

Il contratto collettivo nell'ordinamento dell'Unione europea*

Bruno Caruso- Anna Alaimo

1. Contrattazione collettiva e dialogo sociale: la dimensione ermeneutico-lessicale	273
1.1 (segue) ... sistematico-ordinamentale	276
1.2. (segue)... storica (rinvio)	277
1.3. (segue) ...e "funzionale"	278
3. L'evoluzione del dialogo sociale. La prima fase: dal "processo di Val Duchesse" (1985) all'Atto Unico Europeo (1986)	288
4. La seconda fase: gli artt. 3 e 4 dell'Accordo sulla Politica Sociale (attuali artt. 154-155 TFUE): (a) dialogo sociale e "procedimento integrato"	289
4.1. La consultazione	290
4.2. La rappresentatività degli attori	290
4.3. La negoziazione dopo la consultazione	293
5. (b) Il dialogo sociale volontario	295
6. Dalla rilevanza all'efficacia giuridica degli accordi collettivi europei (euro-agreements) I meccanismi di attuazione negli ordinamenti nazionali	296
6.1. L'attuazione degli accordi collettivi europei: a) secondo le procedure proprie delle parti sociali e degli Stati membri (rinvio); b) in base ad una decisione del Consiglio	298
7. La terza fase: la negoziazione collettiva "volontaria" e "autonoma"	302
7.1. I risultati del dialogo volontario e autonomo ai vari livelli: il livello intersettoriale	305
7.2. (segue) Il dialogo sociale settoriale	308
8. Efficacia giuridica degli accordi autonomi: a) nell'ordinamento dell'U.E.	310
8.1. (segue) b) ...e negli ordinamenti nazionali	313
9. La negoziazione collettiva "autonoma" a livello di impresa transnazionale: i "transnational texts"	319
10. La negoziazione collettiva come diritto sociale: diritto di negoziazione versus principi di libera concorrenza e libertà economiche	323

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 87/2011

1. Contrattazione collettiva e dialogo sociale: la dimensione ermeneutico-lessicale

«L'Unione riconosce e promuove il ruolo delle parti sociali al suo livello, tenendo conto della diversità dei sistemi nazionali. Essa facilita il dialogo tra tali parti, nel rispetto della loro autonomia. Il vertice sociale trilaterale per la crescita e l'occupazione contribuisce al dialogo sociale» (art. 152 Trattato sul funzionamento dell'Unione europea: TFUE).

«I lavoratori e i datori di lavoro, o le rispettive organizzazioni, hanno, conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali, il diritto di negoziare e di concludere contratti collettivi, ai livelli appropriati, e di ricorrere, in caso di conflitti di interessi, ad azioni collettive per la difesa dei loro interessi, compreso lo sciopero» (art. 28 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea).

Questi due enunciati rappresentano le principali novità che il Trattato di Lisbona (da ora in poi: TL)⁷⁰⁹ ha introdotto in materia di dialogo sociale e contrattazione collettiva nell'ordinamento dell'Unione europea⁷¹⁰.

Mentre nella prima disposizione si parla di dialogo sociale, nella seconda si fa, invece, riferimento alla negoziazione collettiva. L'uso ora dell'una o dell'altra espressione è, del resto, riprodotto dalle ulteriori norme che, nel diritto primario dell'Unione, riguardano la materia in esame (artt. 154 e 155 TFUE), ma anche dalla letteratura grigia e dai materiali documentali delle istituzioni europee e dalle stesse ricostruzioni dottrinali della materia.

La polisemia dei riferimenti terminologici al fenomeno contrattuale collettivo suggerisce di procedere, innanzitutto, ad un riordino lessicale-ermeneutico^{2bis}, per introdurre, in un secondo momento, considerazioni di ordine sistematico-ordinamentale.

A partire dall'esigenza di non "costringere" la complessità e il carattere multidimensionale del fenomeno in stampi concettuali rigidi e pre-definiti, magari foggiate a ridosso dell'esperienza nazionale, pare, tuttavia, metodologicamente opportuno, nell'analisi del fenomeno, adottare schemi e modelli interpretativi che, pur dando conto delle sue diverse articolazioni, non risultino fra loro del tutto separati e disgiunti, bensì interrelati e finanche sovrapponibili⁷¹¹.

⁷⁰⁹ Il Trattato di Lisbona (noto anche come Trattato di riforma) ha apportato ampie modifiche al [Trattato sull'Unione europea](#) (TUE) e al [Trattato che istituisce la Comunità europea](#) (TCE), ribattezzato Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE). Il Trattato di Lisbona è stato firmato il **13 dicembre 2007** ed è entrato in vigore il 1° dicembre 2009.

⁷¹⁰ Per una panoramica delle altre novità introdotte, in materia sociale, dal TL si consenta di rinviare ad ALAIMO, CARUSO, *Dopo la politica i diritti: l'Europa "sociale" nel Trattato di Lisbona*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT - 82/2010.

^{2bis} Sulla questione del linguaggio con cui vengono formulati, anche in ambito europeo, i «discorsi "del" diritto e "sul" diritto, ossia i discorsi prescrittivi ed i discorsi interpretativi», v. Timoteo, Pozzo, *Introduzione al volume di AA.VV., Europa e linguaggi giuridici* (a cura di Timoteo, Pozzo), Giuffrè, 2008, p. XIII; cfr. Belvedere, *Linguaggio giuridico*, Dig. disc. priv., sez. civile, Utet, 1994, vol. XI, p. 21.

⁷¹¹ Si mutano espressioni e suggestioni dal "pensiero della complessità" di MORIN, *Introduzione al pensiero complesso*, Sperling&Kupfer Editori, 1993 (trad. it.). Quanto affermato nel testo vale, *in primis*, per le categorie del dialogo sociale e della contrattazione collettiva, ma anche per la triplice declinazione – che si proporrà (§ 2) - della contrattazione collettiva (come diritto, come fonte, come attività), dal momento che la contrattazione - come attività e come fonte - è sempre il precipitato dell'esercizio di un diritto (quello, appunto, di negoziazione collettiva). Ulteriori interrelazioni sono visibili tra la categoria della contrattazione "autonoma" e quella del dialogo sociale settoriale dal quale scaturiscono, come si vedrà, prodotti negoziali di diversa natura: *non-statutory agreements* (accordi autonomi) ma anche *statutory agreements* (accordi istituzionali: v. *infra*, § 7).

Riguardo al lessico, il diritto dell'Unione privilegia l'espressione "dialogo sociale" rispetto a quella di "contrattazione collettiva": se si eccettua il riconoscimento del "diritto di negoziazione collettiva" inserito nell'art. 28 della Carta dei diritti fondamentali dell'U.E (da ora in poi: Carta di Nizza)⁷¹², nei Trattati istitutivi, ed in particolare nelle disposizioni del TFUE che riguardano le relazioni contrattuali fra le parti sociali (artt. 152, 154 e 155 TFUE), i termini impiegati sono quelli di "dialogo sociale" - o semplicemente "dialogo" -, "relazioni contrattuali", "accordi"⁷¹³.

Non dissimile è il lessico utilizzato nei documenti della Commissione a partire dalla *Comunicazione sull'andamento e sul futuro del dialogo sociale comunitario* del 1996⁷¹⁴, seguita, dopo soli due anni, dalla *Comunicazione che adegua e promuove il dialogo sociale a livello comunitario*⁷¹⁵ e, nel decennio successivo, dalle *Comunicazioni* del 2002 su "*Il dialogo sociale europeo, forza di modernizzazione e cambiamento*"⁷¹⁶ e del 2004, su "*Partenariato per il cambiamento in un'Europa allargata. Rafforzare il contributo del dialogo sociale europeo*"⁷¹⁷.

Benché la nozione "dialogo sociale" – nella sua caratterizzazione vaga e polisensa⁷¹⁸ – mostri una certa ambiguità sul piano definitorio⁷¹⁹, essa appare comunque preferibile come categoria lessicale ed ermeneutica in riferimento all'ordinamento europeo. In tale ordinamento le relazioni negoziali tra i *partner* sociali si presentano a spettro più ampio anche se, a volte, dal carattere più rarefatto, di quelle tipiche dei sistemi di relazioni industriali nazionali.

Se è vero che già i primi studi sul "dialogo sociale" ne sottolineavano il carattere di «attività potenzialmente atta a tradursi in vera negoziazione collettiva»⁷²⁰, cosicché dialogo sociale e contrattazione collettiva sono stati immaginati «come un possibile *continuum*»⁷²¹, è altrettanto vero che il dialogo sociale, sia dal punto di vista sistematico (come si vedrà), sia dal punto di vista lessicale, può ricomprendere ma anche andare "oltre" - strutturandosi in guise e modalità diverse - le relazioni contrattuali classiche.

Il rapporto tra i due sintagmi - dialogo sociale e negoziazione collettiva -, per il profilo lessicale, non è, dunque, di totale identificazione, bensì "di sussunzione". I due fenomeni, seppure

⁷¹² La Carta, proclamata il 7 dicembre 2000 a Nizza da Parlamento, Consiglio e Commissione, è stata nuovamente proclamata, in una versione adattata, dalle stesse istituzioni a Strasburgo il 12 dicembre 2007.

⁷¹³ Tale diversità terminologica veniva già osservata da SCHNORR, *I contratti collettivi in un'Europa integrata*, Riv. it. dir. lav., 1993, I, p. 328.

⁷¹⁴ COM (1996) 448 def., del 18.9.1996.

⁷¹⁵ COM (1998) 322 def., del 20.5.1998.

⁷¹⁶ COM (2002) 341 def., del 26.6.2002.

⁷¹⁷ COM (2004) 557 def., del 12.8.2004.

⁷¹⁸ NUNIN, *Il dialogo sociale europeo. Attori, procedure, aspettative*, Giuffrè, 2001, p. 1; MARTONE, *Sindacato europeo e contrattazione collettiva*, in CARINCI F., PIZZO FERRATO (a cura di), *Diritto del lavoro dell'Unione europea, Diritto del lavoro. Commentario diretto da CARINCI F.*, Utet, 2010, IX, p. 801.

⁷¹⁹ RUIZ CASTILLO, *Dialogo sociale*, in BAYLOS, CARUSO, D'ANTONA, SCIARRA (a cura di), *Dizionario di diritto del lavoro comunitario*, Monduzzi, 1996, p. 163. Si è, pertanto, ritenuto che il dialogo si configuri «non come qualcosa di staticamente definibile, ma come un processo dinamico» (ZILIO GRANDI, *Parti sociali e contratto collettivo nell'Unione europea*, Giappichelli, 1998, p. 42).

⁷²⁰ GUARRIELLO, *Ordinamento comunitario e autonomia collettiva*, Angeli, 1992, p. 130.

⁷²¹ ROCCELLA, TREU, *Diritto del lavoro della Comunità europea*, Cedam, 2009 (V ed.), p. 463. Diversamente da quanto si sosterrà nel prosieguo del testo, i due AA. ritengono che fra dialogo e contrattazione esistano elementi fortemente differenzianti: «la natura tendenzialmente collaborativa e non conflittuale del primo, gli oggetti distinti dell'uno e dell'altra, nonché il rilievo di per sé non impegnativo del dialogo».

strettamente interrelati e connessi, non sono identici e la nozione di dialogo, pur connotandosi come una mutazione di quella di negoziazione, risulta dotata di una portata più generale, atta a ricomprendere, come in un sistema ad anelli concentrici, il valore esplicativo ed applicativo della seconda.

Per rimarcare, dunque, le peculiarità ordinamentali del fenomeno, è preferibile adottare un diverso lessico rispetto a quello proprio dei sistemi giuridici e di relazioni industriali nazionali; un lessico all'interno del quale, secondo quanto finora affermato, la categoria di "dialogo" risulti più idoneamente individuabile come categoria generale, in luogo di quella di contrattazione o negoziazione collettiva.

Anche gli studi più recenti - nel ripercorrere le tre fondamentali tappe di sviluppo del dialogo sociale⁷²² - non smentiscono, ma anzi confermano, la continuità nella differenza che lega il dialogo alla contrattazione. Essi individuano, ad esempio, il secondo stadio dell'evoluzione del dialogo sociale nell'Accordo sulla Politica Sociale (da ora in poi: APS) del 1992, con il quale il dialogo sociale è stato accreditato, nella sua specifica veste di con il quale il dialogo sociale è stato accreditato, nella sua specifica veste di contrattazione collettiva, cosiddetta "istituzionale" o "tipica, quale fonte di produzione normativa in materia sociale⁷²³.

Ancor più evidente appare il rapporto di sussunzione che lega i due termini all'interno dei documenti della Commissione: nel recente *Documento di lavoro dei servizi della Commissione sul funzionamento e sul potenziale del dialogo sociale settoriale a livello europeo*⁷²⁴, si legge, per esempio, che «a partire dal Trattato di Amsterdam, il dialogo sociale europeo è stato in grado di rappresentare una fonte autonoma di diritto in materia sociale», procedendo, anche in questo caso, a ricondurre al cerchio concentrico maggiore - il dialogo sociale - la contrattazione collettiva "istituzionale" o "tipica", formalmente riconosciuta dal diritto primario dell'U.E. proprio a partire dal Trattato di Amsterdam.

L'accezione di dialogo sociale accolta nelle Comunicazioni della Commissione è, inoltre, assai ampia: al dialogo vengono ascritte prassi diverse ma riconducibili ad unico ceppo, quello delle interazioni, bilaterali o trilaterali, tra i *partner* sociali e tra costoro e la Commissione. Vi si ricomprendono, perciò, le mere discussioni fra i *partner* sociali europei, che possono tradursi in variegata attività di partecipazione istituzionale o di *lobbying* (più un esercizio di democrazia deliberativa tra *partner* aventi interessi comuni che reali negoziazioni tra soggetti portatori di interessi in conflitto); le azioni condivise (più *policies* che accordi); le possibili e tradizionali negoziazioni; ed infine, le relazioni fra i *partner* sociali e le istituzioni dell'UE (che richiamano il metodo della concertazione trilaterale dei sistemi nazionali)⁷²⁵.

Se si vuole pervenire ad una definizione sintetica di dialogo sociale europeo, si può dire, dunque, che con tale locuzione ci si riferisce a prassi relazionali differenziate e plurime, alcune tipiche dell'ordinamento europeo, altre invece, riconducibili a modalità negoziali proprie dei sistemi

⁷²² V. *infra*, § 3.

⁷²³ V. *infra*, § 2, sub b).

⁷²⁴ SEC (2010) 964 def., del 22.7.2010.

⁷²⁵ PERUZZI, *L'autonomia nel dialogo sociale europeo*, *Lav. dir.*, 2010, p. 505.

nazionali.

Tali prassi relazionali possono darsi solo tra *partner* sociali di livello europeo (dialogo sociale bilaterale volontario ed autonomo) o con la partecipazione delle istituzioni dell'Unione (Commissione e Consiglio, in particolare), che può concretizzarsi in una presenza al negoziato diretta (dialogo sociale trilaterale «oggi con sede integrata - e "costituzionalmente" garantita ex art. 152 TFUE – nel "Vertice sociale trilaterale per la crescita e l'occupazione"»⁷²⁶) o indiretta (dialogo sociale bilaterale sollecitato da *input* consultivi e normativi della Commissione e/o seguito da decisioni attuative degli accordi da parte del Consiglio).

Anche nel primo caso - dialogo sociale bilaterale volontario ed autonomo - le istituzioni europee, ed in particolare la Commissione, come meglio si vedrà⁷²⁷, possono, tuttavia, fornire supporto politico o strumentale (economico, linguistico, logistico ecc.) al dialogo.

In ragione della sua estensione (di tipo professionale e non geografico), il dialogo sociale bilaterale può, assumere, inoltre, una triplice dimensione: (1) intercategoriale (interprofessionale o a livello *cross-industry*); (2) settoriale (all'interno dei comitati di settore per il dialogo sociale); (3) multi-settoriale (coinvolgente gruppi affini di comitati di settore).

Una quarta dimensione del dialogo sociale bilaterale è, infine, rappresentata dalla negoziazione collettiva a livello di impresa transnazionale, che, come si vedrà, si svolge, soprattutto, nelle imprese e nei gruppi “di dimensioni comunitarie”, destinatari della Direttiva 2009/38/CE sui Comitati Aziendali Europei (CAE)⁷²⁸.

1.1 (segue) ... sistematico-ordinamentale

Ricondurre il tradizionale metodo negoziale, ancorché di livello europeo, all'interno della nozione sussuntiva di dialogo sociale non è privo di conseguenze sul piano concettuale. Il problema può apparire squisitamente nominalistico, ma il corretto utilizzo dei *nomina* sottende sempre una adeguata sistematizzazione categoriale e concettuale.

La distinzione fra dialogo sociale e contrattazione collettiva - unita al riconoscimento di un rapporto di continuità e di sussunzione fra i due termini - ha, innanzitutto, un fondamento positivo nelle due norme citate in apertura: una riferita al dialogo, l'altra alla negoziazione collettiva.

Ma la distinzione nella continuità è anche legata all'idea, tanto condivisibile quanto ormai diffusa, della non automatica applicabilità delle categorie ermeneutiche elaborate in riferimento ai fenomeni contrattuali collettivi nazionali al variegato modo di atteggiarsi delle relazioni tra *partner* europei⁷²⁹. In ambito europeo, lo stesso riferirsi alle “relazioni industriali” appare, del resto,

⁷²⁶ *Ibidem*. Diversamente, nella loro Dichiarazione congiunta al Consiglio europeo di Laeken del 2001, Unice/Ueapme, Ceep ed Etuc «insistono sull'importanza di fare una chiara distinzione tra "concertazione tripartita", "consultazione delle parti sociali" e "dialogo sociale», l'ultimo posto a definire soltanto «l'attività bipartita delle parti sociali, sia essa indotta o meno dalle consultazioni ufficiali della Commissione ai sensi degli artt. 137 e 138 del Trattato» (ora artt. 153 e 154 TFUE) (sempre PERUZZI, *L'autonomia nel dialogo*, cit., pp. 505-506).

⁷²⁷ V. *infra*, §§ 7 e 8.

⁷²⁸ V. *infra*, § 9.

⁷²⁹ Cfr., per tutti, LO FARO, *Funzioni e finzioni della contrattazione collettiva comunitaria. La contrattazione collettiva come risorsa dell'ordinamento giuridico comunitario*, Giuffrè, 1999, sp. cap. IV.

riduttivo, posto che le materie oggetto di negoziazione – o, più ampiamente, i temi di confronto fra le parti – (che non sono soltanto riferiti al governo congiunto delle condizioni economiche e normative applicate alle imprese), la varietà dei testi negoziali prodotti e le stesse “arene” di svolgimento del dialogo sociale (si pensi a quei particolari “contenitori” del dialogo costituiti dai comitati di settore per il dialogo sociale ⁷³⁰), trovano soltanto parzialmente dei corrispettivi nei sistemi nazionali di relazioni industriali.

Da ciò deriva la difficoltà di un’applicazione rigida alle relazioni tra *partner* europei «del paradigma dell'autonomia collettiva e, specificamente, delle categorie del pluralismo e dell'autonomia collettiva» ⁷³¹, non a caso foggiate sul modello del metodo negoziale classico di livello statuale (categoriale o intercategoriale) o endo-statale (territoriale o aziendale); metodo attraverso il quale, tradizionalmente, si confrontano rappresentanze di interessi contrapposti. Ne consegue, come argomento *a fortiori*, che appare difficile, con riguardo ai prodotti del dialogo sociale, utilizzare gli schemi del diritto comune dei contratti, ai quali, soprattutto per il profilo dell’efficacia, la razionalizzazione giuridica dei fenomeni collettivi in ambito nazionale ha, invece, tradizionalmente - e, peraltro, discutibilmente - attinto⁷³².

Quel che si intende dire è che l’espressione contrattazione (o negoziazione) collettiva può pur essere utilizzata - e lo sarà anche nel prosieguo - come formula linguistica semanticamente ricompresa nella locuzione di dialogo sociale, purché la si adatti alle peculiarità del sistema di relazioni negoziali europee e non si finisca, attraverso quest’uso, per evocare concetti e categorie del diritto sindacale nazionale.

Il concetto di dialogo sociale europeo, infatti, richiama oggi, al contrario di ieri, un metodo di regolazione sociale reale e non solo virtuale, dotato di una giuridicità propria e peculiare all’ordinamento sovranazionale multilivello in cui viene utilizzato.

1.2. (segue)... storica (rinvio)

La non perfetta coincidenza dei sintagmi “dialogo sociale” e “contrattazione collettiva” si evidenzia pure osservando il ciclo evolutivo del dialogo sociale.

All’origine, l’utilizzo della locuzione “dialogo sociale” indicava l’atteggiarsi di prassi che tendevano a configurarsi (con riferimento a soggetti, metodo ed attività) in maniera differente rispetto alla contrattazione collettiva, fortemente impregnata di connotazioni tipiche nazionali.

La contrattazione collettiva, sia nella sua dimensione statica, sia nella sua dimensione dinamica, per come studiata e concettualizzata dalla scuola “pluralista” di Oxford⁷³³, indicava, infatti, il metodo privilegiato della composizione dei conflitti di interessi tra sindacati dei lavoratori e datori di

⁷³⁰ V. *infra*, § 7.2.

⁷³¹ PERUZZI, *L'autonomia nel dialogo*, cit., pp. 504 e 513. Da ultimi, ALAIMO, CARUSO, *Dopo la politica i diritti*, cit., § 5.

⁷³² Ancora LO FARO, *Funzioni e finzioni*, cit., p. 114 per il quale l'approccio giusprivatistico «trascura di considerare [che] l'ordinamento giuridico di riferimento è costituito per l'appunto, in primo luogo, dall'ordinamento *comunitario*, all'interno del quale la praticabilità di un ricorso al diritto comune dei contratti in funzione di strumento di razionalizzazione giuridica [...] risulterebbe quanto meno arduo». Per una critica alla riproposizione di tale approccio nell'ordinamento interno, a proposito delle recenti vicende legate al caso Fiat e all'accordo del 28.6.2011, si rinvia a CARUSO, *La rappresentanza negoziale irrisolta. Il caso Fiat tra teoria, ideologia, tecnica e... cronaca*, di prossima pubblicazione in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, I.

⁷³³ Si rinvia, per tutti, a CLEGG, FLANDERS, FOX, *La contesa industriale. Contrattazione, conflitto, potere nella scuola di Oxford*, Ed. lavoro, 1980.

lavoro nei diversi sistemi nazionali di relazioni industriali, facendo riferimento ad invarianti tipiche, riconducibili fondamentalmente alla struttura contrattuale collettiva propria di ogni ordinamento.

Nello spazio europeo, il riferimento al dialogo sociale indicava, rispetto alla contrattazione collettiva, una dimensione peculiare e specifica a basso indice di istituzionalizzazione, sotto il profilo sia dei soggetti, sia del metodo, sia dell'attività, in un contesto ordinamentale sottratto ai vincoli e ai condizionamenti del territorio nazionale: vale a dire, fuori dalla cornice condizionante dell'ordinamento statale e operante all'interno di un ordinamento quello dell'Unione - dai confini, sia politici, sia giuridici, ancora in divenire.

Nel tempo, tale prassi si è venuta "condensando" sia dal punto di vista giuridico-istituzionale, sia nella sua dimensione funzionale; essa, pur mantenendo tratti di specificità riferibili, come si vedrà, alla cornice ordinamentale dell'Unione, ha assunto sembianze tali da consentire un discorso, che, pur scontando la diversità di strumenti (*tools*), contenuti e arene, può essere ricostruito in forma unitaria; anche nel caso del dialogo sociale può essere richiamato il motto che era stato prescelto per l'UE nel defunto trattato costituzionale: l'unità nella diversità.

Tutto ciò consente una ulteriore e decisiva messa a punto preliminare, relativa alla categoria del dialogo sociale e riguardante, in particolare, la sua *funzione*.

1.3. (segue) ...e "funzionale"

Pure in tal caso ci troviamo di fronte a un ulteriore elemento di eccentricità dell'ordinamento europeo che si costituisce anche mediante il dialogo sociale; esso è connotato ancora una volta, dalla unità del fenomeno nella pluralità di funzioni: il dialogo sociale, nella accezione lata che se n'è data, svolge, infatti, contemporaneamente una funzione di *governance istituzionale*, nonché di *governance autonoma* delle relazioni tra gli attori sociali europei che vi si coinvolgono.

a) Per quel che riguarda la *governance* istituzionale, è condivisibile l'idea - oggi confermata dal nuovo art. 152 TFUE - che lo studio dei rapporti negoziali fra le parti sociali a livello dell'Unione, debba orientarsi - come è stato suggerito - verso un confronto con la scienza e la grammatica politica, le quali appaiono particolarmente idonee a decodificare e a leggere compiutamente alcuni aspetti del funzionamento del dialogo sociale europeo⁷³⁴.

