notevole influenza dei cantoni sulla legislazione federale, e anche a quella che riguarda il diritto del lavoro. Questo avviene soprattutto attraverso lo "Ständerat", nel quale sono rappresentati tutti i cantoni con due membri (i cantoni minori con un solo membro).

d) La Costituzione spagnola del 1978 prevede una decentralizzazione dell'originario stato unitario strutturato in modo centralistico, prevedendo l'esistenza di "comunità autonome" (*comunidades autónomas*), i cui Statuti possono loro attribuire tutta una serie di competenze legislative ed amministrative. Tra queste materie elencate nell'art. 148 della Costituzione spagnola, se ne trovano anche di concernenti l'area del diritto del lavoro. Dal punto di vista del diritto del lavoro risulta pertanto rilevante l'art. 149 della Costituzione che prevede la competenza legislativa esclusiva dello Stato centrale anche per il diritto del lavoro (nella norma si parla di "*legislación laboral*"; art. 149, comma 1, n. 7). Ciò non esclude però importanti competenze legislative delle "*comunidades autónomas*" anche in materia di diritto del lavoro. Rimane però da notare che anche in materia di diritto civile si pervede una competenza esclusiva dello Stato centrale (art. 149, comma 1, n.8), pertanto, almeno da un punto di vista pratico, non dovrebbero sorgere problemi di corretta determinazione dell'ambito delle norme sul rapporto individuale di lavoro (ciò se si tratti di diritto civile o diritto del lavoro). Rimane però aperta la questione se ciononostante vi siano competenze legislative delle *comunidades autónomas* in materia di mercato del lavoro. Ciò dipende da se si consideri la legislazione sul mercato del lavoro come parte della "*legislación laboral*". Se si dà una risposta affermativa si deve escludere una competenza legislativa degli enti territoriali in questa materia. Contrariamente gli Statuti potrebbero attribuire alle rispettive "*comunidades autónomas*" competenze in materia. (cfr. Olea/Rodriguez-Sanudo, a cura di Blainpain, *International Encyclopedia for Labour Law and Industrial Relations, Spain*, 119-122).

3. Traendo le conclusioni da questa breve panoramica dei sistemi giuridici federali o quasi federali di Germania, Austria, Svizzera e Spagna si può affermare quanto segue:

a) Il rapporto contrattuale di diritto privato tra datore di lavoro e lavoratore viene disciplinato nei rispettivi ordinamenti dello Stato centrale, sia in modo obbligatorio (Austria, Spagna), o almeno a causa della priorità della rispettiva legislazione federale (Svizzera, Germania). Evidentemente anche negli stati federali si considera che per motivi economici e sociali, in particolare in ragione dell'esigenza di assicurare uno spazio economico omogeneo, sia necessario un diritto del lavoro unitario per tutto il territorio nazionale. Se si fa rientrare questa competenza nell'ambito del "diritto civile" (come in Svizzera) o in quella del "diritto del lavoro", è irrilevante dal punto di vista dei risultati.

b) Tanto il sistema giuridico tedesco, come quello di Spagna, Svizzera e Austria hanno situato il diritto collettivo del lavoro nell'area della potestà legislativa dello Stato centrale. Solo in Germania ed in Svizzera è prevista a causa della competenza concorrente tra legislatore federale e Länder (o Cantoni) la possibilità di leggi regionali in questa materia. Poiché il legislatore federale in entrambi gli ordinamenti giuridici ha fatto già pieno uso delle proprie competenze, non è rimasto più, come già visto, a causa della priorità della legislazione federale alcun margine d'azione per la legislazione decentrata; pertanto l'attribuzione di competenze legislative è solo teorica. In Austria esiste una competenza legislativa delle regioni per il settore agricolo e forestale, ma anche

qui il legislatore federale attraverso una legge sui principi (Landarebeitsgesetz del 1984) che in parte contiene anche norme di dettaglio ha ridotto il margine d'azione della legislazione decentrata anche in materia di diritto collettivo del lavoro ad un livello minimo, di dubbia costituzionalità.

c) Lo stesso vale per la tutela della salute e sicurezza dei lavoratori. Anche se esiste la possibilità teorica che a causa della competenza dei "Bundesländer" austriaci limitatamente al settore agricolo di emanare "leggi di dettaglio", ciò non può verificarsi a causa del fatto che il legislatore federale abbia ampiamente fatto uso della propria (Germania e Svizzera) o a causa di una legislazione sui principi che regola anche i dettagli (Austria). Inoltre proprio in materia di tutela tecnica del lavoro la disciplina dipende in maniera significativa dalle norme comunitarie.

d) Lo stesso vale per la disciplina delle strutture e dei poteri delle rappresentanze dei lavoratori nelle aziende e nelle imprese (cioè in materia di Betriebsverfassung). Anche se qui le norme comunitarie non hanno un ruolo così importante, avendo almeno il legislatore statale la possibilità di emanare legislazione autonoma.

e) Diversa è la situazione nell'ambito della disciplina del mercato del lavoro. In principio vale quanto detto per gli altri settori del diritto del lavoro, ciononostante va detto che proprio in questa materia le funzioni amministrative, e non solo legislative, assumono particolare importanza. Proprio attraverso le funzioni amministrative è possibile rispondere alle esigenze locali del mercato del lavoro. Ciò viene qui messo in evidenza poiché negli ordinamenti giuridici presi in considerazione i Länder e le regioni hanno ampie competenze amministrative in materia.

4. Tentando di applicare le constatazioni precedentemente fatte all'interpretazione della fattispecie "tutela e sicurezza del lavoro" del nuovo art. 117 della Costituzione italiana si può affermare quanto segue:

a) Gli ordinamenti nazionali che attribuiscono allo Stato o/e alle regioni la competenza legislativa in materia di diritto del lavoro si riferiscono o in generale al "diritto del lavoro" (così in Germania e Austria) oppure al concetto di "legislazione in materia di diritto del lavoro" (così in Spagna). L'art. 110 della Costituzione svizzera è intitolato "lavoro", ma secondo l'interpretazione prevalente le norme sul rapporto individuale di lavoro non fanno capo a questa norma, ma a quella sul "diritto civile". Il riferimento a tutta l'area del diritto del lavoro attraverso l'uso di concetti come "diritto del lavoro", "legislación laboral" o "lavoro" indica la necessità di un'interpretazione restrittiva del concetto di "tutela e sicurezza del lavoro" proprio dell'art. 117 della Costituzione italiana. Se il legislatore avesse voluto far rientrare nella competenza concernente tutto il diritto del lavoro avrebbe usato una formulazione più ampia (come lavoro o lavoro subordinato), com'è accaduto in Germania. In particolare risulta discutibile se la formulazione dell'art. 117 comprenda anche le norme sul rapporto individuale e collettivo del lavoro. Per quanto riguarda le norme sul rapporto individuale di lavoro, il concetto di "tutela" può far riferimento alle sole norme che prevedono una tutela a favore del contraente debole, quindi il lavoratore. Pertanto le norme civilistiche sui contratti in generale, quelle sul diritto di sciopero e la contrattazione collettiva non sono comprese. È vero che lo sciopero e i contratti collettivi sono strumenti attraverso i quali il lavoratore risulta tutelato nei confronti della controparte, ma se il legislatore avesse voluto riferirsi al "diritto sindacale" avrebbe usato questa espressione. D'altro canto è discutibile che il diritto sindacale rientri nel concetto di "ordinamento civile" dell'art. 117 della Costituzione.

b) Il fatto che nei sistemi giuridici analizzati, tendenzialmente, tutto il diritto del lavoro rientri nella competenza legislativa dello Stato e alle regioni rimangano competenze legislative solo se il legislatore federale non faccia uso della propria competenza o nei limiti dei principi da questo forniti, porta alla conclusione che negli stati federali il lavoro subordinato debba essere disciplinato in modo unitario a livello nazionale. Solo in aspetti marginali o nell'ambito della competenza amministrativa possono esserci margini d'azione per le regioni. Tutto ciò significa che la comparazione con altri sistemi giuridici induce ad un'interpretazione restrittiva del concetto di "tutela e sicurezza del lavoro".

c) Questo risultato non ci deve però impedire di verificare fino a che punto possano i legislatori regionali ragionevolmente intervenire. Proprio in materia di mercato del lavoro sarebbero auspicabili norme decentrate. Lo stesso per la formazione professionale. Per quanto riguarda l'Alto Adige si tratta di estendere le competenze attualmente attribuite dallo Statuto.