È, infatti, da evidenziare la novità più saliente del nuovo art. 152 TFUE. Tale disposizione individua il soggetto attivo della promozione del dialogo sociale, operando una traslazione *dalla Commissione all'Unione*, vale a dire, coinvolgendo nel processo tutte le istituzioni europee: Consiglio, Parlamento ma anche - elemento poco sottolineato sin ora - Corte di giustizia europea, il cui rapporto con il dialogo sociale è stato di recente problematico⁷³⁵; la disposizione conferisce, inoltre, *status* di diritto primario al più importante strumento della concertazione trilaterale, il Summit sociale tripartito. Lo stesso dibattito istituzionale interno all'Unione, su impulso della Commissione, manifesta, per altro, la tendenza a innestare, progressivamente, il dialogo sociale nella

⁷³⁴ Sempre PERUZZI, *L'autonomia nel dialogo*, cit., *passim*.

⁷³⁵ V. *infra*, § 10.

prospettiva della "governance istituzionale", concetto, per l'appunto, di origine eminentemente politologica⁷³⁶.

Già all'indomani del Consiglio europeo di Laeken, la Commissione – nella propria Comunicazione del 2002 su "Il dialogo sociale europeo, forza di modernizzazione e cambiamento"⁷³⁷ - dà corpo alle proprie idee sul futuro del dialogo, ritenendo che esso abbia un «ruolo centrale e originale nella governance democratica dell'Europa» e che il coinvolgimento attivo delle parti sociali nel processo decisionale dell'Unione e delle sue istituzioni sia da considerarsi «strumento per una migliore governance dell'Unione allargata e forza motrice delle riforme economiche e sociali». Tutto ciò in linea – sempre secondo la Commissione – con quanto richiesto dal "Libro bianco sulla governance europea"⁷³⁸. Trasferire il metodo negoziale concertativo dall'arena sociale autodeterminata, all'arena politica etero o co-determinata, appare, nella visione della Commissione, proficuo esercizio di governance democratica secondo il modello deliberativo⁷³⁹.

La prospettiva indicata trova un preciso suggello normativo nel nuovo art. 152 TFUE.

Benché, infatti, i redattori del TL abbiano fatto una scelta diversa rispetto a quella compiuta col Trattato costituzionale (da ora in poi: TC) - optando per la collocazione dell'articolo sul dialogo nel Titolo dedicato alla Politica sociale invece che nella parte dedicata alla vita democratica dell'Unione (il Titolo II del TUE)⁷⁴⁰ -, pare del tutto in linea con una interpretazione sistematica dei nuovi testi, tesa a valorizzare la governance istituzionale partecipata, una lettura dell'art. 152 TFUE in combinato disposto con l'art. 11 del TUE e, in particolare, con i suoi commi 2 e 3⁷⁴¹. In questi ultimi si prevede che «le istituzioni mantengono un dialogo aperto, trasparente e regolare con le associazioni rappresentative e la società civile» e che «al fine di assicurare la coerenza e la trasparenza delle azioni dell'Unione, la Commissione europea procede ad ampie consultazioni delle parti interessate». Una lettura combinata delle due disposizioni (art. 11 TUE e art. 152 TFUE)

⁷³⁶ *Id.*, p. 513. La prospettiva del legame tra dialogo sociale e governance europea era già suggerita da BRANCH, *The Evolution of the European Social Dialogue Towards Greater Autonomy: Challenges and Potential Benefits*, *Int. Journ. Comp. Lab. Law*, 2005, pp. 322-323. Sul coinvolgimento delle parti sociali come modalità di affermazione di nuovi modelli di governance europea v. pure PALLADINO, *L' "autonomia" del dialogo sociale europeo nel Trattato di Lisbona*, *Studi sull'integrazione europea*, 2010, sp. pp. 155-156, per la quale il recupero in senso autonomistico del dialogo fra le parti sociali, più che essere espressione di una "presa di coscienza" dell'autonomia delle stesse, sarebbe pressoché interamente etero-indotto - e lo sarebbe proprio nella prospettiva del rinnovamento della governance europea -, al punto tale che il rapporto tra l'attuale regolazione positiva del dialogo nel diritto primario dell'Unione e il sistema di relazioni industriali europee potrebbe essere descritto come un «sistema di "spinte eteronome verso soluzioni autonome"» (p. 156).

⁷³⁷ Cit. alla nota 8.

⁷³⁸ COM (2001) 428 def., del 5.8.2001. La prospettiva della governance, già evocata dalla COM (2002) 341 def., è ribadita dalla successiva COM (2004) 557 def. Sul nesso fra le prime due Comunicazioni e sui legami fra relazioni industriali europee, dialogo sociale e governance, v. pure CELLA, *Governance europea, rappresentanza democratica, relazioni pluralistiche*, in BARBERA (a cura di), *Nuove forme di regolazione. Il metodo aperto di coordinamento delle politiche sociali*, Giuffrè, 2006, p. 51.

⁷³⁹ Si rinvia ad ALES, BARBERA, GUARRIELLO, *Lavoro, welfare e democrazia deliberativa*, Giuffrè, 2010.

⁷⁴⁰ Nel TC la disposizione sul dialogo sociale (art. I-48) era, infatti, inserita nel tit. VI - dedicato a "La vita democratica dell'Unione" - subito dopo le due disposizioni (artt. I-46 e I-47) riguardanti il "principio della democrazia rappresentativa" ed il "principio della democrazia partecipativa"; le due disposizioni sono state travasate dai redattori del TL negli artt. 10 e 11 TUE.

⁷⁴¹ Per una prima lettura della equivalente disposizione del TC in questo senso v. VENEZIANI, *Il ruolo delle parti sociali nella Costituzione europea*, *Riv. giur. lav.*, 2006, p. 475; ora CARUSO, *I diritti sociali fondamentali dopo il Trattato di Lisbona (tanto tuonò che piovve)*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .INT - 81/2010; *Rass. dir. pubb. eur.*, 2010, p. 3; v. anche PALLADINO, *L' "autonomia" del dialogo*, cit., p. 157. Sulla nuova governance europea, oltre al riferimento d'obbligo al *Libro Bianco sulla governance europea*, cit. retro alla nota 30, bastino i riferimenti a VALVO, *Contributo allo studio della governance europea*, Milano, 2005 e FERRARESE, *La governance tra politica e diritto*, il Mulino, 2010.

consente di radicare il “dialogo sociale” e la “consultazione delle parti” sociali nel principio di democrazia partecipativa, nella sua evoluzione deliberativa, trasformando sia l’uno che l’altra in veri e propri strumenti della *governance istituzionale* europea⁷⁴². Con riguardo a principi basilari della costruzione europea, questa lettura appare quella che meglio inverte il principio di sussidiarietà orizzontale⁷⁴³.

b) La diversa collocazione sistematica che i redattori del TL hanno scelto per la nuova disposizione - rispetto a quella che era stata, invece, prescelta nel TC - non consente, tuttavia, di ricondurre la nuova norma sul dialogo soltanto alla prospettiva della *governance istituzionale*; tale diversa collocazione la rende pregnante di significato anche da tutt’altra prospettiva (senza per questo che ne venga meno la unità strutturale): quella della *governance autonoma*.

Collocata quasi all’inizio del titolo sulla “politica sociale”, a ridosso delle due disposizioni storiche sul dialogo (gli artt. 154 e 155 TFUE), la norma appare come un tentativo di sintesi delle due modalità di dialogo considerate in quelle norme: il dialogo “istituzionale”, legato al cosiddetto “procedimento integrato” (di cui appresso si dirà e) il cui prodotto è rappresentato dalla contrattazione collettiva “tipica”⁷⁴⁴, e le forme “volontarie” e “autonome” di dialogo, che gli attori sociali possono, discrezionalmente, intraprendere ai vari livelli da essi stessi prescelti.

Di tutto rilievo appare la circostanza che la nuova disposizione incanali, infatti, il dialogo sociale europeo verso una maggiore autonomia e indipendenza rispetto al dialogo “codificato” nell’art. 154 TFUE; ciò lascia intravedere un progressivo affrancamento del dialogo tra le parti sociali dalla forma di partecipazione degli attori sociali all’attività di produzione normativa dell’Unione in materia sociale istituzionalizzate da quest’ultima disposizione⁷⁴⁵.

C’è chi si chiede, forse pleonasticamente, se tale valorizzazione della dimensione “autonoma” del dialogo sociale, nel nuovo art. 152 TFUE, sia effettivamente legata all’avvenuto sviluppo, nella prassi dell’ultimo decennio, di forme “volontarie” e “autonome” di negoziazione collettiva⁷⁴⁶ o

⁷⁴² Cfr. GIUBBONI, MILITELLO, “Titolo Politica sociale”, di prossima pubblicazione in CURTI, GIALDINO (a cura di), *Commentario al Trattato sull’Unione Europea ed al Trattato sul funzionamento dell’Unione Europea*, Edizioni Giuridiche Simone, 2011. In generale, sugli elementi di democrazia partecipativa presenti nei Trattati, anche dopo il TL, v. DE MARCO, *Elementi di democrazia partecipativa*, in BILANCIA, D’AMICO (a cura di), *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, Giuffrè, 2009, p. 39.

⁷⁴³ Si rinvia ad ARMSTRONG, *Rediscovering Civil Society: The European Union and the White Paper on Governance*, *Eur. Law Journ.*, 2002, 8,1, p. 102; DE JESÚS BUTLER, *Non-governmental Organisation Participation in the EU Law-making Process: The Example of Social Non-governmental Organisations at the Commission, Parliament and Council*, *ibidem*, 2008, 14,5, p. 558.

⁷⁴⁴ LO FARO, *La contrattazione collettiva transnazionale: prove di ripresa del dialogo sociale in Europa?*, *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2007, p. 551.

⁷⁴⁵ PALLADINO, *L’ “autonomia” del dialogo sociale*, cit., sp. pp. 151-156, ma *passim*. Secondo l’Autrice, per come prefigurato dalla nuova disposizione – e cioè collegato al principio di democrazia partecipativa e, pertanto, finalizzato anche alla riduzione del deficit democratico dell’Unione e al miglioramento della sussidiarietà orizzontale – il dialogo fra le parti sociali si sarebbe solo trasformato da “risorsa regolativa” dell’ordinamento dell’U.E (LO FARO, *Funzioni e finzioni*, cit., *passim*) a “risorsa di legittimazione democratica”. Il recupero in senso autonomistico del dialogo sociale sarebbe pressoché interamente etero-indotto, al punto tale che il rapporto tra regolazione positiva del dialogo nel diritto primario dell’Unione e sistema di relazioni industriali europee potrebbe essere descritto come un «sistema di “spinte eteronome” verso soluzioni autonome». Ma la sua promozione rientrerebbe, pur sempre, in una precisa volontà delle istituzioni comunitarie di auto-limitarsi, sia pure, questa volta, al fine di migliorare la *governance* europea. Secondo l’opinione riferita, il nuovo art. 152 TFUE non renderebbe di facile prognosi lo sviluppo di un dialogo sociale genuinamente autonomo, capace di esprimere una “reale dialettica contrattuale” fra le parti sociali né quello di un indipendente e genuino sistema di relazioni industriali a livello europeo.

⁷⁴⁶ V. *amplius* i §§ 7 e ss.

se, al contrario, essa sia esclusivamente dipesa da un *input* eteronomo, proveniente dai redattori del TL (e prima ancora del TC) e legato ad interessi verticisti dell'Unione e delle sue istituzioni, che hanno visto nel riconoscimento del dialogo una "necessità istituzionale", una modalità di rinnovamento della *governance* europea ⁷⁴⁷.

Qualunque la genesi, non cambia molto il constatare che il dialogo sociale mentre democratizza la *governance* istituzionale europea, contemporaneamente si muove in una sfera, autonoma e parallela, di autoregolazione volontaria: anche in tal caso dialogo sociale istituzionale e dialogo sociale autonomo non vanno considerati come una irriducibile endiadi, ma come un'espressione dello stesso fenomeno di regolazione unitaria ma differenziata; vuoi in ragione del metodo (a cui fa riferimento l'art. 154 in un caso, l'art. 155 nell'altro), vuoi dei contenuti (limitata nelle competenze nell'un caso, libera nell'altro).

Se si mette da parte un "monolitico" punto di vista istituzionale e si stemperano artificiosi dualismi, adottando la prospettiva più eclettica e plurale dell'ordinamento europeo, ci si avvede che dialogo sociale istituzionale e dialogo sociale autonomo sono due facce della stessa medaglia (due funzioni che implicano metodi differenziati) riconducibili all'unità del composito modello sociale europeo; in tal modello (come del resto in tutti i sistemi nazionali ove concertazione e contrattazione hanno convissuto non negandosi in relazioni oppositive, ma integrandosi in ragione delle diverse ma convergenti funzioni svolte) concertazione istituzionale e negoziazione collettiva autonoma sono modalità diverse di realizzazione della medesima regolazione sociale multilivello.

Se la norma viene riguardata anche da questa prospettiva, essa non appare soltanto il prodotto di un *arretramento spontaneo* delle istituzioni dell'Unione a vantaggio delle parti sociali, ma anche il frutto di un *progressivo e ineluttabile bilanciamento* in termini di rilevanza quantitativa e di *iusses* trattate, tra i due metodi; ciò è avvenuto in ragione di uno *spontaneo avanzamento* di forme diverse di "*autonomous social dialogue*" a livello europeo che non si contrappongono ma si giustappungono al metodo regolativo del dialogo istituzionale e, se si vuole, più tradizionale.

A tali nuove forme di dialogo autonomo le istituzioni dell'Unione (e in special modo la Commissione) guardano, da qualche anno, con inusitato interesse proprio in ragione del fatto che esse, lungi dal contrapporsi al metodo più istituzionalizzato, ne costituiscono il completamento funzionale. È, pertanto, verosimile che la disposizione in questione – già presente, sia pure con diversa collocazione, nel TC – costituisca, in qualche modo, un riconoscimento del completamento (in ragione dell'avvio nella prassi della regolazione autonoma) del circuito della regolazione sociale europea affidata alle parti sociali.

Se proprio si vuole individuare una *ratio* nel art. 152 TFUE, che si confronti con le monolitiche e criticate letture, può dirsi che la disposizione segna il superamento della originaria funzionalizzazione del dialogo fra le parti sociali agli interessi verticisti dell'Unione (ieri, il coinvolgimento delle parti sociali nell'attività normativa in materia sociale; oggi, lo sviluppo di nuove forme di *governance* e di processi virtuosi in senso democratico nell'Unione), in ragione di un ulteriore riconoscimento formale di modalità di dialogo sociale "volontarie" ed "autonome", diverse dalla forma istituzionalizzata dall'art. 154 TFUE (la contrattazione collettiva "istituzionale"); modalità non

⁷⁴⁷ È questa l'opinione di PALLADINO, *L' "autonomia" del dialogo sociale*, cit., pp. 153-154.

contrapposte ma giustapposte e riconducibili entrambe alla categoria comprensiva del dialogo sociale.

Tale riconoscimento si aggiunge, rafforzandolo, a quello già presente nell'art. 155, § 1, TFUE, nel quale è stato individuato il «punto di tangenza» fra ordinamento giuridico dell'Unione e sistema di regolazione sociale autonomamente generato dal sistema di relazioni industriali europee⁷⁴⁸.

Si aggiunge pure - se si vuole assumere una visione "a tutto tondo" delle novità oggi introdotte dal TL - al riconoscimento del diritto di negoziazione collettiva come diritto sociale fondamentale, la cui garanzia è ormai posta al livello del diritto primario dell'Unione (art. 6 TUE; art. 28 Carta dei diritti fondamentali dell'U.E.).

Il dialogo sociale - nelle sue variegate forme e funzioni ("risorsa regolativa"; "risorsa di legittimazione democratica" e strumento di *governance* europea; modello autonomo di regolazione sociale) - esce, così, complessivamente rafforzato e unitariamente inteso nel diritto dei Trattati, divenendo elemento chiave della strategia sociale dell'Unione e tratto identificativo del modello sociale europeo⁷⁴⁹.

Il fatto che una norma europea primaria, di rango costituzionale, faccia poi riferimento esplicito alla negoziazione collettiva, come specifico diritto sociale europeo, lascia intendere come la negoziazione collettiva, pur nel più ampio contenitore del dialogo sociale, assuma, in ogni caso, particolare e specifica valenza di metodo tradizionale di governo congiunto delle relazioni industriali e di componimento degli interessi.

A tale attività, contenuto saliente di un diritto sociale tipico, va pertanto riservata una particolare trattazione sistematica.

2. Le tre possibili declinazioni della contrattazione collettiva nell'ordinamento dell'U.E.: a) come diritto sociale, b) come fonte, c) come attività volontaria ed autonoma

Nel considerare le norme che, nell'ordinamento dell'U.E, fanno riferimento alla contrattazione (o alla negoziazione) collettiva e al dialogo appare legittimo operare una distinzione fra la contrattazione *come diritto* e la contrattazione *come fonte*. A tale bipartizione giuridico-formale, *lo studio empirico* della prassi delle relazioni negoziali a livello di U.E. suggerisce, tuttavia, di aggiungere una terza declinazione: la contrattazione collettiva *come attività volontaria ed autonoma*.

a) Il riconoscimento della contrattazione collettiva *come diritto sociale* è comparso per la prima volta nella Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori, adottata nel 1989 a Strasburgo (art. 12⁷⁵⁰), che ha inserito tale riconoscimento nella triade di norme dedicate alla

⁷⁴⁸ COMANDÈ, *Le dinamiche collettive nello spazio giuridico europeo: il paradigma dell'autonomia*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". INT - 76/2010, p. 13.

⁷⁴⁹ Cfr. VENEZIANI, *Il ruolo delle parti sociali*, cit., p. 476.

⁷⁵⁰ «I datori di lavoro o le organizzazioni dei datori di lavoro da un lato e le organizzazioni dei lavoratori dall'altro hanno il diritto, alle condizioni previste dalle legislazioni e dalle prassi nazionali, di negoziare e concludere contratti collettivi. Il dialogo che deve instaurarsi tra le parti sociali a livello europeo può giungere, se esse lo ritengono auspicabile, a rapporti contrattuali, soprattutto su scala interprofessionale e settoriale».

“libertà di associazione e contrattazione collettiva” (artt. 11-13), comprendenti anche il riconoscimento del diritto di azione collettiva ed, in particolare, di sciopero.

Si trattò, tuttavia, di un riconoscimento più “politico” che “giuridico”, i cui tratti di giuridicità furono accentuati dal Trattato di Amsterdam del 1997 nella seppur debole formulazione dell’art. 136, § 1, TCE, il quale prevede (al pari dell’attuale art. 151, § 1, TFUE) che i diritti sociali fondamentali definiti nella Carta comunitaria, assieme a quelli riconosciuti dalla Carta sociale europea firmata a Torino nel 1961⁷⁵¹, dovessero essere “tenuti presenti”⁷⁵² dalla Comunità e dagli Stati membri⁷⁵³.

Un successivo suggello al diritto di negoziazione collettiva è stato apposto dalla Carta di Nizza, la quale, con formulazione analoga a quella contenuta nella Carta comunitaria del 1989, ha riconosciuto, come si è visto, che «*i lavoratori e i datori di lavoro, o le rispettive organizzazioni, hanno, conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali, il diritto di negoziare e di concludere contratti collettivi, ai livelli appropriati, e di ricorrere, in caso di conflitti di interessi, ad azioni collettive per la difesa dei loro interessi, compreso lo sciopero*» (art. 28: Diritto di negoziazione e di azioni collettive).

La circostanza che, con il TL, la Carta sia stata finalmente «“battezzata” alla fonte della efficacia giuridica»⁷⁵⁴ e collocata allo stesso livello dei Trattati istitutivi (art. 6 TUE) ha finalmente attribuito a quest’ultima disposizione il rango di diritto primario dell’Unione. La contrattazione collettiva (assieme al diritto di azione collettiva) è, così, diventata oggetto di un diritto sociale fondamentale riconosciuto dall’ordinamento dell’U.E. al suo massimo livello: quello, appunto, dei Trattati istitutivi.

⁷⁵¹ L’art. 6 della Carta sociale europea del 1961 (revisionata a Strasburgo il 3.5.1996) prevede che «*per garantire l’effettivo esercizio del diritto di negoziazione collettiva, le Parti s’impegnano: 1. a favorire consultazioni paritetiche tra lavoratori e datori di lavoro; 2. a promuovere, qualora ciò sia necessario ed utile, le procedure di negoziazione volontaria tra i datori di lavoro e le organizzazioni di datori di lavoro da un lato e le organizzazioni di lavoratori d’altro lato, per disciplinare con convenzioni collettive le condizioni di lavoro; 3. a favorire l’istituzione e l’utilizzazione di adeguate procedure di conciliazione e di arbitrato volontario per la soluzione delle vertenze di lavoro; e riconoscono: 4. il diritto dei lavoratori e dei datori di lavoro d’intraprendere azioni collettive in caso di conflitti d’interesse, compreso il diritto di sciopero, fatti salvi gli obblighi eventualmente derivanti dalle convenzioni collettive in vigore*».

⁷⁵² Malgrado la loro differente natura giuridica, le due Carte (dichiarazione o documento politico interamente attinente all’ordinamento dell’Unione, la Carta comunitaria; atto di diritto internazionale avente la stessa forza di un trattato internazionale, in quanto tale fonte di obblighi per gli Stati contraenti a livello internazionale, ma non di diritti soggettivi in capo ai singoli individui, la Carta sociale) sono state entrambe considerate “documenti non vincolanti”, benché nel tempo abbiano assunto un (sia pur limitato) rilievo giuridico attraverso (a) l’interpretazione giurisprudenziale della CGUE e (b) il richiamo ad esse operato dall’art. 136 TCE (nella formulazione successiva al Trattato di Amsterdam). Sul valore meramente politico e programmatico della Carta comunitaria del 1989 v., per tutti, BERCUSSON, *La Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali. Obiettivi e strumenti*, *Lav. dir.*, 1991, p. 317; HEPPLER, *The Implementation of the Community Charter of Fundamental Social Rights*, *Mod. Law Rev.*, 1990, p. 643; WATSON, *The Community Social Charter*, *Common Market Law Rev.*, 1991, p. 37. Per la dottrina italiana bastino i riferimenti a DE LUCA M., *Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali: profili problematici e prospettive*, *Foro it.*, 1990, V, c. 129; LA MACCHIA, *La Carta comunitaria dei diritti sociali*, *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1990, p. 769.

⁷⁵³ Sull’art. 136, § 1, TCE, come tappa intermedia del processo di riconoscimento dei diritti sociali fondamentali nell’ordinamento dell’Unione, v., per tutti, GIUBBONI, *Da Roma a Nizza. Libertà economiche e diritti sociali fondamentali nell’Unione Europea*, *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 2004, p. 9.

⁷⁵⁴ Si mutua l’espressione da CELOTTO, PISTORIO, *L’efficacia giuridica della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea (rassegna giurisprudenziale 2001-2004)*, *Giur. it.*, p. 427.

Se si conviene sull'effetto di costituzionalizzazione implicita che il TL avrebbe operato sui diritti riconosciuti dalla Carta, si può persino ritenere che – nel sistema di protezione multilivello dei diritti fondamentali⁷⁵⁵ - il diritto di contrattazione collettiva sia ormai diventato *un diritto di rango costituzionale* dell'ordinamento dell'U.E., pari-ordinato alle libertà economiche associate al libero scambio e sancite dai Trattati sin dal periodo della genesi della Comunità Economica Europea (libertà di stabilimento, di prestazione di servizi e di circolazione di capitali e merci)

Se si guarda, invece, al diritto secondario, ci si avvede che, rispetto ad altri diritti di natura collettiva – ed in particolare ai diritti di informazione, consultazione e partecipazione – il diritto di contrattazione (come anche quello di azione collettiva) non ha mai ricevuto esplicito riconoscimento.

Nonostante, a partire dagli anni '60, la Commissione abbia promosso studi sulla contrattazione collettiva nei diversi sistemi nazionali, per elaborare analisi comparative finalizzate ad una eventuale regolamentazione (di rango secondario) del contratto collettivo europeo, nessuna considerazione del fenomeno e del relativo diritto si è avuta nelle direttive che sono state adottate⁷⁵⁶, sin dagli anni '70, in materia sociale. Da quel decennio in poi, la regolazione dei fenomeni collettivi si è piuttosto concentrata sulla disciplina dei diritti di coinvolgimento (Dir. 2001/86/CE; 2002/14/CE; 2003/72/CE) e dei soggetti che ne sono titolari (comitati aziendali europei: Dir. 1994/45/CE e Dir. 2009/38/CE). Su tali diritti, diversamente da quanto è avvenuto in materia di contrattazione collettiva, si è stratificata, nel corso dei decenni, una disciplina assai ampia ed articolata⁷⁵⁷.

Lo stato di squilibrio che, nella considerazione dei diritti collettivi di lavoro, ha interessato i diritti di informazione e di consultazione, da una parte, ed il diritto di contrattazione collettiva (e di sciopero), dall'altra, è certamente dipeso dalla incerta reperibilità di una base giuridica di intervento sulla contrattazione collettiva. Quest'ultima, anche dopo l'Accordo sulla Politica Sociale (APS) allegato al Trattato di Maastricht, non è stata espressamente ricompresa fra le materie sociali di possibile intervento dell'Unione ed è altresì noto come i diritti di associazione, di sciopero e di serrata siano del tutto esclusi dal novero delle competenze dell'U.E. (art. 153 TFUE).

E tuttavia, la questione della base giuridica di un intervento sulla contrattazione collettiva – ultimamente ripropostasi con riguardo alla contrattazione collettiva transnazionale in occasione di recenti analisi e studi promossi in materia dalla Commissione⁷⁵⁸ - avrebbe potuto (e potrebbe tutt'oggi) trovare una soluzione adeguata, come meglio si spiegherà nel § 9.

⁷⁵⁵ A partire dalla nota teoria della *Multilevel Constitution* di PERNICE, *Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution Making Revisited? Comm. Market Law Rev.*, 1999, p. 703, il tema della "tutela multilivello" dei diritti è stato poi ripreso da vari AA.: cfr. i diversi contributi raccolti nel volume a cura di BILANCIA, DE MARCO, *La tutela multilivello dei diritti. Punti di crisi, problemi aperti, momenti di stabilizzazione*, Giuffrè, 2004; SORRENTINO, *La tutela multilivello dei diritti* (Relazione al Convegno annuale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti, Padova, 22-23 ottobre 2004), *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, p. 79; RUGGERI, *Dinamiche della normazione e valori, nella prospettiva di una ricomposizione "multilivello" del sistema delle fonti*, (Relazione al Convegno su Multilevel constitutionalism tra integrazione europea e riforme degli ordinamenti decentrati: 'nuove' frontiere per 'nuovi' diritti, Co-senza 19 ottobre 2007), *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 2007, p. 65; *Id.*, *La tutela "multilivello" dei diritti fondamentali, tra esperienze di normazione e teorie costituzionali*, *Pol. dir.*, 2007, p. 317; BILANCIA P., 2006, *Le nuove frontiere della tutela multilivello dei diritti*, in <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it>.

⁷⁵⁶ GUARRIELLO, *Ordinamento comunitario*, cit., p. 130.

⁷⁵⁷ Sulle tre fasi di sviluppo della normativa dell'Unione in materia di coinvolgimento si rinvia ad ALAIMO, *Il coinvolgimento dei lavoratori nell'impresa: informazione, consultazione, partecipazione*, in *Trattato di Diritto privato dell'Unione Europea*, diretto da AJANI G., BENACCHIO G.A., vol. V, *Il lavoro subordinato* (a cura di SCIARRA, CARUSO), Giappichelli, 2009, p. 641.

⁷⁵⁸ V. *infra*, § 5.3.

In sintesi, se nel diritto primario dell'Unione lo squilibrio fra diritti di informazione e di consultazione, da una parte, e diritto di contrattazione collettiva e di sciopero, dall'altra, è stato superato dall'attribuzione dello "stesso valore giuridico dei Trattati" alla Carta di Nizza - nella quale *tutti* i diritti tipicamente riguardanti i fenomeni collettivi (e fra questi anche quello di negoziazione) sono riconosciuti in apertura del Capo IV, dedicato alla "Solidarietà" (artt. 27 e 28) - non altrettanto è avvenuto, sino ad oggi, nel diritto derivato.

Si tratta di una lacuna che andrebbe opportunamente colmata, soprattutto in relazione ad alcune forme emergenti di contrattazione collettiva e, segnatamente, alla negoziazione collettiva transnazionale. È evidente che, pur all'interno di un modello di intervento promozionale, piuttosto che regolativo, le tecniche *auxiliary* dovrebbero misurarsi con la specificità di soggetti, di contenuti e di regimi di efficacia, che l'attività negoziale assume a livello transnazionale, non potendosi mutare *d'emblée* i modelli nazionali (per altro differenziati) di legislazione di sostegno.

b) Come nella maggior parte dei sistemi nazionali, anche nell'ordinamento dell'Unione si è inoltre affermata, ed è stata ad un certo punto riconosciuta dal diritto primario, «una progressiva equiparazione della *fonte contrattuale* a quella legale in tema di regolazione sociale»⁷⁵⁹.

Benché tale equiparazione abbia trovato riscontro nei Trattati istitutivi soltanto dopo Maastricht (1992), già nel 1986-1987 l'Atto Unico europeo (AUE) affidava alla Commissione il compito di promuovere il dialogo tra le parti sociali, prevedendo la possibilità che esso sfociasse, qualora queste lo ritenessero opportuno, in «relazioni convenzionali»⁷⁶⁰.

Certo, non si trattò, allora, di un espresso riconoscimento della contrattazione collettiva come fonte - cioè come "risorsa regolativa"⁷⁶¹ dell'ordinamento dell'Unione - ma, sicuramente, ciò costituì una prima, e già indicativa, attestazione di rilievo istituzionale del metodo, diacronicamente contigua all'esperienza degli incontri inaugurati, nel 1985, a *Val Duchesse*⁷⁶².

È, tuttavia, con la redazione del "capitolo sociale" dell'APS allegato al Trattato di Maastricht che la contrattazione collettiva è stata a pieno titolo coinvolta nel processo di formazione del diritto secondario dell'U.E. nel settore della politica sociale, al punto che si è attribuito al Trattato di Maastricht il valore di «evento rivoluzionario nel sistema delle fonti del diritto comunitario»⁷⁶³.

Come meglio si vedrà, l'art. 3 dell'APS ha, infatti, precostituito un vero e proprio "procedimento integrato"⁷⁶⁴, che, coinvolgendo parti sociali e Commissione nel processo di formazione della legislazione secondaria in materia sociale, ha suggellato, nell'ordinamento dell'U.E., la presenza di una contrattazione collettiva "istituzionale" o "tipica". Quest'ultima, nelle forme e nei modi oggi

⁷⁵⁹ C.vo nostro. ROCCELLA, TREU, *Diritto del lavoro*, cit., p. 455. Si rinvia a Caruso, *Sistemi contrattuali e regolazione legislativa in Europa*, *DLRI*, 2006, 112, p. 581 ss.

⁷⁶⁰ L'AUE inseriva nel Trattato CEE l'art. 118 B: «La Commissione si sforza di sviluppare a livello europeo un dialogo tra le parti sociali, il quale possa sfociare, se esse lo ritengono opportuno, in relazioni convenzionali».

⁷⁶¹ LO FARO, *Funzioni e finzioni*, cit., *passim*.

⁷⁶² V. *infra*, § 3.

⁷⁶³ APARICIO TOVAR, *Contrattazione collettiva e fonti comunitarie*, in BAYLOS, CARUSO, D'ANTONA, SCIARRA (a cura di), *Dizionario di diritto del lavoro*, cit., p. 174.

⁷⁶⁴ L'espressione - utilizzata da SCHNORR, *I contratti collettivi*, cit., p. 328 - è ripresa da COMANDÈ, *Le dinamiche collettive nello spazio giuridico europeo*, cit., *passim*.

previsti dall'art. 154 TFUE (rimasto identico al vecchio art. 3 dell'APS), è divenuta, a pieno titolo, fonte di produzione di regole nel settore della politica sociale ⁷⁶⁵.

Ciò, per un verso, ha prodotto una «alterazione dei connotati della contrattazione come atto di autonomia», della quale si sono privilegiati «i caratteri di strumento ausiliario di regolazione pubblica»⁷⁶⁶; per altro verso, ha operato un significativo riconoscimento del principio di sussidiarietà, applicato nella sua accezione orizzontale sul terreno del diritto sociale, ossia, come criterio di riparto fra la sfera istituzionale e quella sociale ⁷⁶⁷. Circostanza, quest'ultima, che ha finito per rendere l'attività normativa dell'Unione in materia sociale «doppiamente sussidiaria» e «doppiamente limitata»: dagli Stati membri e dalle parti sociali ⁷⁶⁸.

Più di recente - in coincidenza cronologica con lo sviluppo di forme “volontarie” ed “autonome” di contrattazione - Parlamento, Consiglio e Commissione hanno concluso un Accordo interistituzionale sugli strumenti di regolamentazione normativa ⁷⁶⁹, includendo gli accordi fra le parti sociali fra i “metodi di regolamentazione alternativi”: la “co-regolamentazione” ⁷⁷⁰ e l’ “autoregolamentazione” ⁷⁷¹. Secondo tale Accordo, in applicazione dei principi generali di sussidiarietà e di proporzionalità, tali metodi potranno essere utilizzati qualora i Trattati istitutivi non prescrivano specificamente il ricorso a determinati strumenti legislativi. La Commissione si è altresì impegnata a garantire che il ricorso ai metodi di regolamentazione alternativi sia sempre conforme al diritto dell'U.E. e che essi rispettino i criteri della trasparenza (con particolare riguardo alla pubblicità degli accordi) e della rappresentatività delle parti interessate ⁷⁷².

Anche nelle nuove vesti che la contrattazione collettiva ha assunto in tempi recenti, gli accordi fra le parti sociali – ed, in particolare, gli accordi “autonomi” - vengono, così, configurati come possibili fonti di regole a livello dell'Unione, benché qualitativamente diversi dagli accordi “pre-legislativi” legati al “circuito istituzionale”, ex art. 154 TFUE.

⁷⁶⁵ *Contra* APARICIO TOVAR, *Contrattazione collettiva*, cit., sp. p. 191, per il quale «il contratto collettivo previsto dall'APS non può essere qualificato in termini di fonte del diritto comunitario (...): l'elenco tassativo delle fonti comunitarie di cui all'art. 189 TCE (n.d.r.: attuale art. 288 TFUE) rimane impregiudicato dall'APS», mentre fonte di norme sarebbe soltanto l'atto del Consiglio.

⁷⁶⁶ ROCCELLA, TREU, *Diritto del lavoro*, cit., p. 474; cfr., *ex aliis*, SCIARRA, *Collective Agreements in the Hierarchy of European Community Sources*, in DAVIES, LYON-CAEN, SCIARRA, SIMITIS (eds.) *European Community Labour Law. Principles and Perspectives*, Oxford, Clarendon Press, 1996, p. 189; LO FARO, *Funzioni e finzioni*, cit.

⁷⁶⁷ Cfr. ARRIGO, *Principio di sussidiarietà e politica sociale nell'Unione europea*, in NAPOLI (a cura di) *Europa, Stato sociale*, Vita e pensiero, 2003, p. 3.

⁷⁶⁸ APARICIO TOVAR, *Contrattazione collettiva*, cit., p. 182; Sulla “doppia sussidiarietà” introdotta dall'APS v., per tutti, ARRIGO, *Politiche sociali comunitarie*, in BAYLOS, CARUSO, D'ANTONA, SCIARRA (a cura di), *Dizionario di diritto del lavoro*, cit., pp. 259 ss.; CASAS BAAMONTE, “Doble” principio de subsidiariedad y competencias comunitarias en el ambito social, *Relaciones laborales*, 1993, p. 49.

⁷⁶⁹ Accordo interistituzionale “Legiferare meglio”, *Gazzetta ufficiale* C 321 del 31.12.2003.

⁷⁷⁰ Secondo l'Accordo interistituzionale, «si intende per coregolamentazione il meccanismo mediante il quale un atto legislativo comunitario conferisce la realizzazione degli obiettivi definiti dall'autorità legislativa ai soggetti interessati riconosciuti in un determinato settore (in particolare agli operatori economici, alle parti sociali, alle organizzazioni non governative o alle associazioni)» (c.vo nostro).

⁷⁷¹ Sempre secondo l'Accordo interistituzionale, «per autoregolamentazione si intende la possibilità lasciata agli operatori economici, alle parti sociali, alle organizzazioni non governative o alle associazioni, di adottare tra di loro e per sé stessi orientamenti comuni a livello europeo (in particolare codici di condotta o accordi settoriali)» (c.vi nostri).

⁷⁷² L'Accordo interistituzionale prosegue chiarendo che il ricorso ai metodi di regolamentazione alternativi «deve rappresentare un valore aggiunto per l'interesse generale e che tali meccanismi non si applicano se sono in gioco diritti fondamentali o scelte politiche importanti, oppure nelle situazioni in cui le regole devono essere applicate uniformemente in tutti gli Stati membri. Essi devono assicurare una regolamentazione rapida e flessibile che non incida sui principi di concorrenza né sull'unicità del mercato interno».

c) Soprattutto a partire dal 2000 si è, infine, assistito ad un crescente sviluppo di forme “volontarie” e “autonome” di contrattazione collettiva: da un lato, *indipendenti dall’iniziativa della Commissione* (e, dunque, dal “procedimento integrato” di cui all’art. 154 TFUE) e ascrivibili piuttosto all’art. 155, § 1, TFUE; dall’altro, *autonomamente attuate* dagli attori collettivi, a prescindere, cioè, dalla “decisione” del Consiglio cui fa riferimento l’art. 155, § 2.

La prospettiva di un dialogo sociale europeo maggiormente “autonomo” era stata aperta dalle parti sociali durante il Vertice di Laeken del dicembre 2001⁷⁷³ e si è, di fatto, concretizzata in varie forme proprio a partire dall’inizio di quel decennio.

Tale «spostamento qualitativo della natura del dialogo sociale verso una maggiore autonomia»⁷⁷⁴ veniva riconosciuto dal TC del 2004 (art. I-48 TC), dal quale i redattori del TL hanno ricavato, come si è visto, il nuovo art. 152 TFUE.

La tendenza allo sviluppo di forme “volontarie” e “autonome” di contrattazione ha trovato inoltre conferma in una serie di studi promossi dalla Commissione a partire dalla seconda metà del decennio passato: in primo luogo, il *Rapporto sulla contrattazione collettiva transnazionale* del 2006⁷⁷⁵ e, da ultimi, il già richiamato *Documento di lavoro dei servizi della Commissione sul funzionamento e sul potenziale del dialogo sociale settoriale a livello europeo*⁷⁷⁶ e i due Rapporti sulle Relazioni industriali del 2008 e del 2010⁷⁷⁷.

Lo sviluppo di forme nuove di dialogo “volontarie” e “autonome”, avvenuto in una fase successiva a quella della sua “codificazione” nel diritto primario, suggerisce, come già anticipato, di adottare una terza declinazione del fenomeno della contrattazione in ambito europeo: quella di contrattazione collettiva come *attività*; il suo esercizio costituisce anch’esso oggetto di un diritto sociale (il diritto di negoziazione), ma dal cui svolgimento derivano spesso testi negoziali differenti dagli accordi collettivi ex art. 154 TFUE, non soggetti, come si vedrà, alle limitazioni di competenze che interessano questi ultimi.

Appare, a questo punto, opportuno ritornare al dialogo sociale, approfondendone la genesi e lo sviluppo storico.

⁷⁷³ In quell’occasione, le parti sociali presentarono un proprio “contributo comune” (ETUCI UNICEICEEP, *Joint contribution by the social partners to the Laeken European Council*, 7 December 2001), manifestando la volontà di spingere il dialogo sociale verso una maggiore “autonomia”. L’intento veniva ribadito nel primo programma di lavoro congiunto pluriennale relativo al periodo 2003-2005 (ETUC, CEEP e UNICEJUEAPE, *Work programme of the European social partners 2003-2005*, Brussels, 2002). La stessa Commissione, nel Libro bianco sulla *Governance* europea [COM(2001) 428 def. del 5 agosto 2001], aveva già sottolineato la necessità di «sollecitare ancor più le parti sociali a servirsi dei poteri loro conferiti dal trattato di concludere accordi su base volontaria».

⁷⁷⁴ COM (2004) 557, punto 3.1.

⁷⁷⁵ *Rapporto sulla contrattazione collettiva transnazionale* redatto dal gruppo di esperti incaricato dalla Commissione e coordinato da Edoardo Ales (ALES, ENGBLOM, JASPERS, LAULOM, SCIARRA, SOBCZAK, VALDÉS DAL-RÉ, *Transnational Collective Bargaining: Past, Present and Future*, 2006).

⁷⁷⁶ Cit., *retro*, alla nota 16.

⁷⁷⁷ *Industrial Relations in Europe 2008 e Industrial Relations in Europe 2010*, sp. cap. 6 (*European social dialogue developments 2008-10*). Entrambi i Rapporti sono visionabili consultando il sito <http://ec.europa.eu>.

3. L'evoluzione del dialogo sociale. La prima fase: dal "processo di Val Duchesse" (1985) all'Atto Unico Europeo (1986)

Secondo studi recenti⁷⁷⁸, l'evoluzione storica del dialogo sociale può essere suddivisa in tre fasi: la fase iniziale (1985-1991), che vede l'origine del cd. "dialogo sociale europeo" a *Val Duchesse* ed il suo primo formale riconoscimento nei Trattati con l'AUE del 1986; la fase del consolidamento e della "codificazione" (1992-2001), corrispondente alla sottoscrizione dell'APS e al suo successivo inserimento nel TCE, avvenuto con il Trattato di Amsterdam; infine, la fase che segue la Dichiarazione di *Laeken* del 2001, testo all'interno del quale le parti sociali dichiarano programmaticamente l'obiettivo di sviluppare un dialogo sociale più autonomo; proponimento destinato ad inverarsi nella prassi negli anni successivi.

Mentre la prima e la terza fase sono contraddistinte da una maggiore caratterizzazione del dialogo come *attività*, nella seconda, l'enfasi sembra porsi sul formale riconoscimento e sulla "codificazione" del dialogo come *fonte* di produzione di regole nel settore della politica sociale⁷⁷⁹.

Il dialogo sociale delle origini si realizza, dunque, nel periodo 1985-1990, a partire dal primo incontro fra le parti sociali, avvenuto nella località belga di *Val Duchesse* (e per questo noto come "processo di *Val Duchesse*"), su iniziativa dell'allora presidente della Commissione Delors. In tale fase il dialogo è contraddistinto dalla ricorrenza di alcuni tratti fondamentali: il livello centralizzato degli incontri (i soggetti che lo realizzano sono le organizzazioni europee sindacali e datoriali intersettoriali di vertice: CES, UNICE e CEEP), il carattere d'iniziativa informale su base volontaria, la scelta di assumere come oggetto temi di carattere generale⁷⁸⁰, producendo *output* differenti dai veri e propri accordi collettivi europei (*euro-agreements*). Si tratta, dunque, di "dialogo sociale bilaterale interprofessionale", nel quale la Commissione, spronando gli attori alla negoziazione, è intervenuta con ruolo di mediatore degli incontri tra le parti. I prodotti di tali prime forme di dialogo sono rappresentati da una serie di "pareri comuni" ("*joint opinions*") riguardanti questioni di rilevanza socio-economica generale⁷⁸¹: la formazione, l'impatto delle nuove tecnologie, la mobilità del lavoro, gli strumenti per migliorare il funzionamento del mercato europeo del lavoro, la strategia della cooperazione per la crescita e l'occupazione⁷⁸².

⁷⁷⁸ KELLER, *Social Dialogue. The Specific Case of the European Union*, *Int. Journ. Comp. Lab. Law Ind. Rel.*, 2008, pp. 203 e ss.; *adde* PERUZZI, *L'autonomia nel dialogo*, cit., p. 525. Per una diversa periodizzazione CLAUWAERT, *2011:20 years of European interprofessional social dialogue: achievements and prospects*, *Transfer*, 2011,17(2), pp. 170-171, che considera il periodo 1995-2002 come "*Commission-guided European interprofessional social dialogue*" e il periodo 2002-2010 come il periodo dell' "*autonomous European social dialogue*".

⁷⁷⁹ Con il che non vuol dirsi che la contrattazione collettiva come attività non possa essere considerata a sua volta fonte di regolazione, ancorché atipica (*extra-ordinem*), nell'ordinamento europeo, essendo collocabile nella variegata tipologia delle fonti *soft*. La distinzione vuol mettere in rilievo il diverso grado di condensazione istituzionale del contratto collettivo in ragione della sua efficacia giuridica: nel procedimento *ex art. 154 TFUE* (v., *infra*, §§ 4 e ss.) l'accordo collettivo europeo diventa fonte di diritto europeo, la cui efficacia è veicolata dallo strumento tipico di regolazione vincolante *erga omnes* (la direttiva europea; quest'ultima, peraltro, è solo in parte riconducibile al metodo classico dell'armonizzazione, dato il contenuto frequentemente *soft* delle direttive che hanno recepito gli accordi collettivi: fonti *semi-hard*). Nel caso della contrattazione collettiva come attività autonoma (*ex art. 155, § 1, TFUE*), il contratto collettivo diventa, invece, fonte di regolazione tipicamente appartenente alla categoria della *soft law*.

⁷⁸⁰ NUNIN, *Il dialogo*, cit., p. 15.

⁷⁸¹ ROCCELLA, TREU, *Diritto del lavoro*, cit., p. 463.

⁷⁸² Come si legge nella Comunicazione del 1996 [COM (1996) 448], in totale sono stati emessi 21 dichiarazioni e pareri congiunti e tenuti 7 Vertici, cui hanno partecipato il presidente della Commissione e rappresentanti ad alto livello delle organizzazioni nazionali

Sulla scorta delle esperienze di dialogo interprofessionale inaugurate a *Val Duchesse*, ed in base al *Joint statement on the future of the social dialogue* del 3 luglio 1992 (sottoscritto da CES, UNICE e CEEP) viene costituito, nello stesso anno, il Comitato del dialogo sociale intercategoriale. Sarà questa, di fatto, la sede istituzionale effettiva del dialogo sociale interprofessionale, alla quale gli accordi autonomi (*autonomous agreements*) conclusi a livello intersettoriale assegneranno importanti funzioni di monitoraggio della propria attuazione⁷⁸³.

Ma già nel 1986, l'importanza del dialogo sociale e dei suoi potenziali sviluppi è esplicitamente sancita dall'art. 118B TCE, introdotto nel Trattato dall'art. 22 dell'AUE, disposizione nuova, per la quale «*La Commissione si sforza di sviluppare a livello europeo un dialogo tra le parti sociali, il quale possa sfociare, se esse lo ritengono opportuno, in relazioni convenzionali*». Centrale appare, nella nuova disposizione, la funzione di stimolo del dialogo assegnata alla Commissione europea; l'interazione fra Commissione e parti sociali – già evidente nell'art. 118B – troverà, poi, ulteriore e più deciso suggello nell'APS allegato al Trattato di Maastricht, mentre il superamento della disposizione introdotta dall'art. 22 dell'AUE verrà definitivamente formalizzato dall'incorporazione dell'APS nel TCE ed, in particolare, dal travaso degli artt. 3 e 4 dell'APS nel TCE, realizzato dal Trattato di Amsterdam nel 1997⁷⁸⁴.

4. La seconda fase: gli artt. 3 e 4 dell'Accordo sulla Politica Sociale (attuali artt. 154-155 TFUE): (a) dialogo sociale e “procedimento integrato”

Gli artt. 3 e 4 dell'APS del 1992, ispirati all'accordo concluso da UNICE, CEEP e CES il 31 ottobre 1991, costituiscono il preludio della “fase della codificazione” del dialogo nel diritto primario dell'U.E. e ribadiscono il compito della Commissione di promuovere lo svolgimento del medesimo fra le parti sociali.

Sia pure con diversa formulazione rispetto all'art. 22 dell'AUE, il § 1 dell'art. 3 dell'APS - oggi travasato nell'art. 154, § 1, TFUE - stabilisce, infatti, che «*La Commissione ha il compito di promuovere la consultazione delle parti sociali a livello dell'Unione e prende ogni misura utile per facilitarne il dialogo provvedendo ad un sostegno equilibrato delle parti*».

Non è questo, tuttavia, l'“aspetto rivoluzionario” della seconda fase⁷⁸⁵, rappresentato, piuttosto, dal coinvolgimento degli attori collettivi nel processo di produzione di regole nel campo della politica sociale. Tale coinvolgimento - che si realizza grazie ad *input* consultivi e normativi della Commissione - dà luogo, come già anticipato, ad un vero e proprio “procedimento integrato”, che può essere impiegato per concludere accordi intersettoriali, multi-settoriali e settoriali⁷⁸⁶ e nel

ed europee delle parti sociali. Per una cronologia degli *joint opinions* siglati, a livello interprofessionale, in un periodo più ampio, pre-Lisbona (dal 1986 al 1999), v. la tabella 1) pubblicata all'interno del lavoro di KELLER, *Social Dialogue*, cit., pp. 205-206.

⁷⁸³ V. *infra*, § 7.1.

⁷⁸⁴ Il Trattato di Amsterdam, incorporando nel TCE l'APS allegato al Trattato di Maastricht, provvederà, infatti, a sostituire ai precedenti artt. 117-120, nuovi testi. Nei termini formulati dall'AUE, la disposizione sul dialogo sociale (*ex art.* 118B) scompare, così, dal testo del TCE e viene, sostanzialmente, sostituita dal § 1 dell'attuale art. 154 TFUE, ai sensi del quale “*La Commissione ha il compito di promuovere la consultazione delle parti sociali a livello dell'Unione e prende ogni misura utile per facilitarne il dialogo provvedendo ad un sostegno equilibrato delle parti*”.

⁷⁸⁵ Si mutua l'espressione da WELZ, *The European Social Dialogue under Articles 138 and 139 of the EC Treaty*, Kluwer Law International, 2008, p. 298, che la utilizza citando, a sua volta, UTE HARTENBERGER, *Europäischer sozialer Dialog nach Maastricht. EU-Sozialpartnerverhandlungen auf dem Prüfstand*, Baden-Baden, Nomos, 2001, p. 77.

⁷⁸⁶ Come riferito da WELZ, *The European Social Dialogue*, cit., p. 289, nel periodo compreso fra il 1993 e il 2008 il procedimento è stato usato ventotto volte.

quale istituzioni e parti sociali sono chiamate ad interagire in una sequenza di fasi normativamente predeterminate.

All'interno di un simile procedimento è conferita alle parti sociali una doppia funzione: in una prima fase *consultiva*, in una seconda più propriamente *negoziale-normativa*.

4.1. La consultazione

Ai sensi dell'art. 154 TFUE, anche la consultazione è duplice - ossia articolata in due momenti distinti – ed è, in entrambi i casi, *obbligatoria*.

Ed infatti, «*prima di presentare proposte nel settore della politica sociale*», la Commissione consulta, innanzitutto, le parti sociali «*sul possibile orientamento di un'azione dell'Unione*»; successivamente, «*se, dopo tale consultazione, ritiene opportuna un'azione dell'Unione*», consulta le parti sociali «*sul contenuto della proposta prevista*».

La consultazione deve, pertanto, riguardare sia l'*an* sia il *merito* della proposta e, poiché essa è in entrambi i momenti obbligatoria, il suo mancato espletamento genera un vizio di procedura (i.e.: un vizio di legittimità), sindacabile ex art. 263 TFUE⁷⁸⁷.

Nella Comunicazione del 1993 sull'applicazione dell'APS⁷⁸⁸, la Commissione ha inoltre fissato nel termine massimo di sei settimane, per ciascuna delle due consultazioni, il periodo entro il quale le parti devono far pervenire i propri "pareri", accentuando, in tal modo, la regolamentazione formale dell'intero procedimento contemplato dall'art. 154 TFUE⁷⁸⁹.

Una questione interpretativa centrale si è posta con riguardo all'espressione "*proposte nel settore della politica sociale*", poiché non è chiaro se con essa si sia voluto far riferimento esclusivamente ai settori di competenza dell'Unione, indicati dall'art. 153 TFUE, o se, invece, la medesima formulazione possa ricomprendere anche altri ambiti di possibile intervento: la libera circolazione dei lavoratori (art. 45 TFUE) e le connesse misure di sicurezza sociale (art. 48 TFUE), per esempio, ma, anche, i settori in cui l'Unione può legiferare utilizzando le cosiddette basi giuridiche generali (artt. 115 e 352 TFUE).

La genericità dell'espressione impiegata, unita al mancato richiamo dell'art. 153 TFUE, spinge a propendere per tale ultima interpretazione, benché, viceversa, la Commissione abbia a volte fatto ricorso ad un'interpretazione restrittiva: per esempio, in occasione dell'adozione della direttiva antidiscriminatoria 2000/78/CE, la Commissione stessa non ha aperto alcuna consultazione delle parti sociali, limitandosi ad agire sulla base dell'art. 19 TFUE.

4.2. La rappresentatività degli attori

Una seconda importante questione, poiché il Trattato non fornisce indicazioni al riguardo, è posta dall'individuazione delle parti sociali da coinvolgere nelle tre fasi.

⁷⁸⁷ WELZ, *The European Social Dialogue*, cit., pp. 297-298.

⁷⁸⁸ COM (1993) 600 def.

⁷⁸⁹ Rilievi critici su questa prassi in CLAUWAERT, *2011:20 years*, cit., p. 175.

Come indicazione di merito relativa a tale questione, nella propria Comunicazione sull'applicazione dell'APS, la Commissione ha fissato tre fondamentali criteri selettivi sulla base dei quali stabilire il coefficiente minimo di rappresentatività necessario alle organizzazioni per l'ammissione alla procedura ⁷⁹⁰. In conformità a tali criteri, ripresi dalla Comunicazione della Commissione del 1998 [COM (1998) 322], le organizzazioni devono: (1) essere interconfederali, di settore o di categoria e organizzate a livello europeo; (2) essere composte da organizzazioni riconosciute come facenti parte integrante delle strutture delle parti sociali degli Stati membri e avere la capacità di negoziare accordi e, nella misura del possibile, essere rappresentative di tutti gli Stati membri; (3) disporre di adeguate strutture che consentano loro un'effettiva partecipazione al processo di consultazione.

Il primo criterio può essere riferito alla "*rappresentatività di organizzazione*" in cui il modello tipico di organizzazione sindacale dei principali sistemi europei (quello orizzontale intercategoriale, o verticale, nelle varianti settoriale o categoriale) deve essere "replicato" a livello europeo. Appare evidente che tale criterio consente l'esclusione dei sindacati a struttura organizzativa aziendale o mono-categoriale, ma anche, probabilmente, di mestiere.

Il secondo criterio di rappresentatività può essere definito di "*integrazione organizzativa sopra-nazionale e di effettività*": fra organizzazioni sindacali e datoriali europee e le corrispettive nazionali (queste ultime a numero più ampio possibile e, tendenzialmente, presenti in tutti gli stati dell'Unione) devono ricorrere legami organizzativi (non si richiedono moduli giuridici particolari) e, *pour cause*, politico-sindacali, diretti e consolidati; tale elemento organizzativo è considerato causa efficiente della possibilità di partecipare *effettivamente* e utilmente al procedimento di consultazione e quindi al dialogo sociale.

Il terzo criterio di rappresentatività delle organizzazioni datoriali e sindacali europee - che può essere definito della "*intrinseca rilevanza strutturale e organizzativa*" - in qualche modo richiama un indicatore di rappresentatività politico-confederale utilizzato dalla giurisprudenza italiana, in vigore del primo comma dell'art. 19 l. n.300/70 - prima della sua abrogazione - per dar corpo a tale tipo di rappresentatività; vale a dire il criterio della adeguata ed effettiva articolazione territoriale, dimostrata dalla presenza diffusa di strutture organizzative. Mentre nel caso della norma nazionale la dimensione geografica coincideva con lo Stato, in questo caso la dimensione spaziale è quella integrata (nazionale/europea), soprattutto se tale criterio va letto, come sembra corretto, in combinato con il secondo; tutto ciò per rendere "effettivo" l'esercizio del potere di rappresentanza, sul fondamento del quale (tipologia di mandato tra organizzazioni nazionali e sovranazionali) la Commissione europea correttamente non indugia, al contrario di proposte, non accolte, del Parlamento europeo.

⁷⁹⁰ I criteri di rappresentatività indicati di seguito nel testo sarebbero riferibili alle sole due fasi consultive, anziché a quella negoziale, secondo il Tribunale di primo grado, la Commissione e il Consiglio. Si ritiene, tuttavia, preferibile l'interpretazione secondo cui tali criteri vadano applicati a tutte e tre le fasi, compresa quella negoziale, poiché l'intero "procedimento integrato", dalla iniziale consultazione delle parti sociali alla stipulazione dell'accordo conclusivo, è tendenzialmente unitario (così LO FARO, *Funzioni e finzioni*, cit., pp. 200-202).

Tali requisiti devono sussistere in maniera cumulativa. Da più parti si è sottolineato che essi si risolvono in indicatori presuntivi di rappresentatività piuttosto generici ⁷⁹¹, tanto è vero che il Parlamento europeo ne aveva proposto, come accennato, un'integrazione con altri due requisiti, uno dei quali genericamente riferito al mandato ⁷⁹². Tali proposte non sono state recepite dalla Commissione.

A proposito del rilievo di genericità va, in ogni caso, ricordato che ogni indice finalizzato a rilevare presuntivamente la rappresentatività delle organizzazioni sindacali, al contrario degli indici di rappresentatività "misurata", si presta a una inevitabile e, pertanto scontata, considerazione di indeterminatezza; non lo erano, certo, di meno gli indicatori della rappresentatività politico-confederale presuntiva utilizzati con riferimento alla disposizione italiana abrogata, a cui si è fatto cenno; e, ciò nonostante, può dirsi che, per un'intera fase di assestamento ed evoluzione del sistema sindacale italiano, tale attribuzione di rappresentatività ha dato buona prova di sé.

Va aggiunto che la necessità di condensare e formalizzare il grado di rappresentatività degli attori coinvolti in processi negoziali, ove sono in gioco anche risorse pubbliche (in questo caso la regolazione sociale europea) cresce in relazione, direttamente proporzionale, al livello di rilevanza, ampiezza e salienza di tale processo. Onde pare del tutto giustificabile un certo grado di "genericità", che lascia maggiori margini di discrezionalità a chi governa (la Commissione) il processo costituente del sistema di relazioni consultive e negoziali europeo, in una fase di suo progressivo assestamento anche di tipo procedurale; così come pare ragionevole che una maggiore ponderatezza e formalizzazione dei criteri di accertamento della rappresentatività sindacale nel dialogo sociale europeo, potrebbe essere preferibile nella misura in cui il processo dovesse consolidarsi e dovessero porsi questioni di governo del pluralismo sindacale e di misurazione di una rappresentatività di tipo consensuale e non solo istituzionalmente presunta; ciò se, e nella misura in cui, il dialogo sociale europeo dovesse sempre più produrre effetti a cascata sui sistemi negoziali statali e sub statali europei.

Si porrebbe in tal caso, soprattutto per le organizzazioni di rappresentanza dei lavoratori, la necessità una doppia legittimazione democratica: una, del tutto nuova, di tipo endo-organizzativo; si pone, infatti, la questione se gli agenti negoziali europei abbiano una legittimazione negoziale propria o derivata; problema risolvibile soltanto attraverso le dinamiche endo-organizzative dei sindacati e delle associazioni europee. Il secondo, se la rappresentatività delle organizzazioni europee, e la formalizzazione dei rapporti di rappresentanza tra organizzazioni europee e nazionali, assorba, soprattutto per i sindacati, il problema della democrazia di mandato (diretta o rappresentativa) rispetto agli iscritti ma anche, in prospettiva, tipicamente italiana, dei non iscritti; detto altrimenti, se il dialogo sociale, come pratica di democrazia deliberativa (un processo tipicamente comunicativo che produce condivisione) e come *governance* istituzionale democratizzata, assorba e/o renda marginale, a tale livello, il problema del consenso dei lavoratori, iscritti o non

⁷⁹¹ GRANDI, *La contrattazione collettiva europea: aspetti giuridici*, in AA.VV., *La contrattazione collettiva europea. Profili giuridici* Angeli, 2001, p. 23; COMANDÈ, *Negoziato e contratto collettivo europeo nel pluralismo ordinamentale*, Tesi di dottorato, 2009, pp. 114-115.

⁷⁹² Quello secondo cui le organizzazioni (a) avrebbero dovuto essere composte di associazioni rappresentanti lavoratori o datori di lavoro iscritti a titolo volontario a livello sia nazionale che europeo e quello secondo cui (b) le medesime avrebbero dovuto avere un mandato conferito dai propri iscritti, che le autorizzasse a rappresentarli nell'ambito del dialogo sociale europeo, e potessero dimostrare la loro rappresentatività.

iscritti, rispetto all'*agere* negoziale dei rappresentanti europei, essendo, a tale livello negoziale, sufficiente il mandato delle organizzazioni nazionali. Posto il problema in altri termini, se il mandato sindacale, nella negoziazione europea, si risolve nella rappresentanza degli interessi di cui le organizzazioni europee rappresentative sono soggetti esponenziali, a prescindere da regole di democrazia formale⁷⁹³ (realizzandosi così nell'ordinamento sindacale europeo un tipico modello di "democrazia dei fini").

Al di là di simili questioni teoriche, non affrontabili adeguatamente in questa sede, la Commissione ha nominativamente indicato, in un apposito allegato (All. 2) alla Comunicazione sull'applicazione dell'APS, le ventotto organizzazioni interconfederali e di settore rispondenti ai criteri prefissati; l'elenco, oltre alle grandi confederazioni intersettoriali – *Business Europe*, CEEP e CES – comprendeva, in origine, altre organizzazioni di rappresentanza di determinate categorie di lavoratori o di imprenditori, come l'UEAMPE, la CEC, l'Eurocadres, e una serie di associazioni imprenditoriali di settore, in particolare nelle branche della distribuzione, del credito ed assicurazione e dei trasporti. Un elenco aggiornato delle organizzazioni rispondenti ai tre criteri indicati è stato successivamente stilato in allegato (All. 1) alla Comunicazione del 1998 [COM (1998) 322].

4.3. La negoziazione dopo la consultazione

La fase che può seguire i due *step* consultivi è, infine, quella in cui le parti sociali vengono legittimate a svolgere una funzione più propriamente negoziale-normativa (art. 154, § 4, TFUE) e, proprio per tale ragione, costituisce il vero aspetto innovativo dell'intero procedimento, pur rappresentando solo un'opzione a disposizione delle parti sociali. Queste ultime, infatti, quale possibile sviluppo dei due momenti consultivi, «possono *informare la Commissione della loro volontà di aprire il processo previsto dall'art. 155 TFUE*», ossia, di avviare una procedura di negoziazione a conclusione della quale può essere definito un accordo.

È in questa terza fase che gli attori collettivi possono, dunque, avocare a sé poteri normativi, sostituendosi integralmente alla Commissione nel loro esercizio. Per espressa previsione dell'art. 154 TFUE, essi hanno a disposizione nove mesi per chiudere la procedura di negoziazione, trascorsi inutilmente i quali, «*salvo proroga decisa in comune dalle parti sociali interessate e dalla Commissione*», i poteri normativi ritornano alle istituzioni, che li esercitano nelle ordinarie modalità previste dai Trattati.

Il "procedimento integrato" di cui all'art. 154 TFUE ha conosciuto una stagione di intensa applicazione intorno alla metà degli anni novanta; periodo in cui, seguendo il "circuito istituzionale" di cui all'art. 154 TFUE, sono stati conclusi diversi accordi pre-legislativi⁷⁹⁴, successivamente recepiti in direttive del Consiglio e, perciò, denominati accordi "*statutory*"⁷⁹⁵.

⁷⁹³ Problema affrontato da BARNARD, *The Social Partners and the Governance Agenda*, *Eur. Law Journ.*, 2002, p. 80.

⁷⁹⁴ Necessitando di una concertazione tra parti sociali e Commissione, tali accordi sono anche stati definiti "accordi per la concertazione legislativa": cfr. D'ANTONA, *Contrattazione collettiva e concertazione nella formazione del diritto sociale europeo*, in *La contrattazione collettiva in Europa* (a cura di LETTIERI, ROMAGNOLI), Ediesse, 1999; ora in Massimo D'Antona, *Opere* (a cura di CARUSO, SCIARRA), Giuffrè, 2000, vol. I, p. 447.

⁷⁹⁵ Cfr. gli accordi recepiti dalle Direttive sui congedi parentali (14 dicembre 1995, attuato con Direttiva 1996/34/CE), sul part-time (6 giugno 1997, attuato con Direttiva 1997/81/CE) e sul lavoro a tempo determinato (18 marzo 1999, attuato con Direttiva 1999/70/CE). A questi tre accordi di livello intersettoriale – che costituiscono gli esempi più noti di accordi *statutory* – vanno aggiunti gli Accordi settoriali sull'orario di lavoro della gente di mare (30 settembre 1998, attuato con Direttiva 1999/63/CE); l'orario di lavoro del personale di volo (22 marzo 2000, attuato con Direttiva 2000/79/CE); le condizioni di lavoro dei lavoratori mobili che effettuano servizi di interoperabilità transfrontaliera nel settore ferroviario (27 gennaio 2004, attuato con Direttiva 2005/47/CE).

In tempi più recenti, all'interno del "procedimento integrato" di cui all'art. 154 TFUE, si è ridata priorità all'intervento normativo istituzionale, sia pure "controllato" dalla partecipazione *consultiva* delle parti sociali. Di fronte all'apertura del "circuito istituzionale" (ex art. 154 TFUE) si è, infatti, assistito ad un arretramento della funzione negoziale-normativa delle parti sociali a vantaggio di quella consultiva: ciò è accaduto, per esempio, in occasione della direttiva sul lavoro tramite agenzia (Dir. 2008/104/CE) e della nuova direttiva (rifusione) sui CAE (Dir. 2009/38/CE).

E infatti, nei considerando (punti 4-7) della Dir. 2008/104/CE è riportato che essa - nonostante il mancato accordo fra le parti sociali - è stata preceduta dalla consultazione. Nel caso del lavoro temporaneo, quindi, la direttiva, pur non presentandosi come diretto prodotto del dialogo sociale, in qualche modo ne ha rimarcato il valore, tenendo conto del mancato accordo. In tal caso, più che di accordo "all'ombra della gerarchia"⁷⁹⁶ (o della legge⁷⁹⁷), si può parlare di gerarchia in "assenza di accordo". In questa occasione, infatti, il potere deterrente costituito dall'"ombra della gerarchia", di cui parla Smismans, si materializza nell'esercizio della prerogativa gerarchica, sotto forma di legge avente valore sostitutivo dell'accordo ma che utilizza, comunque, "i materiali" del dialogo.

Sotto altro profilo, la direttiva si presenta come una mediazione istituzionale sostitutiva dell'accordo tra le parti sociali, che tiene, tuttavia, conto dei risultati del processo di consultazione.

In altre occasioni - per esempio, nel caso della direttiva di rifusione sui CAE (Dir. 2009/38/CE) - sono state messe in campo, dagli attori collettivi, modalità di intervento delle parti sociali diverse da quelle precostituite dall'art. 154 TFUE. In occasione della Dir. 2009/38/CE, per esempio, al di fuori degli schemi consultivi e negoziali (i "pareri" tecnici delle parti sociali e i veri e propri accordi pre-legislativi) previsti dall'art. 154, è stato adottato da UNICE, CES, UEAPME, CEEP, un "Avviso comune" nel quale, attraverso un articolato simile a quello di un testo normativo, sono state presentate tutte le modifiche proposte al testo della direttiva. Non si è trattato, però, né di un "parere", né di un accordo pre-legislativo, ma, per l'appunto, di un "Avviso comune": un testo contrattuale di diversa natura, la cui adozione ha allontanato l'attività negoziale delle parti sociali europee da quella formale e precostituita «dimensione "servente" (...) nei confronti della funzionalità del sistema di produzione normativa» dell'Unione⁷⁹⁸, facendole recuperare, piuttosto, caratteri d'informalità e di volontarismo sintonici ai più recenti sviluppi del "dialogo autonomo", del quale più diffusamente si tratterà nel prosieguo⁷⁹⁹.

In questo caso, le parti sociali si sono fatte carico di conformare, per così dire, *ab externo* l'attività legislativa; non si sono limitate ad un semplice parere (fase consultiva pura) ma neppure sono state in grado di elaborare un testo negoziale "chiavi in mano", autosufficiente per il recepimento legislativo vincolato. La loro attività si è attestata in una via di mezzo, vale a dire nella elaborazione di un "Avviso comune", contenente, non un testo completo, ma indicazioni normative integrative di un articolato elaborato al di fuori del circuito del dialogo diretto.

⁷⁹⁶ SMISMANS, *The European Social Dialogue in the Shadow of Hierarchy*, *Journ. publ. pol.*, 2008, p. 161.

⁷⁹⁷ L'espressione "*bargaining in the shadow of the law*" è coniata da BERCUSSON, *Democratic Legitimacy and European Labour Law*, *Ind. Law Journ.*, 1999, 28 p. 159.

⁷⁹⁸ LO FARO, *Funzioni e finzioni*, cit., p. 257.

⁷⁹⁹ Cfr. *infra*, §§ 7 e ss.

Nel complesso, non si può evitare di rimarcare che, nonostante l'azione di valorizzazione del "procedimento integrato", negli ultimi dieci anni si è assistito ad un declinante uso del "circuito istituzionale" e della contrattazione collettiva "tipica". Tale tendenza va attribuita, oltre che allo sviluppo di forme "volontarie" ed "autonome" di contrattazione, a modalità di intervento delle parti sociali nei processi di produzione normativa sociale meno standardizzate rispetto a quelle prefigurate dall'art. 154 TFUE; modalità delle quali l'"Avviso comune" presentato in occasione della rifusione della direttiva sui CAE - a metà strada fra l'accordo pre-legislativo ed il parere consultivo - rappresenta proprio un importante esempio.

Un intervento ancora più informale è stato messo in campo dalle parti sociali nel caso della direttiva sul lavoro tramite agenzia, la quale, come si è appena visto, tiene conto, tuttavia, dei materiali del "mancato accordo" tra le parti.

5. (b) Il dialogo sociale volontario

Se il "procedimento integrato" è contraddistinto dall'interazione fra Commissione e parti sociali e dall'iniziale *input* della Commissione, il § 1 dell'art. 155 TFUE consente, invece, agli attori collettivi di "autodeterminarsi" al dialogo.

La contrattazione collettiva viene, in questo caso, *autonomamente intrapresa*; essa è il frutto di un'integrale iniziativa dei *partner* sociali e dà luogo a un "procedimento volontario" di negoziazione.

Una tipologia di negoziati diversa da quella ascrivibile al "circuito istituzionale" delineato dall'art. 154 TFUE può, pertanto, realizzarsi *ex art.* 155, § 1, TFUE: negoziati "volontari" o "liberi"⁸⁰⁰, il cui esito può, tuttavia, essere anche qui *contrattuale*, come mostra l'impiego del termine "accordi" (nel testo inglese *agreements*) alla fine del § 1 dell'art. 155.

La possibilità, messa in dubbio dalla dottrina in una prima fase⁸⁰¹, che anche da tali "procedimenti volontari" potessero derivare veri e propri accordi collettivi (cosiddetti *collective agreements self-initiated*), sembra invece esplicitamente riconosciuta dalla Commissione nelle Comunicazioni sul dialogo. Nella Comunicazione del 1996 [COM (1996) 448], infatti, si legge che «solo le parti sociali possono creare da sé le proprie strutture di dialogo e di pattuizione» e che la Commissione non ha, da parte sua, «la facoltà di imporre partecipanti ad un negoziato liberamente avviato»; così come nella Comunicazione del 1998 [COM (1998) 322] si dichiara che «le parti sociali (...) hanno la capacità, riconosciuta dal Trattato, di impegnarsi in un vero e proprio *dialogo sociale autonomo*, vale a dire di negoziare in modo indipendente accordi che diventeranno norme giuridiche».

Ad oggi, le principali espressioni del "procedimento volontario" sono rappresentate dal dialogo settoriale e dalla contrattazione collettiva che si svolge a livello di imprese transnazionali, di cui più diffusamente si dirà nei §§ 7 e seguenti. Sono queste ultime le forme di negoziazione che le parti sociali hanno più spesso liberamente intrapreso, mentre, a livello intercategoriale (*cross-industry*), si sono per lo più diffuse forme di contrattazione autonomamente attuate, nelle quali l'iniziativa negoziale è rimasta, però, prevalentemente legata all'iniziativa della Commissione e all'apertura di consultazioni da parte della stessa.

⁸⁰⁰ Si riprende qui la terminologia utilizzata da GRANDI, *La contrattazione collettiva europea*, cit., pp. 20-21.

⁸⁰¹ Per una sintesi del dibattito WELZ, *The European Social Dialogue*, cit., pp. 304 e ss.

6. Dalla rilevanza all'efficacia giuridica degli accordi collettivi europei (euro-agreements) I meccanismi di attuazione negli ordinamenti nazionali

«Gli accordi conclusi a livello dell'Unione sono attuati secondo le procedure e le prassi proprie delle parti sociali e degli Stati membri o, nell'ambito dei settori contemplati dall'articolo 153, e a richiesta congiunta delle parti firmatarie, in base ad una decisione del Consiglio su proposta della Commissione. Il Parlamento europeo è informato». È questo il contenuto dell'art. 155, § 2, TFUE, disposizione riguardante l'attuazione degli accordi collettivi conclusi a livello dell'Unione (*euro-agreements*).

La disposizione fa riferimento a specifiche esperienze di dialogo sociale: quelle che sfociano nella conclusione di accordi (*agreements*), poiché, come meglio si vedrà, il dialogo sociale non sempre genera veri e propri "accordi", come mostra la classificazione dei diversi "prodotti" del dialogo operata dalla Commissione nella Comunicazione del 1998 [COM (1998) 322]⁸⁰².

L'art. 155, § 2, contempla, al riguardo, due diverse modalità di attuazione degli accordi: una "autonoma" (*autonomous implementation*) ed una "istituzionale" (*institutional implementation*)⁸⁰³.

Un dato sembrerebbe, inoltre, ricavabile dalla norma *de qua*. Gli accordi generati dal dialogo fra le parti sociali europee sono sicuramente rilevanti per l'ordinamento dell'Unione nel momento in cui il fatto "accordo concluso a livello dell'Unione" è oggetto di riconoscimento nei Trattati; essi, tuttavia, non hanno efficacia giuridica *ex se*, ma necessitano di ulteriori passaggi - attuativi, per l'appunto - che forniscano loro efficacia (la possibilità, cioè, di far nascere, modificare o estinguere situazioni soggettive).

Se la rilevanza è indubbia, più dubbio, tuttavia, è il tipo di efficacia a cui la norma fa indiretto riferimento.

Occorre, innanzitutto, distinguere tra efficacia interna (obbligatoria) tra le parti stipulanti gli accordi ed efficacia esterna vincolante (*erga omnes*) degli stessi.

Si pone, poi, il problema, tipico della dimensione multilivello dell'ordinamento a cui tale disposizione appartiene: l'efficacia degli accordi, a cui indirettamente fa riferimento la norma, riguarda il livello sovranazionale, come livello autonomo, o il livello nazionale, su cui tutti gli atti normativi dell'ordinamento europeo alla fine refluiscono (per la loro efficacia giuridica)?

Per una serie di ragioni, che saranno meglio esplicitate anche nel prosieguo, si è propensi a ritenere che la norma, concernente le modalità applicative degli accordi, faccia riferimento al secondo ambito di esplicazione dell'efficacia giuridica: quello, cioè, afferente gli ordinamenti nazionali.

Gli accordi conclusi a livello dell'Unione, essendo dotati di un'autonomia ed originaria rilevanza nell'ambito dell'ordinamento dell'U.E, sembrano non necessitare di passaggi attuativi in questo

⁸⁰² V. *infra*, § 7.2.

⁸⁰³ SCHIEK, *Autonomous Collective Agreements as a Regulatory Device in European Labour Law: How to Read Article 139 EC*, *Ind. Law Journ.*, 2005, 34, p. 49.

ambito. A livello di ordinamento europeo, rilevanza ed efficacia giuridica coincidono: gli accordi sono rilevanti, ma pure efficaci nei limiti che si dirà.

Tale conclusione - messa in dubbio in passato dalla dottrina soprattutto con riguardo ai cosiddetti "accordi autonomi"⁸⁰⁴ - sembra viepiù suffragata dalle novità introdotte dal TL in materia di diritto di negoziazione collettiva e dialogo sociale.

Da una parte, la Carta di Nizza - con la sua odierna valenza costituzionale - riconosce espressamente il diritto di associazione a tutti i livelli, compreso quello sindacale (art. 12), nonché i diritti di negoziazione collettiva e di sciopero (art. 28)⁸⁰⁵. Diversamente che in passato, la presenza nell'ordinamento dell'U.E. di una norma/principio di libertà sindacale - da considerare, insieme ai due diritti testé richiamati (negoziiazione collettiva e sciopero), quale elemento in grado di giustificare un'autonomia originaria in senso forte dei soggetti sindacali - consente di attribuire a tutti gli accordi conclusi a livello dell'Unione, oltre che rilevanza, piena efficacia giuridica nell'ordinamento europeo⁸⁰⁶.

D'altra parte, il riconoscimento compiuto dal nuovo art. 152 TFUE del ruolo delle parti sociali e del dialogo, «nel rispetto della loro autonomia», sembra rappresentare un'indicativa apertura verso un modello pluralistico e confermare l'autonomo rilievo giuridico e di diretta efficacia dei prodotti contrattuali del dialogo *nell'ambito dell'ordinamento dell'Unione*.

Ciò che si intende dire è che, anche alla luce delle novità introdotte dal TL in tema di dialogo e di diritti sociali collettivi, occorre pensare ad una dimensione europea dei processi e dei prodotti negoziali che, indipendentemente da specifici passaggi attuativi⁸⁰⁷, renda questi ultimi "autonomamente" rilevanti nell'ambito dell'ordinamento dell'Unione secondo dinamiche di efficacia proprie⁸⁰⁸.

Ciò che prima, nel vecchio art. 139 TCE - avulso dalla garanzia dei diritti di associazione, di negoziazione collettiva e di sciopero - costituiva il riconoscimento di un'attività che si collocava nella zona liminare della giuridica rilevanza (rilevanza mera, senza efficacia), se non addirittura nel limbo dell'attività riconosciuta ma giuridicamente irrilevante (l'ossimoro del "fatto giuridico irrilevante"), diventa oggi, al cospetto della garanzia dei suddetti diritti, attività non solo rilevante giuridicamente (lo era anche prima), ma anche dotata di un proprio specifico statuto di efficacia giuridica.

⁸⁰⁴ V. *infra*, § 8.

⁸⁰⁵ Per una recente analisi delle due disposizioni e per una lettura comparata con l'art. 39 della Costituzione italiana, v., FONTANA, *La libertà sindacale in Italia e in Europa*, *Rass. Dir. pubbl. eur.*, 2010, p. 97.

⁸⁰⁶ Una lettura intesa a svalutare le novità indicate nel testo - ed in particolare quella dell'art. 12 - è offerta da FONTANA, *La libertà sindacale*, cit., per il quale la libertà di associazione sindacale affermata dalla Carta di Nizza si ridurrebbe all'affermazione di un principio inderogabile, *in una prospettiva di tutela eminentemente individuale* (c.vo nostro) che non a caso sarebbe collocata nel Titolo dedicato alle "Libertà della persona" (p. 118); nel considerare il nuovo art. 152 TFUE l'A. finisce, tuttavia, per riconoscere, successivamente, che «il principio di "autonomia", enunciato dall'art. 152, è implicitamente il riconoscimento di un elemento costitutivo dell'ordinamento sindacale sintomatico del valore della libertà sindacale nel diritto dell'Unione» (pp. 132 -133).

⁸⁰⁷ Come già suggerito prima del conferimento alla Carta di Nizza dello «stesso valore giuridico dei Trattati» (VENEZIANI, *Il ruolo delle parti sociali*, cit., p. 484), è ora finalmente possibile scorgere negli artt. 12 (§ 1), 27 e 28 della Carta di Nizza, in combinato disposto con gli artt. 152, 154 e 155 TFUE, le basi giuridiche del sistema di relazioni industriali a livello europeo.

⁸⁰⁸ Come già suggerito prima del conferimento alla Carta di Nizza dello «stesso valore giuridico dei Trattati» (VENEZIANI, *Il ruolo delle parti sociali*, cit., p. 484), è ora finalmente possibile scorgere negli artt. 12 (§ 1), 27 e 28 della Carta di Nizza, in combinato disposto con gli artt. 152, 154 e 155 TFUE, le basi giuridiche del sistema di relazioni industriali a livello europeo.

«Gli accordi conclusi a livello dell'Unione sono attuati secondo le procedure e le prassi proprie delle parti sociali e degli Stati membri o (...) in base ad una decisione del Consiglio su proposta della Commissione», *affinché essi acquisiscano rilevanza, secondo specifiche e proprie dinamiche di efficacia, per i singoli sistemi nazionali*. Tale appare, alla luce di quanto appena chiarito, il senso ultimo del § 2 dell'art. 155 TFUE, letto in combinato con l'art. 28 della Carta di Nizza.

6.1. L'attuazione degli accordi collettivi europei: a) secondo le procedure proprie delle parti sociali e degli Stati membri (rinvio); b) in base ad una decisione del Consiglio

a) Un dato che appare significativo nell'analisi dell'art. 155, § 2, TFUE, è che l'attuazione "autonoma" degli accordi negli ordinamenti giuridici e nei sistemi sindacali degli Stati - quella che avviene «secondo le procedure e le prassi proprie delle parti sociali e degli Stati membri» - è collocata in posizione di priorità rispetto a quella alternativa, consistente nella richiesta congiunta di attuazione, attraverso decisione, alle istituzioni (Consiglio e Commissione). Sembra, in tal modo, che il legislatore dell'Unione abbia voluto valorizzare i processi di libera esplicazione di autonomia negoziale da parte degli attori collettivi, oltre che per l'aspetto considerato nel § 1 dell'art. 155 - quello dell'"autodeterminazione" al dialogo - anche per il profilo relativo all'attuazione degli accordi.

Si tratta di un dato che merita oggi di essere riletto e rivalutato, alla luce della nuova cornice costituzionale di cui si è detto: esso appare sintonico - oltre che con il diritto sancito nell'art. 28 della Carta di Nizza - con i più recenti sviluppi della contrattazione collettiva europea, la quale, come si vedrà, tende ad assumere sempre più i caratteri dell'"autonomia", intesa proprio nel senso dell'"attuazione autonoma" degli accordi.

Si rinvia, comunque, la trattazione di questo profilo - l'attuazione degli accordi secondo le procedure e le prassi proprie delle parti sociali e degli Stati membri - ai §§ 8 e 8.1, in cui ci si occuperà, in generale, della negoziazione collettiva "autonoma" e della sua attuazione ed efficacia.

b) Nel seguito del presente § si tratterà, invece, della seconda modalità attuativa prevista dal § 2 dell'art. 155: l'attuazione «in base ad una decisione del Consiglio».

Tale attuazione però, non risolve tutti i problemi di efficacia degli accordi negli ordinamenti nazionali. Anche dopo la formale adozione dell'atto del Consiglio, l'efficacia degli accordi all'interno dei singoli sistemi nazionali, infatti, non appare perfetta e ciò in quanto gli accordi attuati con questa procedura sono, in realtà, soggetti ad una *doppia attuazione*: prima attraverso tale "decisione"; e poi attraverso gli strumenti nazionali che attuano la prima ⁸⁰⁹. Quel che si è, pertanto, indicato con l'espressione "efficacia per i singoli sistemi nazionali" va intesa, in effetti, come "obbligo" di attuazione dell'accordo nei singoli sistemi nazionali.

La decisione del Consiglio mette il moto un procedimento che si conclude con l'obbligatoria attuazione, con efficacia *erga omnes*, dell'accordo da parte dei singoli Stati, secondo gli specifici percorsi normativi propri di ognuno di essi.

⁸⁰⁹ LO FARO, *Funzioni e finzioni*, cit., p. 210.

Questione ampiamente dibattuta, specie all'indomani dell'APS, è inoltre quella del tipo di atto – letteralmente denominato “decisione” – che il Consiglio deve adottare per imporne l'obbligo di attuazione e la conseguente efficacia *erga omnes* degli accordi⁸¹⁰.

La questione viene risolta dalla maggior parte degli Autori dando al termine utilizzato nell'art. 155, § 2, TFUE un carattere generico, affinché possa coprire atti diversi del Consiglio, benché quest'ultimo, nella prassi, abbia sinora sempre prescelto lo strumento della direttiva per dare attuazione agli accordi. È unanime, pertanto, l'idea che il termine “decisione” sia utilizzato in senso a-tecnico, ossia senza alcuna identificazione con la decisione “tipica” alla quale fa riferimento l'art. 288 TFUE. È similmente vero, tuttavia, che la prassi di identificazione della decisione con la direttiva, conferma che l'impulso a cui gli Stati sono tenuti per dare obbligatoria attuazione all'accordo è la via dell'attuazione legislativa, considerato il metodo classico di integrazione giuridica per gli effetti di generalizzazione vincolante proprio di tale strumento di regolazione (art. 288, § 3, del TFUE).

Se si considera la prassi istituzionale di far coincidere la decisione *ex art. 155, § 2*, con la direttiva, va, dunque, preso atto che, sotto il profilo dell'attuazione negli ordinamenti nazionali, gli accordi attuati in base alla seconda modalità indicata dal § 2 dell'art. 155 (i.e.: recepiti in direttiva) possono considerarsi a “maggiore intensità” quanto a regime di efficacia che dal livello sovranazionale ridonda su quello nazionale; ciò in contrapposizione a quelli attuati «secondo le procedure e le prassi proprie delle parti sociali e degli Stati membri», qualificabili, invece, a minor tasso di intrinseca efficacia.

Benché l'art. 153, § 3, TFUE consenta, in generale, che anche la trasposizione nazionale delle direttive possa avvenire per opera delle parti sociali, la circostanza che l'accordo europeo sia recepito in una direttiva crea un circuito applicativo, in forza del quale, a livello di ordinamenti nazionali, la responsabilità del risultato finale, in termini di efficacia generalizzata e vincolante, ricade sugli Stati membri, anche se questi possono affidare l'attuazione della direttiva alle parti sociali. Obbligo e responsabilità di trasposizione dell'accordo diventano, infatti, obbligo e responsabilità di trasposizione di una direttiva e gravano sugli Stati membri, che ne diventano garanti in base alla regola generale di cui all'art. 288, § 3, TFUE.

È appena il caso di ricordare che, novellando il testo dell'art. 153, il TL ha introdotto una nuova previsione in materia di attuazione nazionale degli accordi collettivi conclusi a livello dell'Unione (art. 153, § 3, TFUE). Ha, infatti, aggiunto alla possibilità che uno Stato affidi alle parti sociali il compito di mettere in atto direttive – già contemplata, in generale, dal § 3 dell'art. 153 – quella di affidare alle medesime il compito di mettere in atto una decisione del Consiglio adottata conformemente all'art. 155, § 2, TFUE e, cioè, la decisione con cui il Consiglio attua gli accordi raggiunti a livello dell'Unione dalle parti sociali.

Il nuovo Trattato si è, in tal modo, preoccupato di garantire che, anche nell'eventualità che l'attuazione degli accordi conclusi a livello dell'Unione avvenga nella forma di una decisione in senso tecnico (e non più in forma di direttiva), gli Stati membri possano decidere di dare attuazione agli accordi attraverso l'attività negoziale delle parti sociali nazionali, sempre che tale attività sia in grado di produrre, in ragione del regime giuridico di efficacia di cui gode nell'ordinamento nazionale, l'efficacia generalizzata e vincolante dell'accordo europeo.

⁸¹⁰ Un'ampia trattazione della questione nel saggio di SCIARRA, *Il dialogo fra ordinamento comunitario e nazionale*, cit., pp. 743-746, pubblicato all'indomani del Protocollo allegato al Trattato di Maastricht.

Occorre, inoltre, ricordare che l'attuazione «in base ad una decisione del Consiglio» comporta una limitazione dell'ambito tematico degli accordi, che deve necessariamente coincidere con l'ambito delle competenze dell'Unione.

Perché un accordo collettivo possa essere attuato tramite decisione del Consiglio è, così, necessario che esso attenga all'«*ambito dei settori contemplati dall'articolo 153*» e ciò vale tanto nell'ipotesi in cui l'avvio del processo negoziale sia stato indotto dalla Commissione, quanto nella diversa ipotesi che le parti sociali abbiano avviato *volontariamente* - ex art. 155, § 1 - le trattative negoziali.

Non è, infatti, escluso che un "procedimento volontario" di negoziazione conduca ad una richiesta congiunta delle parti firmatarie di attuare l'accordo tramite decisione del Consiglio, così come è possibile che a partire da un'iniziativa della Commissione, le parti sociali decidano di non richiedere l'attuazione dell'accordo alle istituzioni, optando per modalità attuative autonome ⁸¹¹.

Alla delimitazione dell'ambito tematico degli accordi si aggiunge, poi, una serie di controlli (*checks*) che, nella fase pre-attuativa (quella della proposta al Consiglio), la Commissione svolge sulla base della Comunicazione sull'applicazione dell'APS ⁸¹². La necessità di effettuare tali *checks* è stata ribadita dalla Comunicazione del 1998 [COM (1998) 322].

Nell'assumere un ruolo di "*guardian of the Treaties*", la Commissione esercita, innanzitutto, un *controllo di legittimità* delle singole clausole dell'accordo allo scopo di verificarne la conformità al diritto dell'U.E. Si tratta di un potere di verifica *preventiva* di legittimità che trova fondamento normativo nell'art. 17 TUE⁸¹³, per il quale la Commissione «vigila sull'applicazione dei trattati e delle misure adottate dalle istituzioni in virtù dei trattati» e «sull'applicazione del diritto dell'Unione sotto il controllo della Corte di giustizia dell'Unione europea». Tale disposizione fugge ogni dubbio di congruenza istituzionale di un controllo di legittimità affidato a un organo, quale la Commissione, non giurisdizionale⁸¹⁴, anche per la ragione che l'esercizio di tale potere di controllo, da parte della Commissione, non impedisce eventuali e successive verifiche di legittimità dell'accordo-direttiva da parte della Corte di giustizia, secondo le generali previsioni degli artt. 263 e 267 TFUE.

Un secondo aspetto del cosiddetto *assessment* rivendicato dalla Commissione nella citata Comunicazione e, di fatto, messo in atto sin dai primi accordi pre-legislativi, attiene alla verifica della rappresentatività delle parti contraenti secondo i tre criteri indicati nella stessa Comunicazione del 1993 [COM (1993) 600] (e richiamati al § 4.2).

La Commissione si riserva, infine, di controllare che le previsioni degli accordi non impongano «vincoli amministrativi, finanziari e giuridici di natura tale da ostacolare la creazione e lo sviluppo di piccole e medie imprese»⁸¹⁵ e, più in generale, di corredare la proposta di direttiva con un *Explanatory Memorandum*, contenente "osservazioni" all'accordo concluso dalle parti.

⁸¹¹ Si è parlato, con riguardo a tale ipotesi, di «*voluntary implementation in shadow of the law*» (SMISMANS, *The European social dialogue between constitutional and labour law*, *Eur. Law Rev.*, 2007, 32 (3), p. 355).

⁸¹² COM (1993) 600, punto 39. Un'efficace schematizzazione di tali controlli in SMISMANS, *The European Social Dialogue in the Shadow*, cit., p. 168.

⁸¹³ Derivato dal vecchio art. 211 TCE.

⁸¹⁴ LO FARO, *Funzioni e finzioni*, cit., p. 195.

⁸¹⁵ Si riprende il testo dell'art. 153, § 2, lett. b), espressamente richiamato dal § 39 della COM (1993) 600.

Attraverso tali osservazioni, negli *Explanatory Memorandum* relativi agli accordi sui congedi parentali, sul part-time e sul lavoro a tempo determinato, la Commissione ha espresso un apprezzamento che ha investito il *merito* degli accordi; un apprezzamento che, in quanto tale, si è rivelato assai diverso dalle verifiche di legittimità e di rappresentatività prima richiamate.

Per qualcuno si sarebbe, infatti, trattato di una sorta di “clausola di gradimento”, «la cui coerenza con la reiterata volontà della Commissione di garantire l'autonomia e l'indipendenza delle parti sociali, *sarebbe* quantomeno dubbia»⁸¹⁶.

Tale giudizio non può essere condiviso. Può, anzi, affermarsi che, anche nel circuito negoziale istituzionale, alla luce dell'esperienza di questi anni, i controlli non snaturano la funzione di regolazione sociale autonoma, propria delle parti sociali.

Sul piano teorico generale, appare comprensibile che la fonte negoziale privata, nel momento in cui ambisce a farsi fonte di regolazione generale, andando oltre i confini delle relazioni contrattuali collettive, si assoggetta a regole, limiti e controlli dell'ordinamento generale in cui pretende di operare; si tratta di meccanismi di controllo e vincolo già noti negli ordinamenti statuali (si pensi alla seconda parte dell'art. 39 della Costituzione italiana o alla legittimità di vincoli legislativi all'autonomia collettiva, riconosciuti dalla stessa Corte Costituzionale italiana allorché entrino in gioco interessi generali).

Sul piano dell'esperienza pratica, occorre riconoscere che la Commissione, su tutti gli accordi oggetto di tale procedura, ha esercitato un rigoroso *self-restraint*.

In primo luogo, ciò va interpretato come atteggiamento pragmatico, derivante dalla valutazione delle conseguenze politico-istituzionali di forte scoraggiamento del dialogo sociale, che un approccio “intrusivo”, di severo controllo a-posteriori, avrebbe comportato: il rischio, infatti, sarebbe stato quello di determinare una perdita secca di affidamento sul metodo del dialogo, posto che le parti sociali non sono certo disponibili ad accettare revisioni di testi sui quali hanno raggiunto faticose mediazioni.

Inoltre, è possibile ascrivere tale atteggiamento alla probabile consapevolezza istituzionale che il ruolo di “guardiano” dei Trattati, attribuito alla Commissione dall'art. 17 TUE, andasse interpretato proattivamente e cioè nel pieno rispetto dell'agire di altri attori legittimati, dallo stesso Trattato e oggi pure dalla Carta di Nizza, vale a dire degli attori del dialogo sociale.

Infine, per l'accorta e condivisibile considerazione che, essendo anche gli accordi *ex art. 154* espressione dell'autonomia collettiva di livello europeo, proprio in quanto tali andavano rispettati⁸¹⁷.

Ma cosa accade nel caso in cui l'accordo non superi i controlli della Commissione? Esso può essere rigettato ed eventualmente rinviato alle parti?

⁸¹⁶ LO FARO, *Funzioni e finzioni*, cit., pp. 205-206.

⁸¹⁷ Conf. SMISMANS, *The European Social Dialogue in the Shadow*, cit.

Benché non vi sia uniformità di vedute in dottrina⁸¹⁸, si considera preferibile l'opinione di chi ritiene che la Commissione sia autorizzata, in caso di esito negativo dei controlli, a non sottoporre l'accordo al Consiglio per l'attuazione tramite decisione; essa, proprio in virtù del ruolo di "*guardian of the Treaties*" attribuitole dall'art. 17 TUE, ha non soltanto il diritto, ma addirittura il dovere, di rigettare l'accordo⁸¹⁹.

Un potere ancorché limitato di ingerenza della Commissione, al rispetto delle competenze generali dell'UE, alla rappresentatività degli attori e a poco altro, nel procedimento e nel prodotto del negoziato fra le parti sociali conferma, comunque, che il prezzo pagato dalla contrattazione collettiva "tipica" per diventare *fonte erga omnes* di regole in materia sociale nell'ordinamento dell'Unione è la una soggezione ad alcuni controlli istituzionali e a vincoli formali; così come del resto avviene nell'esperienza nazionale e in quella italiana in particolare, con il meccanismo, anche se non attuato, dell'art. 39 II parte della costituzione.

Il perfezionamento degli accordi *statutory* si realizza, infine, attraverso l'atto conclusivo dell'intero procedimento. Esaurita la fase propositiva, si passa, infatti, a quella più propriamente attuativa, nella quale il Consiglio adotta la "decisione" relativa all'accordo, osservando le regole decisonali previste dall'art. 153 TFUE.

Per opinione unanime, in questa fase il Consiglio può soltanto scegliere di accogliere o respingere *in toto* i contenuti dell'accordo, senza alcuna possibilità di modificarne, viceversa, i contenuti. In considerazione della prassi di far coincidere la decisione ex art. 155, § 2, con la direttiva, quest'ultima è stata, pertanto, denominata "direttiva di pura ricezione"⁸²⁰

7. La terza fase: la negoziazione collettiva "volontaria" e "autonoma"

Come si è già anticipato, è soprattutto a partire dall'inizio del nuovo millennio, che l'evoluzione del dialogo sociale conosce una terza fase, caratterizzata dallo sviluppo di forme "volontarie" ed "autonome" di negoziazione⁸²¹.

L'espressione "negoziazione autonoma" – al pari di quella di "dialogo autonomo" – è impiegata in modo spesso non univoco, sì da apparire polisemica⁸²² e da coprire differenti manifestazioni dell'attività negoziale svolta da attori diversi a livello sopranazionale. Non è infrequente che la si usi, infatti, come espressione equivalente a quella di "negoziazione volontaria".

⁸¹⁸ Sulle diverse posizioni v. WELZ, *The European Social*, cit., pp. 324-325.

⁸¹⁹ *Ibidem*.

⁸²⁰ D'ANTONA, *Contrattazione collettiva e concertazione*, cit., p. 444.

⁸²¹ Sull'attuale e crescente sviluppo di forme "volontarie" ed "autonome" di negoziazione collettiva, soprattutto a partire dal 2000, ci si limita a richiamare SCHIEK, *Autonomous Collective Agreements*, cit.; SMISMANS, *The European Social Dialogue in the Shadow*, cit.; BRANCH A., *The Evolution*, cit.; RAMOS MARTÍN, VISSER, *A More 'Autonomous' European Social Dialogue: The Implementation of the Framework Agreement on Telework*, *Int. Journ. Comp. Lab. Law Ind. Rel.*, 2008, 4, p. 511; BLANPAIN, *The European Social Dialogue And Voluntary Framework Agreements*, in BLANPAIN ET AL., *European Framework, Agreements and Telework. Law and Practice. A European and Comparative Study*, Kluwer Law International, 2007, p. 31. Cfr. anche il *Rapporto sulla contrattazione collettiva transnazionale*, cit. *retro*, alla nota 68. Nella dottrina nazionale, ALES, *La contrattazione collettiva transnazionale tra passato presente e futuro*, *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2007, p. 541; LO FARO, *La contrattazione collettiva transnazionale*, cit.; PERUZZI, *La contrattazione collettiva europea cd. autonoma. Funzioni attuali e possibili inquadramenti teorici*, *Dir. lav. merc.*, 2008, p. 577; da ultima, COMANDÈ, *Le dinamiche collettive*, cit.

⁸²² BRANCH A., *The Evolution*, cit., p. 321, nota 1.

Ma le due formule - contrattazione “volontaria” e contrattazione “autonoma” – alludono in realtà a fenomeni diversi. La prima fa riferimento alla contrattazione *volontariamente intrapresa* dalle parti sociali, indipendentemente, cioè, dall’iniziativa (i.e.: dall’iniziale consultazione) della Commissione; i prodotti di tale negoziazione sono frutto di un’integrale iniziativa degli attori collettivi (cdd. *collective agreements self-initiated*). La seconda allude, invece, alla contrattazione *autonomamente attuata*, a prescindere, cioè, dalla “decisione” del Consiglio cui fa riferimento l’art. 155, § 2; gli accordi che ne derivano sono resi efficaci dalle parti sociali stesse (cdd. *collective agreements self-implemented*).

Quest’ultimo tipo di contrattazione - autonomamente attuata - viene pure definita “non istituzionale” (ovvero, nella terminologia inglese, *non-statutory*), in contrapposizione a quella attuata attraverso decisione del Consiglio (*Council-implemented*), di tipo “istituzionale”⁸²³ o *statutory*⁸²⁴.

Come si è già visto, la prospettiva di un dialogo sociale europeo contraddistinto da una maggiore indipendenza era stata aperta dalle parti sociali durante il Vertice di Laeken del dicembre 2001 e si è di fatto realizzata, nelle due fondamentali forme richiamate, proprio a partire dall’inizio di quel decennio.

Pochi anni dopo, tali sviluppi sono stati riconosciuti dalla Commissione nella Comunicazione del 2004 [COM (2004) 557], nella quale si legge che nel corso degli ultimi anni si è assistito ad uno spostamento qualitativo della natura del dialogo sociale verso una maggiore autonomia, poiché i *partner* sociali hanno sempre più frequentemente adottato testi di *nuova generazione* (“*new generation texts*”), «caratterizzati dal fatto che le parti sociali stesse devono occuparsi del *follow-up*».

Per la Commissione, si tratta di testi con cui le parti hanno assunto impegni o formulato raccomandazioni ai loro membri nazionali, cercando, spontaneamente e attivamente, di applicare il contenuto del testo al livello nazionale. Si tratta, in tutta evidenza, di un’efficacia verticale interna all’ordinamento sindacale: a maggiore o minore vincolatività - a seconda del tipo di prodotto - per i soggetti del dialogo e, a cascata, per gli aderenti, organizzazioni e singoli.

Nel processo di spontanea attuazione dei testi negoziali le parti sociali vengono incoraggiate, dalla Commissione, «a servirsi di tecniche d’esame tra pari (*peer reviews*) ispirate al metodo aperto di coordinamento, fissando ad esempio obiettivi (quantitativi, se possibile) o indicatori di riferimento e riferendo regolarmente sui progressi compiuti per raggiungerli»⁸²⁵.

La stessa Commissione, nell’assumersi il compito di assistere le parti sociali nell’attuazione dei testi, si impegna a promuovere lo «scambio di esperienze su pratiche di messa in atto». Per tali ragioni «il dialogo sociale di nuova generazione può essere descritto come un percorso parallelo

⁸²³ PALLADINO, *L’ “autonomia” del dialogo sociale*, cit., p. 153.

⁸²⁴ Interessante la classificazione degli accordi *statutory* e *non-statutory* proposta SMISMANS, *The European Social Dialogue in the Shadow*, cit., pp. 162-163. Utilizzando degli acronimi, l’A. distingue infatti gli accordi *statutory* in COCOAs (*Commission-initiated and Council-implemented collective agreements*) e SICOAs (*self-initiated but Council-implemented collective agreements*) e quelli *non-statutory* in COSICAs (*Commission-initiated but self-implemented collective agreements*) e SISICAs (*self-initiated and self-implemented collective agreements*).

⁸²⁵ COM (2004) 557, § 4.3.

e complementare al metodo aperto di coordinamento» (MAC), così da potersi parlare di una possibile contaminazione fra tali forme di *soft law* e il MAC, sul piano dell'«intensità prescrittiva»⁸²⁶.

A livello intersettoriale, la crescente negoziazione di *autonomous agreements* opera un rafforzamento degli strumenti di *soft law* dell'Unione⁸²⁷, nel cui ambito il “dialogo autonomo” si atteggia come forma di «*soft law* di produzione spontanea»⁸²⁸.

A questo livello, l'utilizzo di tale fonte *soft* si rivela più agevole rispetto agli accordi recepiti in direttive del Consiglio e ciò per almeno due ragioni: perché i *partner* sociali possono intervenire in settori che esulano dall'ambito delle competenze dell'Unione e perché, anche nei settori di competenza dell'U.E., l'adozione di *autonomous agreements* costituisce una valida alternativa all'adozione di atti legislativi (gli accordi recepiti in direttive del Consiglio) da parte di un Consiglio che, anche laddove legittimato a decidere a maggioranza qualificata, è pur sempre composto da 27 Stati membri e, dunque, con un procedimento che rimane pur sempre, almeno formalmente, complicato⁸²⁹.

Sta di fatto che l'espandersi di forme di dialogo “volontario” ed “autonomo” ha avviato, in ambito europeo, una nuova fase di relazioni negoziali, «più in sintonia con quei sistemi pluralistici storicamente e strutturalmente caratterizzati da un alto livello di volontarismo e da un minimo tasso di giuridificazione»⁸³⁰.

Le novità sono tali da smentire l'idea – non a caso prospettata all'indomani dell'APS allegato al Trattato di Maastricht – che il termine «*voluntarism, traditionally used in labour law theory to signify the primacy of collective agreements over the law, does not apply to the European system of collective labour relations*»⁸³¹. Quel che appare certo è che, nella dimensione europea, i processi negoziali possono oggi essere, infatti, “istituzionali” o “volontari/autonomi” e che possono, quindi, assumere forme diverse dalla negoziazione collettiva tipizzata dall'art. 154 TFUE; ciò consente ormai di ipotizzare nozioni di dialogo e di contrattazione collettiva fondate sull'esercizio *di fatto* di poteri di rappresentanza e di negoziazione nello spazio sovranazionale, indipendenti da uno speciale ed esplicito riconoscimento formale⁸³².

Tali nuove forme di relazioni negoziali, inoltre, hanno finito per prevalere su quelle affermatesi intorno alla metà degli anni novanta, periodo in cui, come si è visto, era invalsa la prassi dei cosiddetti accordi pre-legislativi, attuati tramite direttive del Consiglio.

⁸²⁶ PERUZZI, *La contrattazione collettiva*, cit., p. 523.

⁸²⁷ SENDEN, *Soft Law in European Community Law*, Oxford-Portland, Oregon, Hart Publishing, 2004. De MINICO, *La soft law: nostalgia e anticipazioni*, in BASSANINI, TIBERI (a cura di), *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, il Mulino, 2010, p. 343.

⁸²⁸ Sempre PERUZZI, *La contrattazione collettiva*, cit., p. 519.

⁸²⁹ BRANCH, *The Evolution*, cit., p. 338.

⁸³⁰ COMANDÈ, *Le dinamiche collettive*, cit., p. 9.

⁸³¹ SCIARRA, *Collective Agreements*, cit., p. 196.

⁸³² Cfr. GRANDI, *La contrattazione collettiva europea*, cit., p. 16, il quale, tuttavia, fa riferimento ad una nozione di autonomia collettiva, piuttosto che di contrattazione, indipendente dal riconoscimento formale operato dall'art. 154 TFUE.

Ed infatti, anche nel processo di attuazione degli accordi, sono stati privilegiati quei meccanismi di attuazione autonoma (*autonomous implementation*), che, come si è visto, sono prioritariamente richiamati dalla prima parte dell'art. 155, § 2, TFUE.

È probabile che ciò sia stata favorito non soltanto da una intrinseca e progressiva prevalenza del metodo volontario sul metodo istituzionale, ma anche dai contenuti negoziali dominanti nella nuova fase, sicuramente meno "densi" rispetto a quelli della fase istituzionale: una cosa è, infatti, regolare il contratto a termine, il *part-time* o adeguare la direttiva sull'orario di lavoro in certi settori (contenuti che richiedono una regolazione semi-*hard*, ma comunque uniforme e generalizzata, donde la direttive sociali di recepimento degli accordi); altra cosa, utilizzare il metodo negoziale per contenuti in cui la regolazione *soft* appare meglio sostenibile o celebra, addirittura, i propri fasti (si pensi al caso del recente accordo sul mercato del lavoro inclusivo)⁸³³.

Non è, infatti, un caso che lo sviluppo degli *autonomous agreements* non ha del tutto cancellato la prassi degli accordi attuati tramite direttive del Consiglio, come mostra l'adozione di recenti direttive "negoziata", in occasione delle quali il "circuito istituzionale" di cui all'art. 154 TFUE è stato aperto dalla Commissione e ha finito perfettamente per chiudersi: si pensi alla recente Direttiva 2010/18/UE, che attua l'accordo quadro riveduto in materia di congedo parentale, concluso da BUSINESSEUROPE, UEAPME, CEEP e CES. È vero che tale prassi ha perso la centralità acquisita negli anni novanta e che essa è per lo più riproposta in occasione della revisione di precedenti direttive "negoziata" (la Direttiva 2010/18/UE abroga la precedente direttiva "negoziata" negli anni '90: Dir. 1996/34/CE), ma è pur vero che il procedimento integrato rimane la modalità regolativa privilegiata dalle istituzioni, ma anche delle parti sociali europee, su temi che richiedono una regolazione uniforme e generalizzata a statuto giuridico *hard* o semi-*hard*.

Dialogo volontario, dialogo autonomo e dialogo istituzionale - è questa la prognosi finale - non costituiscono strategie oppostive, né si prestano, in termini tarelliani, a considerazioni in chiave di ideologia sindacale; essi vanno, invece, considerati come risorse regolative differenziate a disposizione delle parti e delle istituzioni europee per calibrare la densità della regolazione sociale in ragione degli obiettivi e delle strategie di volta in volta perseguiti; tutto ciò tende nel tempo a generare una metodologia sincretica (su basi pragmatiche), che la dimensione ordinamentale multilivello finisce per imporre agli attori e, *pour cause*, per esaltare.

7.1. I risultati del dialogo volontario e autonomo ai vari livelli: il livello intersettoriale.

A livello intersettoriale gli accordi autonomi più noti sono quelli siglati da UNICE/UEAPME, CEEP e CES a partire dal 2002 sulla base del Programma di lavoro stilato dalle parti sociali per il periodo 2003-2005⁸³⁴.

Il primo di tali accordi è il *Framework of actions for the lifelong development of competencies and qualifications* (28.2.2002). Per quest'accordo, le parti sociali non hanno previsto una vera e propria "attuazione" a livello di singoli Stati, ma, piuttosto, (i) una semplice "promozione" del *Framework* da parte delle organizzazioni sindacali nazionali aderenti ad UNICE/UEAPME, CEEP e CES, (ii) un rapporto annuale sulle azioni condotte a livello nazionale per dare seguito all'accordo e,

⁸³³ V., *infra*, § 7.1.

⁸³⁴ *Work Programme of the European Social Partners 2003-2005*, leggibile al sito <http://www.etuc.org>. Si tratta del primo Programma di azione delle parti sociali europee, al quale hanno fatto seguito altri due Programmi di azione, quello del 2006-2008 e quello del 2009-2010 (sempre visibili al sito <http://www.etuc.org>).

dopo tre rapporti annuali, (iii) una valutazione di sintesi sull'impatto prodotto dall'accordo a livello di singoli Stati.

Più che di un contratto vero e proprio – da cui dovrebbero almeno scaturire obbligazioni a carico delle parti stipulanti (e diversamente, per esempio, dall'accordo sul telelavoro) - si è trattato, dunque, di un testo negoziale prodotto da una attività riconducibile al dialogo sociale nella più lata accezione prima assunta (*retro*, § 1).

Diversamente, i due successivi accordi sul telelavoro (16.7.2002⁸³⁵ e sullo stress da lavoro (8.10.2004) assumono le sembianze di negozi bilaterali produttivi di effetti obbligatori.

I negoziati che li hanno preceduti si sono svolti, su impulso della Commissione, in seguito all'apertura delle consultazioni *ex art.* 154 TFUE e i testi prodotti mostrano tutti i caratteri degli "accordi autonomi" nell'accezione prima richiamata, che è quella di accordi *soggetti ad autonoma attuazione*.

Entrambi fanno espresso riferimento al meccanismo di attuazione previsto dalla prima parte dell'art. 155, § 2, TFUE, assegnando alle parti sociali nazionali un termine di tre anni per la loro attuazione ed enfatizzando, con ciò, la necessità di un "passaggio traspositivo nazionale" attraverso cui si "condensano" l'efficacia degli accordi a quel livello⁸³⁶.

I due accordi richiamati contemplano anche un coinvolgimento del Comitato del dialogo sociale nel processo di attuazione. Come nel caso del precedente *Framework*, l'accordo sul telelavoro prevede, così, la successiva stesura di una relazione congiunta, ad opera di un gruppo *ad hoc* costituito dalle parti firmatarie e sotto la responsabilità del Comitato, sulle misure di attuazione adottate. Mentre l'accordo sullo stress da lavoro prevede: che le procedure di attuazione interne ai singoli sistemi vengano riferite al Comitato dalle organizzazioni nazionali affiliate ai sindacati europei; che il Comitato predisponga una tabella annuale riassuntiva della situazione relativa all'implementazione dell'accordo; e che, alla fine, esso rediga un rapporto sulle azioni svolte ai fini dell'attuazione⁸³⁷.

⁸³⁵ COTTONE, *L'accordo collettivo europeo sul telelavoro*, in CARINCI F., PIZZOFRERATO (a cura di), *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, cit., p. 641.

⁸³⁶ V., più ampiamente, *infra*, § 8.1.

⁸³⁷ Sembra utile riportare per intero il contenuto della clausola 7 dell'Accordo sullo stress da lavoro (Attuazione e controllo del tempo): «In base all'art. 139 del Trattato questo accordo-quadro europeo volontario impegna i membri dell'UNICE/UEAPME, del CEEP e della CES (e del Comitato di Collegamento EUROCADRES/CEC) ad implementarlo in accordo con le procedure e le pratiche proprie delle parti sociali nei vari Stati membri e nei paesi dell'Area Economica Europea. I firmatari invitano anche le loro organizzazioni affiliate nei paesi candidati ad attuare questo accordo. L'implementazione di questo accordo sarà effettuata entro tre anni dalla data della sua firma. Le organizzazioni affiliate notificheranno l'applicazione dell'accordo al Comitato del dialogo sociale. Nel corso dei primi tre anni successivi alla firma dell'accordo il Comitato del dialogo sociale predisporrà una tabella annuale riassuntiva della situazione relativa all'implementazione dell'accordo. Nel corso del quarto anno il Comitato redigerà un rapporto completo sulle azioni intraprese ai fini dell'attuazione dell'accordo. I firmatari valuteranno e riesamineranno l'accordo in qualunque momento su richiesta di uno di loro una volta trascorsi cinque anni dalla data della firma. In caso di domande in merito al contenuto dell'accordo le organizzazioni affiliate interessate possono rivolgersi congiuntamente o separatamente ai firmatari che risponderanno loro congiuntamente o separatamente. Nell'attuare questo accordo i membri delle organizzazioni firmatarie evitano di imporre oneri inutili alle PMI. L'attuazione di questo accordo non costituisce un valido motivo per ridurre il livello generale di protezione concesso ai lavoratori nell'ambito di questo accordo. Questo accordo non pregiudica il diritto delle parti sociali di concludere, ai livelli adeguati, incluso il livello europeo, accordi che adattano e/o completano questo accordo in modo da prendere in considerazione le esigenze specifiche delle parti sociali interessate». Tale accordo è stato attuato in Italia tramite Accordo interconfederale del 9 giugno 2008 tra le principali associazioni datoriali

Analoghi tempi e procedure di attuazione sono riprodotti dal terzo accordo autonomo concluso dalle parti sociali europee a livello intersettoriale - l'Accordo quadro sulle molestie e la violenza sul lavoro (26.4.2007) - anch'esso negoziato a seguito di consultazione attivata dalla Commissione.

In tal caso, il contenuto si concentra, più che su clausole reciprocamente vincolanti (di tipo giuridico, nel linguaggio della Commissione), su un "approccio attivo" (sempre nel linguaggio della Commissione). Se si esamina il testo, utilizzando una terminologia più adeguata alle relazioni contrattuali, si evidenzia più un contratto ispirato al metodo negoziale dinamico (un accordo procedurale mirato a predisporre meccanismi di perseguimento degli obiettivi di contrasto alle molestie) piuttosto che statico (un accordo basato su precise obbligazioni corrispettive).

Da evidenziare che proprio per il fatto che tale accordo scaturisce dall'iniziativa consultiva della Commissione, la stessa si è riservata una valutazione di merito dell'accordo, comprensiva del controllo di rappresentatività delle parti che l'hanno posto in essere. L'esito positivo di tale verifica, come espressamente affermato dalla Commissione, ha determinato la pubblicazione ufficiale dell'accordo, la specifica e formale informazione a Consiglio e Parlamento e, infine, il materiale sostegno alle parti sociali nella fase attuativa; l'intervento della Commissione ha, così, assunto una funzione promozionale dell'accordo nella fase attuativa⁸³⁸.

L'ultimo degli accordi autonomi intersettoriali conclusi nella seconda metà del decennio è l'Accordo sul mercato del lavoro inclusivo (25.3.2010), siglato dalle parti sociali, a livello *cross-industry*, nell'anno europeo della lotta alla povertà e all'esclusione sociale e, pertanto, in linea con altri atti programmatici delle istituzioni dell'Unione, riguardanti il medesimo ambito ⁸³⁹ (il Documento quadro strategico della Commissione su "Priorità e orientamenti per le attività dell'Anno europeo 2010" e la "Strategia Europa 2020", varata nel 2010, a distanza di dieci anni dalla "Strategia di Lisbona"⁸⁴⁰). Anch'esso, come quelli che lo hanno preceduto, assegna alle parti sociali nazionali un termine di tre anni per la sua implementazione, prevede, inoltre, la redazione di un rapporto finale ad opera delle parti sociali sull'esito di tale azione, preparato dal Comitato, da adottarsi dalle parti stesse nel quarto anno.

(Confindustria, Confapi, Confartigianato; CLAAI, CNA, Confesercenti, Confcooperative, Legacoop, AGCI, Conservizi, Confagricoltura, Coldiretti, da un lato, e CGIL, CISL e UIL dall'altro). Secondo quanto previsto nella premessa, il recepimento, avviene «tramite la...traduzione in lingua del testo redatto in lingua inglese, con la precisazione che tutte le volte in cui nel testo compare la dizione "lavoratori" si deve intendere "lavoratori e lavoratrici"». Per quel che consta, nella versione esaminata, l'unica modifica al testo originario, effettuata dai negozianti italiani, è la materiale e manuale cancellazione proprio del comma 3, che fissava in tre anni il termine di attuazione dell'accordo, con relativo asterisco, vergato a mano, con il seguente rimando: "il comma 3 si intende cancellato".

⁸³⁸ Si veda la Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento COM (2007) 686 def. dell'8.11.2007.

⁸³⁹ *Industrial Relations in Europe 2010*, cit., p. 181.

⁸⁴⁰ La Comunicazione sulla "Strategia Europa 2020" [COM (2010) 2020 del 3.3.2010], primo atto programmatico di rilievo che l'Unione ha messo in cantiere dopo l'entrata in vigore del TL, presenta, a dieci anni di distanza da Lisbona, una nuova strategia: la "Strategia Europa 2020" (cfr. BRONZINI, GIUBBONI, *La nuova agenda europea in materia sociale e il metodo aperto di coordinamento*, in *AREL – Europa Lavoro Economia*, 2010, n. 4, p. 25. Per un bilancio della "Strategia di Lisbona" v. i diversi contributi raccolti nel fascicolo n. 4 della *Riv. pol. soc.*, 2009). Obiettivo della nuova strategia è di trasformare «l'UE in un'economia intelligente, sostenibile *inclusiva* caratterizzata da alti livelli di occupazione, produttività e coesione sociale». La "Strategia Europa 2020" è stata fatta propria dal successivo Consiglio europeo di Bruxelles del 25-26 marzo 2010.

Il contenuto eminentemente *soft* di tale accordo (che si evidenzia nella comparazione con altri accordi, dotati di contenuti obbligatori e normativi) è riconosciuto nel testo dell'accordo dalle stesse parti stipulanti, ove esse manifestano la consapevolezza che le dinamiche del mercato del lavoro non dipendono soltanto dalla loro azione, ma anche da quella di altri attori, e rinviano in tal senso all'annesso n.1 che contiene «*a non-exhaustive list of recommendations to public authorities and other actors*», concernente azioni da intraprendere per rendere attivo e inclusivo il mercato del lavoro.

A oggi, tanto il *Framework* del 2002, quanto gli accordi sul telelavoro e sullo stress da lavoro hanno completato la procedura di implementazione, con la presentazione dei tre rapporti, ad opera delle parti sociali, sull'attuazione nei vari sistemi nazionali⁸⁴¹. La stessa Commissione, infine, nel 2008⁸⁴² e nel 2011⁸⁴³, ha redatto i propri rapporti di valutazione finale sull'attuazione dei due accordi sul telelavoro e sullo stress; entrambi descrivono come un successo l'attuazione dei due accordi.

7.2. (segue) Il dialogo sociale settoriale

Forme "volontarie" ed "autonome" di contrattazione si realizzano, inoltre, a livello settoriale.

Benché già negli anni '50-70 esistessero relazioni collettive a livello di settore⁸⁴⁴, risale alla fine degli anni '90 la definizione, da parte della Commissione, del quadro relativo al dialogo sociale settoriale europeo.

Con Decisione del 20 maggio 1998⁸⁴⁵ - allegata alla già richiamata Comunicazione del 1998 - la Commissione si è infatti occupata della dimensione settoriale del dialogo sociale europeo, sostituendo ai nove precedenti "comitati paritari" i "comitati di settore per il dialogo settoriale" (di seguito "comitati" o Csds)⁸⁴⁶ e stabilendo condizioni e requisiti per la costituzione di nuovi comitati.

La Decisione ha previsto, in particolare, che nuovi Csds possano essere costituiti - sempre nella forma di organismi bipartiti - nei settori in cui le due parti sociali presentino congiuntamente richiesta di partecipazione ad un dialogo a livello europeo ed in cui le organizzazioni, che rappresentano le due parti sociali, siano in possesso dei seguenti requisiti: a) siano collegate a specifici settori o categorie e dispongano di un'organizzazione a livello europeo; b) siano composte da organizzazioni che, a loro volta, formino parte integrante e riconosciuta delle strutture delle parti sociali degli Stati membri, siano abilitate a negoziare accordi e siano rappresentative in più Stati

⁸⁴¹ I tre *Evaluation Report*, rispettivamente del 25.1.2006, del 28.6.2006 e del 18.6.2008 si leggono sempre al sito <http://www.etuc.org>.

⁸⁴² Commission Staff Working Paper, *Report on the implementation of the European social partners' Framework Agreement on Telework* [COM (2008) 412 final].

⁸⁴³ Commission Staff Working Paper, *Report on the implementation of the European social partners' Framework Agreement on Work-related Stress* [SEC (2011) 241 final].

⁸⁴⁴ ALES, *La contrattazione collettiva transnazionale*, p. 542.

⁸⁴⁵ Decisione 98/500/CE.

⁸⁴⁶ L'art. 7 della Decisione 98/500/CE ha così sostituito ai precedenti nove "comitati paritari" [istituiti nei seguenti settori: a) trasporti marittimi; b) aviazione civile; c) navigazione interna; d) trasporti stradali; e) ferrovie; f) telecomunicazioni; g) salariati agricoli; h) pesca marittima; i) poste] altrettanti Csds.

membri; c) dispongano di strutture adeguate a garantire la loro effettiva partecipazione all'attività dei comitati.

Su questa base, ad oggi, sono stati creati 40 comitati, mentre si discute della possibilità di crearne di nuovi nel settore portuale e dello sport.

Secondo la Decisione della Commissione del 1998, alle riunioni di ciascun comitato sono ammessi a partecipare al massimo 40 rappresentanti dei datori di lavoro e dei sindacati, con un numero pari di rappresentanti per ciascuna delegazione^{138_bis}; mentre, dal punto di vista delle attribuzioni, tanto la suddetta Comunicazione, quanto il più recente *Documento di lavoro dei servizi della Commissione sul funzionamento e sul potenziale del dialogo sociale settoriale a livello europeo* (di seguito: *Documento* del 2010)⁸⁴⁷, definiscono i comitati come sedi di rafforzamento della fiducia, scambio di informazioni, discussione, consultazione, *negoziati* e azioni comuni.

A quelle che erano le originarie funzioni *consultive* dei “comitati paritari” si sono, dunque, aggiunte funzioni *negoziali*.

Il dialogo sociale settoriale contempla diverse modalità e strumenti giuridici: da esso scaturiscono testi negoziali di diversa natura, spesso non ascrivibili alla categoria degli accordi (*agreements*) e, pur tuttavia, riconducibili all'esercizio di funzioni negoziali, in senso lato, da parte dei comitati⁸⁴⁸.

In considerazione di una simile eterogeneità di prodotti, la Commissione, nella Comunicazione del 2004 [COM (2004) 557], ha proposto una classificazione dei risultati del dialogo sociale settoriale (oltre 500 sono i testi sino ad oggi adottati), poi ripresa dal recente *Documento* del 2010⁸⁴⁹.

La classificazione proposta è la seguente: 1) accordi (*agreements*: attuati o meno da direttive europee) che, essendo basati sull'articolo 155 TFUE, sono vincolanti, richiedono un *follow-up* e vanno monitorati (accordi collettivi europei in senso stretto, con efficacia obbligatoria e normativa generalizzata in caso di ricezione in direttiva); 2) testi di orientamento (*process-oriented texts*: quadri d'azione, linee guida, codici di condotta, orientamenti politici), che, sebbene non vincolanti, richiedono un *follow-up* e il cui avanzamento in termini di attuazione va anch'esso monitorato costantemente; 3) pareri e strumenti comuni (*joint opinions and tools*), destinati a influire sulle politiche europee e ad agevolare la condivisione delle conoscenze⁸⁵⁰.

^{138_bis} Come riferiscono Léonard, Perin, Pochet, *The European Sectoral Social Dialogue*, cit., pp. 263-266, il grado di coinvolgimento dei rappresentanti nazionali nei comitati non è, tuttavia, omogeneo: vi sono membri più attivi (“*the central players*”, caratterizzati da una “*proactive action*”), membri meno attivi (“*observers*”, connotati da una “*passive reaction*”) e membri per lo più assenti (“*absent players*”). Ciò dipende dal diverso grado di preparazione e di propensione degli attori nazionali al dialogo sociale europeo, dal differente *background* socio-culturale e, non ultimo, dal contesto sindacale “domestico”, che può più o meno favorire la dimensione negoziale sovranazionale

⁸⁴⁷ SEC(2010) 964 def. del 22.7.2010.

⁸⁴⁸ Come riferiscono Léonard, Perin, Pochet, *The European Sectoral Social Dialogue: Questions of Representation and membership*, *Ind. Rel. Journ.*, 2011, pp. 256-257, meno del 2% dei testi prodotti dal dialogo sociale settoriale sono *agreements* dotati di effetti “*binding*”; cfr. pure CARUSO, *Sistemi contrattuali e regolazione legislativa in Europa*, *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2006, sp. pp. 590-591.

⁸⁴⁹ V. anche POCHET, PEETERS, LEONARD, PERIN, *Dynamics of European sectoral social dialogue*, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, Dublin, 2009. La medesima classificazione si ritrova nel successivo studio di BECHTER, BRANDL, MEARDI, *From national to sectoral industrial relations: Developments in sectoral industrial relations in the EU*, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, Dublin, 2011, p. 6.

⁸⁵⁰ A queste tre categorie L'Allegato 2 alla COM (2004) 557 ne aggiunge, infine, una quarta: quella dei “*procedural texts*”, alla quale vengono ricondotti testi negoziali, conclusi a livello *cross-industry*, con i quali si cerca di definire regole per il dialogo sociale bipartito

Queste due ultime tipologie di testi possono essere ricondotte ad un concetto lato di *soft law* europea generata dal dialogo sociale.

Benché la stragrande maggioranza dei risultati prodotti rientri nella categoria di semplici *joint opinions*⁸⁵¹, il dialogo sociale settoriale, pertanto, ha generato anche *statutory agreements*, (i) attuati negli Stati membri tramite direttive europee (cinque accordi settoriali in materia di condizioni e orario di lavoro e salute e sicurezza sul posto di lavoro sono stati attuati tramite direttive del Consiglio⁸⁵²) o (ii) *autonomous agreements*, la cui attuazione è stata demandata alle procedure e prassi delle parti sociali e degli Stati membri (art. 155, § 2, TFUE).

Il recente sviluppo del dialogo sociale settoriale e il crescente interesse della Commissione verso tale livello di negoziazione hanno, infine, spostato l'attenzione relativa al tema della rappresentatività delle parti sociali, proprio sulle organizzazioni sindacali settoriali: a partire dal 2006, la Commissione, così, ha affidato alla *Fondazione europea per il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro di Dublino* il compito di condurre studi, proprio a livello di settore, sulla rappresentatività delle organizzazioni europee. Tale rappresentatività non è valutata né in chiave politico-istituzionale, né in virtù di procedure di misurazione di consenso numerico/elettorale, ma sulla base di studi analitici: quelli relativi alla *union membership* (sia in termini di "copertura categoriale" sia in termini quantitativi); alla *union density* (in ogni settore a livello nazionale in assoluto e, comparativamente, rispetto ad altri sindacati presenti); alla presenza di genere nella *membership*; alla capacità negoziale, intesa come capacità effettiva di concludere accordi; infine, alla affiliazione internazionale⁸⁵³.

8. Efficacia giuridica degli accordi autonomi: a) nell'ordinamento dell'U.E.

Il principale problema posto dagli accordi autonomi (*non-statutory agreements* o *autonomous agreements*) è certamente quello della loro efficacia giuridica, tanto all'interno dell'ordinamento dell'U.E., quanto nell'ambito dei singoli sistemi nazionali.

a livello interprofessionale e per quello settoriale. Tali "*procedural texts*", proprio perché stipulati a livello *cross-industry*, non si configurano, tuttavia, come prodotti del dialogo sociale *settoriale*, quanto, piuttosto, del dialogo *intersettoriale*.

⁸⁵¹ V. il grafico Annex 4 del SEC (2010) 964 def.

⁸⁵² 1) L'accordo quadro, concluso da HOSPEEM e FSESP, in materia di prevenzione delle ferite da taglio o da punta nel settore ospedaliero e sanitario (attuato con DIRETTIVA 2010/32/UE DEL CONSIGLIO, del 10 maggio 2010); 2) l'accordo concluso dall'Associazione armatori della Comunità europea (ECSA) e dalla Federazione europea dei lavoratori dei trasporti (ETF) sulla convenzione sul lavoro marittimo del 2006 e modifica della direttiva 1999/63/CE (attuato con DIRETTIVA 2009/13/CE DEL CONSIGLIO, del 16 febbraio 2009); 3) l'accordo sull'organizzazione dell'orario di lavoro della gente di mare concluso dall'Associazione armatori della Comunità europea (ECSA) e dalla Federazione dei sindacati dei trasportatori dell'Unione europea (FST) (attuato con DIRETTIVA 1999/63/CE DEL CONSIGLIO, del 21 giugno 1999); 4) l'accordo tra la Comunità delle ferrovie europee (CER) e la Federazione europea dei lavoratori dei trasporti (ETF) su taluni aspetti delle condizioni di lavoro dei lavoratori mobili che effettuano servizi di interoperabilità transfrontaliera nel settore ferroviario (attuato con DIRETTIVA 2005/47/CE DEL CONSIGLIO, del 18 luglio 2005); 5) l'accordo europeo sull'organizzazione dell'orario di lavoro del personale di volo nell'aviazione civile concluso da Association of European Airlines (AEA), European Transport Workers' Federation (ETF), European Cockpit Association (ECA), European Regions Airline Association (ERA) e International Air Carrier Association (IACA) (attuato con DIRETTIVA 2000/79/CE DEL CONSIGLIO, del 27 novembre 2000).

⁸⁵³ Dal 2006 la Fondazione ha, pertanto, condotto studi in diversi settori; 2007: agricoltura, telecomunicazioni, 2008: ferrovie, trasporto marittimo e costiero, servizi postali e di corriere, fabbricazione di zucchero, settore del gas; 2009: acciaio, concia e pelli, servizi alla persona, ospedali; 2010: settore del catering, industria calzaturiera, aviazione civile, trasporto per vie d'acqua interne, amministrazione pubblica centrale, istruzione, metalli. Si veda per tutti, il *Report* della Fondazione europea di Dublino, *Representativeness of the European social partner organisations: Commerce*, nella banca dati EIRO *on-line* (ove altri simili *Reports* per i vari settori e per singoli Paesi): <http://www.eurofound.europa.eu/eiro>.

La questione riguarda sia gli accordi intersettoriali sia quelli conclusi a livello di settore o multi-settoriali e, come si è visto, è espressamente presa in considerazione nei testi degli accordi intersettoriali sopra richiamati, che auto-regolamentano meccanismi di attuazione di natura endo-sindacale, prevedendo anche un coinvolgimento delle istituzioni dell'Unione in tale processo (fissazione di un termine triennale per l'implementazione dell'accordo; coinvolgimento del Comitato del dialogo sociale nel processo di attuazione; stesura di rapporti di valutazione ad opera delle parti sociali e della Commissione).

In una prospettiva non limitata agli accordi intersettoriali (e dunque estesa anche agli *autonomous agreements* conclusi a livello settoriale e multi-settoriale), il problema è stato affrontato anche dalla Commissione nella Comunicazione del 2004, nella quale si è sottolineato che, nel caso degli *autonomous agreements*, l'effettivo «impatto dei testi delle parti sociali dipende largamente dalla volontà politica dei membri nazionali di applicarli, dalle loro capacità tecniche di agire in tal senso e dalla loro rappresentatività»⁸⁵⁴.

Al fine di facilitare il processo di attuazione di tali accordi, la Commissione si impegna, tuttavia, ad assistere le parti sociali «cercando di promuovere lo scambio di esperienze su pratiche di messa in atto» ed inserendo i testi in un'apposita banca-dati.

Ancor più decisa è l'attività di assistenza promessa se gli accordi sono frutto di una consultazione della Commissione (ex art. 154 TFUE), nel qual caso la medesima, dopo aver valutato i testi contrattuali *ex ante*, si farà carico di pubblicarli e di informarne il Parlamento europeo e il Consiglio dei Ministri. Inoltre, «allo scadere del periodo di attuazione e di verifica, dando la precedenza al controllo da parte delle parti sociali stesse», la Commissione si impegna ad effettuare «il proprio controllo dell'accordo, *per valutare* la misura in cui esso abbia contribuito al raggiungimento degli obiettivi comunitari»⁸⁵⁵.

Nel contesto di una più generale attività di assistenza e di monitoraggio sull'attuazione degli accordi, la valutazione (*ex ante* ed *ex post*) e la pubblicazione dei testi contrattuali sono, dunque, i principali compiti che la Commissione si impegna a svolgere, a sostegno dell'attività negoziale delle parti sociali.

In tal caso, gli accordi, anche in ragione della loro natura *non statutory*, sono oggetto di un'attività istituzionale di sostegno sicuramente più *soft* e discreta rispetto a quella prevista dalla Comunicazione del 1993 [COM (93) 600] nel caso in cui essi debbano essere attuati, invece, tramite decisione del Consiglio (accordi *statutory*).

L'attuazione degli accordi è rimessa alle parti sociali e la Commissione si limita a parteciparvi con attività di tipo logistico: la pubblicazione degli accordi, la comunicazione formale ad altre istituzioni, la messa a disposizione di mezzi e strumenti di supporto ecc.

È ovvio che la pubblicazione del testo e le valutazioni della Commissione non costituiscono, comunque, condizioni di validità di un *autonomous agreement*, né sono in grado di ripercuotersi, in modo significativo, sul suo grado di effettività. E, tuttavia, le istituzioni non rinunziano – ciò vale, in particolare, per la Commissione – ad assumere un ruolo, oltre che di impulso, di assistenza all'implementazione dei testi e di successivo monitoraggio della loro attuazione.

⁸⁵⁴ Sempre COM (2004) 557, § 3.2.1.

⁸⁵⁵ C.vo nostro.

Ma, al di là delle indicazioni sul processo attuativo contenute nei *cross-industry agreements* e nella Comunicazione del 2004 [COM (2004) 557], come è possibile affrontare, oggi, la questione della rilevanza e dell'efficacia giuridica degli *autonomous agreements*? E di quale efficacia giuridica si parla? Di quella concernente l'ambito dell'ordinamento dell'U.E. o di quella interna agli ordinamenti nazionali?

Rispetto all'ordinamento europeo, più che in termini di efficacia, il problema è stato affrontato e discusso in termini di *rilevanza*.

Nel periodo immediatamente successivo al Trattato di Amsterdam non mancarono, così, voci favorevoli a considerare "deboli" e, persino, totalmente "irrilevanti" per l'ordinamento dell'Unione, gli accordi da attuare secondo le procedure e le prassi delle parti sociali e degli Stati membri, in contrapposizione agli accordi "forti", attuati con decisione del Consiglio: nel primo caso, perciò, si parlava di «contrattazione collettiva comunitaria "irrilevante"»⁸⁵⁶.

Anche nell'ordinamento dell'UE il problema della contrattazione collettiva a tale livello, come già accennato⁸⁵⁷, non riguarda il profilo della rilevanza giuridica, ma quello dell'efficacia; un profilo, quest'ultimo, che viene, peraltro, assorbito da quello dell'efficacia negli ordinamenti giuridici statuali e nei sistemi sindacali nazionali.

La tesi della irrilevanza tendeva, infatti, a sovrapporre il concetto di rilevanza giuridica a quello di efficacia e, dal momento che un problema di efficacia degli accordi non poteva porsi nell'ordinamento dell'U.E., per quell'effetto di assorbimento cui si è appena fatto cenno, si finiva per parlare, erroneamente, di irrilevanza⁸⁵⁸.

I postulati teorici di una simile ricostruzione, già allora contestabili⁸⁵⁹, appaiono oggi definitivamente superati.

⁸⁵⁶ Sp. LO FARO, *Funzioni e finzioni*, cit., pp.163-187. *Contra* D'ANTONA, *Contrattazione collettiva e concertazione*, cit., p. 445, il quale, già all'indomani dell'APS, riteneva che le prassi e le procedure delle parti sociali, nella misura in cui consentono di attuare i contenuti degli accordi conclusi a livello comunitario, «sono rilevanti e producono specifici effetti nell'ordinamento comunitario».

⁸⁵⁷ V., *supra*, § 6.

⁸⁵⁸ Sempre LO FARO, *Funzioni e finzioni*, cit., *ibidem*. Da una parte - si diceva - la Dichiarazione n. 27 allegata al Trattato di Amsterdam, nel fare riferimento ad una "prima intesa" «per l'applicazione degli accordi tra le parti sociali a livello comunitario, di cui all'articolo 118 B, paragrafo 2», prevede che «detta intesa non comportasse per gli Stati membri alcun obbligo di applicare direttamente gli accordi o di definire norme per il loro recepimento né alcun obbligo di modificare la normativa nazionale vigente per facilitarne l'applicazione». Dall'altra, il mancato riconoscimento di un principio costituzionale di libertà sindacale nell'ordinamento comunitario - elemento allora caratteristico del diritto primario europeo - impedirebbe di attribuire rilevanza, in quell'ordinamento, alla contrattazione collettiva comunitaria "debole" e, cioè, alle manifestazioni negoziali autonome, divergenti dallo schema contenutistico e procedurale proprio degli accordi "forti".

⁸⁵⁹ A prescindere dalla considerazione che se una norma giuridica prende in considerazione un fatto, conferisce ad esso rilevanza giuridica, non pare dubbio che già la norma dell'APS, nella versione poi mantenuta dal Trattato di Amsterdam, implicasse una rilevanza giuridica degli accordi autonomi europei. Come meglio si spiegherà nel prosieguo del testo, l'accordo autonomo europeo può essere considerato, infatti, elemento di un'unica fattispecie (a formazione progressiva) e gli accordi di trasposizione nazionali come ulteriori elementi, futuri, della medesima fattispecie: in mancanza di procedure di attuazione, l'accordo è, pertanto, rilevante (per l'ordinamento dell'U.E.) ma non efficace. In una prima fase, in mancanza di una prassi reale di accordi europei e, di conseguenza, di un'applicazione pratica del § 1 dell'art. 155, si poteva, dunque, pure parlare di una contrattazione collettiva "virtuale" [CARUSO, *Processi reali e processi mentali nella costruzione dell'Europa sociale: il caso della contrattazione collettiva*, in ATTINITÀ VELO (a cura di), *Dalla Comunità all'Unione Europea*, Cacucci, 1994], ma non di una contrattazione collettiva "irrilevante". Nel caso dell'ordinamento giuridico europeo il dato di eccentricità, rispetto all'ordinamento nazionale, è che il riconoscimento giuridico del fenomeno della contrattazione "volontaria" e "autonoma" (e con esso la sua rilevanza giuridica) pre-esiste allo sviluppo concreto di tali prassi contrattuali e finisce,

Come si è già spiegato⁸⁶⁰, anche in ragione del fatto che la Carta di Nizza riconosce il diritto di associazione a tutti i livelli - compreso quello sindacale - nonché i diritti di negoziazione collettiva e di sciopero, è oggi possibile inquadrare gli *autonomous agreements* nello schema teorico dell'autonomia contrattuale collettiva.

Nei riguardi delle manifestazioni di tale autonomia, l'art. 155, § 1, TFUE mostra, del resto, evidenti segnali di apertura. E, d'altra parte, lo stesso riconoscimento del "dialogo autonomo", nel nuovo art. 152 TFUE, produce un effetto confermativo del rilievo giuridico attribuito agli *autonomous agreements* dal diritto primario dell'Unione.

Altrettanto importante appare, infine, la circostanza che il già richiamato Accordo interistituzionale sugli strumenti di regolamentazione normativa include, come si è visto, gli accordi delle parti sociali ed, in particolare, gli accordi "autonomi" - tra le possibili fonti di regole a livello dell'Unione; regole che, per l'Accordo, possono discendere anche da "metodi di regolamentazione alternativi" agli strumenti legislativi. Il che, com'è evidente, equivale ad un espresso riconoscimento di rilevanza giuridica agli accordi "autonomi", legata per l'appunto alla loro esplicita qualificazione come fonti di produzione di regole a livello dell'Unione.

8.1. (segue) b) ...e negli ordinamenti nazionali

Il problema concreto degli *autonomous agreements* europei si pone, dunque, in termini di efficacia giuridica.

Si tratta di capire attraverso quali percorsi giuridici gli accordi autonomi conclusi a livello europeo, producano effetti negli ordinamenti giuridici nazionali e/o nei relativi sistemi sindacali. È questione ampiamente discussa dalla dottrina giuslavoristica europea ma ancora non oggetto di decisioni dei giudici europei e nazionali.

Peraltro, la questione dell'efficacia di tali accordi nei sistemi nazionali non si riduce al punto della tecnica di trasposizione; problema, come si avrà modo di analizzare, comunque, di per sé rilevante. Sul piano della riflessione teorica, infatti, gli accordi autonomi europei rinviano allo snodo forse più rilevante della teoria giudica del contratto collettivo europeo, poiché implicano cruciali problematiche di rapporti tra sistemi sindacali (e di relazioni industriali) nazionali e sistema sindacale europeo. Detto altrimenti, l'efficacia degli accordi europei nei sistemi nazionali mette a fuoco la possibilità stessa che l'ordinamento sindacale sovranazionale produca autonome dinamiche di condizionamento giuridico dei sistemi contrattuali nazionali.

E tuttavia, la ricaduta di tali accordi nei sistemi nazionali non è riconducibile, neppure per analogia, a una "normale" dinamica tra vari livelli di una struttura, comunque unitaria, della contrattazione collettiva (divenuta solo più complessa) e, dunque, ad una questione di rapporti tra diversi

anzi, per promuoverlo. Nello schema tipico volontaristico, applicato agli ordinamenti statuali, la norma giuridica, invece, riconosce e promuove *ex post* quello che già esiste nella prassi; e questa non è una differenza da poco, sia sul piano pratico sia teorico. Per una messa a punto, sul versante della teoria generale del diritto, dei concetti di efficacia e rilevanza giuridica, si rinvia a FALZEA, voce *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, 1965, XIV, *passim* e, in particolare, §§ 41 – 42; dello stesso A. v. pure la voce *Rilevanza giuridica* in *Enc. dir.* 1989, XV.

⁸⁶⁰ V. *retro*, § 6.

livelli contrattuali nazionali: come c'è un problema di rapporti tra contratti nazionali e aziendali, ci sarebbe un analogo problema di rapporti tra il livello contrattuale europeo e quello nazionale.

A questa analogia si oppone il "diaframma della sovranità" che non è solo statale, ma anche, per genesi storica, dei sistemi sindacali⁸⁶¹; pensare alla possibilità stessa di accordi europei a efficacia normativa e obbligatoria, non è infatti un mero problema riconducibile alla dialettica, tipica dei sistemi sindacali nazionali, di accentramento/decentramento contrattuale e organizzativo. Tale "diaframma" reca con sé la ben più pregnante questione, non affrontabile in questa sede, se le dinamiche di convergenza/divergenza dei sistemi sindacali e contrattuali europei possano essere considerate il risultato, più o meno spontaneo e inconsapevole, dell'operare degli attori sociali nella dimensione apparentemente "stagna" dei sistemi nazionali; ovvero, se la dinamica di convergenza possa essere, in qualche modo, governata o influenzata dagli attori del sistema sindacale europeo e in qualche misura "imposta" (oggi con metodi di *suasion*, domani con strumenti normativi) agli attori nazionali, con relativa perdita della loro autonomia ⁸⁶².

Al di là di questo profilo teorico, si pone il problema, strettamente tecnico, delle modalità di attuazione e, dunque, di efficacia degli accordi europei nei sistemi nazionali.

L'idea che occorra un "passaggio traspositivo interno" è quella più accreditata dai numerosi Autori che si sono occupati dell'argomento⁸⁶³: un accordo collettivo autonomo - stipulato ad uno qualsiasi dei livelli considerati (*cross-industry*, settoriale, multisettoriale) - non avrebbe *effetti diretti* nei singoli sistemi nazionali (non sarebbe, cioè, *self-executing*), necessitando, viceversa, di espressa attuazione in ambito nazionale.

Da tale attuazione dipenderebbe l'idoneità dell'accordo a dispiegare effetti *normativi* sui rapporti individuali di lavoro e, cioè, ad avere ricadute, più propriamente giuridiche, sulla disciplina di tali rapporti, in ragione, ovviamente, anche al tipo di efficacia, orizzontale (i.e.: soggettiva) e verticale (i.e.: oggettiva) del contratto collettivo di trasposizione nell'ordinamento nazionale.

Perché possano prodursi effetti *normativi*, sarebbe necessario, cioè, che i soggetti della negoziazione nazionale recepissero i contenuti dell'accordo concluso a livello europeo tramite accordi collettivi interni.

Ciò varrebbe, in particolare, per quelle clausole idonee a generare diritti e obblighi in capo ai lavoratori e ai datori di lavoro. Si pensi, solo per fare un esempio, alla clausola 3 dell'Accordo sul telelavoro, riguardante il "carattere volontario" di tale forma di impiego: clausola nella quale è previsto, fra l'altro, che «il rifiuto del lavoratore di optare per il telelavoro non costituisce, di per

⁸⁶¹ Va ricordato che nella teoria di Otto Kahn Freund sulla difficoltà del *legal transplant* per il diritto del lavoro rilievo particolare viene dato agli istituti del diritto sindacale, proprio per la loro diretta connessione alle specificità nazionali dei sistemi contrattuali e di relazioni industriali. Si v. Kahn-Freund, "On Uses and Misuses of Comparative Law" *Modern Law Rev.*, 1974, 37, pp. 1-27.

⁸⁶² Si rinvia, per un recente contributo sul tema, a BACCARO, HOWELL, *Reformulating the Argument for Neoliberal convergence: Institutional Change in European Industrial Relations*, visionabile al sito: <http://www.astrid-online.it>

⁸⁶³ Senza pretesa di completezza, si richiamano, fra i tanti, BAYLOS GRAU, *La contrattazione collettiva dal punto di vista degli ordinamenti nazionali*, in Lettieri, Romagnoli (a cura di), *La contrattazione collettiva in Europa*, Ediesse, 1998, p. 65; APARICIO TOVAR, *Contrattazione collettiva*, cit., pp. 186-187; FRANSSEN, *Legal Aspects of European Social Dialogue*, Antwerp, Intersentia, 2002, p. 139 e 145-146. Per una panoramica delle diverse posizioni dottrinali, WELZ, *The European Social*, pp. 342 e ss.

sé, motivo di risoluzione del rapporto di lavoro, né di modifica delle condizioni del rapporto di lavoro del lavoratore medesimo».

Benché la questione della necessità o meno, di un momento traspositivo nazionale sia per lo più risolta in senso positivo dalla dottrina, essa, in tempi recenti, è stata ridiscussa alla luce dello sviluppo delle forme “volontarie” ed “autonome” di contrattazione⁸⁶⁴.

Alcuni Autori, infatti, ritengono che i *partner* europei possano creare accordi *self-executing*, inserendovi clausole che ne garantiscano *effetti diretti* nei sistemi nazionali (*autonomous direct effect*)⁸⁶⁵. In tali casi, gli accordi nascerebbero già perfetti per il profilo dell'efficacia e non necessiterebbero di alcun passaggio traspositivo a livello nazionale. I *partner* nazionali sarebbero così obbligati (sia nelle relazioni endo-organizzative verticali, tra organizzazioni europee e nazionali, sia nelle relazioni negoziali a livello nazionale tra associazioni datoriali e sindacali nazionali) a considerare vincolanti tali accordi.

Disconoscere la possibilità che gli accordi autonomi producano, *ex se*, effetti nei sistemi nazionali (effetti diretti, per l'appunto), equivarrebbe, secondo tale opinione, a non tenere adeguatamente conto dell'avvenuto riconoscimento del diritto di negoziazione collettiva nell'ordinamento dell'U.E. (art. 28, Carta Nizza), al punto tale che la negazione di tale possibilità “infrangerebbe” - per usare l'espressione di Deinert - il diritto in parola⁸⁶⁶.

Interpretazioni aderenti a tale tesi, articolano ulteriormente l'argomentazione facendo leva su un'esegesi squisitamente letterale dell'art. 155, § 2: la norma, nel prevedere la possibilità di attuare gli accordi «secondo le procedure e le prassi proprie delle parti sociali e degli Stati membri», proprio attraverso l'uso della “e” disgiuntiva, farebbe chiaro riferimento alla possibile attuazione degli accordi ad opera delle parti sociali, *che potrebbero anche essere soltanto quelle europee*, senza che occorra l'intermediazione dei soggetti sindacali nazionali⁸⁶⁷.

Un esempio concreto di accordo dotato di effetti diretti è stato rinvenuto nel primo accordo autonomo multi-settoriale: l'*Accordo sulla protezione della salute dei lavoratori attraverso la corretta manipolazione ed utilizzo della silice cristallina e dei prodotti che la contengono*, siglato da numerose Federazioni europee di settore il 25 aprile 2006; esso sembra predisporre, al suo interno, un meccanismo autosufficiente di attuazione e di relativo controllo.

L'accordo conterrebbe, infatti, una clausola *self-executing*, l'art. 3, comma 2, nella quale si stabilisce che «il presente accordo è applicabile alle parti, ai datori di lavoro e ai dipendenti come definito e stipulato qui sotto»⁸⁶⁸.

⁸⁶⁴ V. SP. DEINERT, *Modes of Implementation European Collective Agreements and Their Impact on Collective Autonomy*, *Ind. Law Journ.*, 2003, pp. 320 e ss.; SMISMANS, *The European social dialogue between constitutional*, cit., sp. pp. 358 e ss.

⁸⁶⁵ SCHIEK, *Autonomous Collective*, cit., sp. pp. 52 e ss.; DEINERT, *Modes of Implementing*, cit., pp. 323-324; adde, da ultima, COMANDÈ, *Negoziazione e contratto collettivo europeo*, cit., pp. 102-103.

⁸⁶⁶ Scrive DEINERT, *Modes of Implementation*, cit., p. 321: «it is clear that lack of any legal effect would infringe this right of collective autonomy would be undermined in the content of the Social Partners agreements was not enforceable», ulteriormente precisando che «a lack of legal enforceability of collective agreements harms the fundamental right of collective autonomy».

⁸⁶⁷ SCHIEK, *op. loc. cit.*; COMANDÈ, *op. loc. cit.*

⁸⁶⁸ Ovviamente, il tasso di obbligatorietà nei confronti delle associazioni datoriali e sindacali nazionali aderenti ai soggetti stipulanti, è veicolato dal legame endo-associativo ed è, pertanto, rinviato ai meccanismi di regolazione interni al sistema sindacale.

A fronte di quest'unico caso, che, comunque, sembra più costituire un'eccezione alla regola generale che il sintomo di una nuova tendenza - vanno, tuttavia, considerate (i) le procedure di attuazione che hanno seguito la stipula dei primi tre accordi autonomi intersettoriali, (ii) i rapporti di valutazione relativi alla loro attuazione nei vari sistemi nazionali ed, infine, (iii) le clausole di cui gli stessi accordi si sono, come si è visto (§ 7.1), dotati proprio in merito al profilo dell'attuazione.

Tanto queste ultime clausole - che funzionano come una sorta di "clausole di amministrazione" degli accordi autonomi -, quanto la conclusione delle prime procedure di attuazione, nei termini e con gli esiti sopra richiamati, dimostrano che, nella maggior parte dei casi, gli stessi *partner* europei ritengono necessaria la trasposizione nazionale, escludendo che l'*autonomous agreement* possa essere *self-executing*. Quasi sempre, sono le stesse parti sociali europee a riconoscere, implicitamente, che l'accordo europeo, non è dotato di congegni di *enforceability*; che esso non ha, dunque, effetti diretti sulle relazioni negoziali endo-statali e che la sua efficacia non può prescindere da una attività, secondaria, affidata ai *partner* sociali nazionali.

Per tale ragione l'atto negoziale acquisisce la fisionomia dell'atto complesso, o della fattispecie a formazione progressiva; la perfezione dell'efficacia del contratto europeo è devoluta ad un elemento successivo (l'accordo di trasposizione) che perfeziona la fattispecie. L'accordo di trasposizione seguirà poi l'efficacia tipica (soggettiva e oggettiva) riconosciuta all'accordo collettivo nei diversi sistemi nazionali; un'efficacia che, nei sistemi sindacali connotati da un alto tasso di "volontarismo", è più legata alle procedure e alle prassi delle parti sociali (nazionali); mentre in quelli etero-regolati per via legale è maggiormente basata sulle procedure e sul sostegno degli Stati (sistemi a sostegno legislativo dell'efficacia)⁸⁶⁹.

D'altra parte, una lettura più accorta dell'"Accordo silice", porta a mettere in evidenza come lo stesso preveda la creazione di un organismo *ad hoc* - denominato "Consiglio" - al quale vengono attribuite funzioni di supervisione dell'*attuazione* e di interpretazione dell'accordo⁸⁷⁰, nonché il compito di redigere un "rapporto di riepilogo", finalizzato a riassumere «l'applicazione, la non applicazione e il miglioramento» e a dichiarare «il livello di applicazione/non applicazione per il settore industriale, le ragioni conseguenti», fornendo, eventualmente, dei suggerimenti. «Il rapporto di riepilogo verrà inoltrato alle Parti e ai loro membri, alla Commissione Europea e alle autorità nazionali responsabili della sicurezza dei lavoratori» (art. 8, § 2).

L'analogia riscontrabile tra i meccanismi di attuazione previsti dagli accordi autonomi intersettoriali e le procedure stabilite dall' "Accordo silice", anziché avvalorare l'idea di una applicabilità diretta dell'accordo, nel senso sopra chiarito e a partire dalla presunta presenza, al suo interno, di una clausola *self-executing*, sembra confermare, viceversa, la necessità di un'applicazione "mediata" e non "automatica" del testo contrattuale.

Se si considera la ricorrente presenza delle sopra citate "clausole di amministrazione" degli accordi autonomi intersettoriali e il carattere non dirimente della soluzione (art. 2 e art. 8, § 2)

⁸⁶⁹ Se si accetta la lettura proposta nel testo, finisce per apparire molto dubbia e forzata, da parte degli AA. cit. alla nota 159, l'enfaticizzazione della congiuntiva "e", contenuta nel § 2 dell'art. 155 TFUE. È infatti preferibile ritenere che in tale disposizione si dia per scontata la necessità dell'atto di trasposizione nazionale e che l'espressione «secondo le procedure e le prassi proprie delle parti sociali e degli Stati membri» faccia, piuttosto, riferimento alla duplicità dei sistemi sindacali riferita nel testo (sistemi sindacali connotati da un alto tasso di "volontarismo"; sistemi a sostegno legislativo dell'efficacia).

⁸⁷⁰ Art. 8: «Il Consiglio dovrà essere il solo ed esclusivo organo di supervisione dell'implementazione e dell'interpretazione dell'Accordo».

escogitata dagli attori negoziali nell' "Accordo silice", è preferibile ancora ritenere, in conclusione, che l'efficacia degli accordi autonomi nei sistemi nazionali sia legata al "passaggio traspositivo interno", conseguendo, da quel momento in poi, l'efficacia giuridica tipica dei contratti collettivi, secondo le regole, volontarie o statuali, dell'ordinamento "domestico".

Al di là dell'intenzione degli attori sociali europei e dei congegni di diretta *enforceability* che i primi possono tentare, comunque, di predisporre, resta, in ogni caso, difficoltoso, sul piano tecnico-giuridico, spiegare il meccanismo dell'efficacia - oggettiva e soggettiva - degli accordi autonomi europei sui rapporti di lavoro, in mancanza del filtro costituito dall'accordo di trasposizione, che ha l'effetto di "nazionalizzare" e quindi di "decantare" l'efficacia giuridica di tali accordi. È evidente che, in mancanza di disposizioni dell'ordinamento europeo di sostegno universale a tale livello degli accordi autonomi, solo l'atto traspositivo nazionale, fungendo da *trait d'union* fra il livello sovranazionale (i.e.: europeo) ed il livello interno di negoziazione collettiva, consente di filtrare l'efficacia - oggettiva e soggettiva - dell'accordo europeo nell'ordinamento nazionale.

Si aggiunga che la diretta efficacia degli accordi autonomi pone problemi di coordinamento della struttura contrattuale nazionale (comprensiva di livelli centrali e decentrati) con il livello di negoziazione europeo, che, nella misura in cui produce testi che intendono auto-imporsi come obbligatori, si aggiungerebbe, alla stregua di livello addizionale, a quelli già esistenti in ambito nazionale.

Non è da escludere che rispetto ai livelli della struttura nazionale, l'accordo stipulato dai *partner* europei possa, per esempio, contenere clausole che regolano le medesime materie con previsioni difformi.

È pur vero, d'altra parte, che, nella misura in cui l'accordo dev'essere "trasposto", la sua attuazione è esposta al rischio di un'efficacia differenziata nei singoli sistemi nazionali⁸⁷¹; ciò sia in ragione delle scelte riguardanti l'atto di trasposizione da parte degli attori sociali nazionali, sia in virtù delle differenze di statuto giuridico del contratto collettivo presenti nei vari sistemi⁸⁷².

Si è parlato, al riguardo, di possibili "statuti paralleli di effetti" negli ordinamenti nazionali⁸⁷³.

Vi sono, innanzitutto, differenze di statuto giuridico del contratto collettivo, per cui, come è noto, esistono sistemi in cui il contratto viene reso efficace *erga omnes* attraverso una legge o un atto amministrativo; sistemi in cui opera, invece, un'efficacia di diritto comune limitata agli iscritti (estensibile, tuttavia, *ultra vires* attraverso operazioni giurisprudenziali o meccanismi legislativi di estensione); sistemi in cui il contratto collettivo ha un'efficacia generalizzata in via di fatto (e, cioè, in ragione della quasi totale copertura sindacale), a prescindere da esplicite previsioni legali e attraverso l'opera delle corti ordinarie e arbitrali; sistemi in cui il contratto collettivo ha un mero

⁸⁷¹ Per tutti BRANCH, *The Evolution*, cit., sp. p. 327. Sul nesso fra la possibilità che l'attuazione degli accordi segua strade nazionali diverse e il principio di sussidiarietà v. SCIARRA, *Il dialogo fra ordinamento comunitario e nazionale*, cit., sp. pp. 742-743.

⁸⁷² Cfr. SMISMANS, *The European social dialogue between constitutional and labour law*, cit., sp. p. 359. Sulle sensibili differenze esistenti fra i sistemi nazionali di contrattazione collettiva, v. SCIARRA, *L'evoluzione della contrattazione collettiva in Europa. Appunti per una comparazione nei paesi dell'Unione Europea*, Riv. it. dir. lav., 2006, I, p. 456.

⁸⁷³ DEINERT, *Modes of Implementing*, cit., pp. 322-323, ove riferimenti ad altri AA.

valore di *gentleman's agreement*⁸⁷⁴ producendo effetti contrattuali diretti soltanto attraverso la sua "incorporazione" nel contratto di lavoro individuale.

Sono possibili, inoltre, scelte diverse riguardanti l'atto di trasposizione, da parte degli attori sociali nazionali.

Come si evince dai Rapporti di valutazione della Commissione riguardanti gli Accordi sul telelavoro e sullo stress, gli attori sociali nazionali possono scegliere di attuare l'accordo europeo attraverso un *non-binding agreement*: per esempio, tramite un accordo contenente semplici *guidelines* o raccomandazioni. In occasione dell'attuazione dell'Accordo sullo stress, tale scelta è stata compiuta dalle parti sociali nazionali in sei casi⁸⁷⁵. Un *autonomous agreement* può, inoltre, essere trasposto con un diverso ambito di copertura settoriale: essere attuato nel solo settore privato, e non anche in quello pubblico, ovvero in entrambi, con un livello di "copertura" che, solo in quest'ultimo caso, diviene più elevato.

Un utile suggerimento - teso, da una parte, ad ovviare all'inconveniente della mancanza di effetti diretti, dall'altra, a contenere il rischio dell'efficacia differenziata - sembrerebbe quello della possibile stipula, da parte delle confederazioni sindacali europee, di un Accordo-quadro (un «*basic agreement for European collective agreements*, come lo si è definito⁸⁷⁶), che, sulla falsariga degli accordi centralizzati di organizzazione della struttura contrattuale siglati in Danimarca e in Italia, provveda a dettare un quadro di regole volte a governare i rapporti fra il livello europeo di negoziazione e quello nazionale. Per questa via, si potrebbero riservare al primo livello alcune materie, escludendone altre, che rimarrebbero, invece, di competenza dei livelli nazionale e sub-nazionale; e si potrebbero anche dettare regole che, in qualche modo, assicurino omogeneità di effetti degli *euro-agreements* nei sistemi nazionali⁸⁷⁷.

È, tuttavia, ovvio che la praticabilità di una simile soluzione è legata allo sviluppo, e alla concreta "tenuta", di un sistema di relazioni sindacali in ambito europeo che, pur connotato da un alto livello di autonomia e di volontarismo, sia capace di imporsi con forza sui singoli sistemi nazionali, evitando così il rischio di una "delegittimazione" da parte di associazioni sindacali affiliate di livello nazionale. L'alternativa proposta⁸⁷⁸ sarebbe quella di considerare tale ipotetico Accordo-quadro come "diritto dell'Unione", rendendolo, di conseguenza, prevalente sulle norme (legali e contrattuali collettive) nazionali, in base al generale principio del "primato" (prevalenza del diritto dell'Unione su qualsiasi norma nazionale, sia precedente sia successiva).

Si tratta, in effetti, di un'ipotesi interpretativa "forte", che, in presenza di un Accordo-quadro di questo tipo, potrebbe essere suffragata compiutamente soltanto attraverso il dialogo fra le Corti nazionali e la Corte di giustizia europea.

⁸⁷⁴ Cfr. la ricerca coordinata da Sciarra, *The Evolving Structure of Collective Bargaining in Europe. A Comparative Analysis*, visionabile on-line, alla pagina: <http://www.unifi.it/CMpro-v-p-7365.html>

⁸⁷⁵ Spagna, Lussemburgo, Austria, Irlanda, Germania, Repubblica Ceca; per l'Italia invece si rinvia alla nota 131; in tal caso il recepimento è stato più formale.

⁸⁷⁶ SCHIEK, *Autonomous Collective*, cit., p. 55; SMISMANS, *The European social dialogue between constitutional and labour law*, cit., p. 363.

⁸⁷⁷ Sempre SCHIEK, *ibidem*.

⁸⁷⁸ *Id.*, pp. 55-56.

9. La negoziazione collettiva “autonoma” a livello di impresa transnazionale: i “transnational texts”

Un'ulteriore forma di dialogo autonomo è rappresentata dalla negoziazione collettiva svolta a livello di impresa transnazionale; quest'ultima, sviluppatasi in un momento successivo alla nascita del dialogo autonomo di settore, ha finito per assumere analoga, se non maggiore, rilevanza⁸⁷⁹.

Il tema è stato posto al centro di numerosi studi e riflessioni recenti⁸⁸⁰ anche da parte della Commissione, la quale, sulla scorta dell'Agenda Sociale 2005-2110⁸⁸¹, ha promosso, sin dal 2005, numerose ricerche in questa materia, affidando, innanzitutto, ad un gruppo di esperti il compito di svolgere un'indagine conoscitiva sugli sviluppi in corso della negoziazione collettiva transnazionale e di formulare una proposta sui possibili strumenti e basi giuridiche di un'azione regolativa dell'U.E. in quest'ambito.

Il successivo *Rapporto sulla contrattazione collettiva transnazionale*, redatto nel 2006⁸⁸² da un gruppo di esperti incaricato dalla Commissione e due Documenti della Commissione del 2008 - uno *Study Report* preliminare⁸⁸³ ed un *Commission Staff Working Document on “The role of transnational company agreements in the context of increasing international integration”*⁸⁸⁴, - nei quali sono stati classificati 147 “joint transnational texts” in 89 imprese, costituiscono, ad oggi, i documenti più significativi in materia .

Stante la permanente assenza di regole appartenenti al diritto primario e secondario dell'U.E., nella prassi l'incremento di tale ulteriore forma di negoziazione è stato agevolato dalla presenza di un sistema di relazioni sindacali transnazionali, in parte sviluppatosi spontaneamente, attraverso la costituzione di strutture di rappresentanza dei lavoratori a livello di imprese transnazionali, in parte incrementato dalla normativa europea sui CAE, riguardante, come è noto, uno specifico ambito di imprese transnazionali: le imprese e i gruppi di dimensioni comunitarie (Direttive 1994/45/CE e 2009/38/CE)⁸⁸⁵.

Ancor prima dell'adozione della Direttiva del 1994, comitati simili ai CAE, anch'essi titolari di diritti di informazione e di consultazione, erano già stati, infatti, costituiti in numerose imprese multinazionali, attraverso accordi - cosiddetti “di anticipazione” - che la Direttiva del 1994 ha

⁸⁷⁹ ALES, *La contrattazione collettiva transnazionale* cit., p. 545.

⁸⁸⁰ In dottrina - oltre ad ALES, *La contrattazione collettiva transnazionale*, cit.; PERUZZI, *L'autonomia nel dialogo*, cit.; LO FARO, *La contrattazione collettiva transnazionale*, cit. - v. SCIARRA, *Transnational and European Ways Forward for Collective Bargaining*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”. INT – 73/2009; PICHOT, *The development of transnational agreements. First approach*, March 2006; LAULOM, *Passé, présent et futur de la négociation collective transnationale*, *Droit social*, 2007, p. 623; MARGINSON, *The transnational dimension to collective bargaining in a European context*, Warwick papers in industrial relations, June 2008, in http://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/wbs/research/irru/publications/recentconf/pm_-_tncbeurope.pdf; LÉONARD, SOBCZAK, *Accords transnationaux d'entreprise et dialogue social sectoriel européen: quelles interactions?*, *Travail et Emploi*, Janvier-mars 2010, p. 43.

⁸⁸¹ COM (2005) 33 def. del 9 febbraio 2005.

⁸⁸² Cit., *retro*, alla nota 68.

⁸⁸³ *Mapping of transnational texts negotiated at corporate level*, EMPL F2 EP/bp 2008 (D) 14511 del 2 luglio 2008.

⁸⁸⁴ SEC (2008) 2155 del 2 luglio 2008, *Commission Staff Working Document The Role of Transnational Company Agreements in the Context of Increasing International Integration*.

⁸⁸⁵ V. ALAIMO, *Il coinvolgimento dei lavoratori*, cit.; EAD, *la nuova direttiva sui comitati aziendali europei: un'occasione per ripensare la partecipazione in Italia?* *Dir. rel. ind.*, 2009, p. 1002.

espressamente richiamato e mantenuto in vigore. Tali accordi hanno, così, generato i primi embrioni di un sistema di relazioni sindacali transnazionali.

Lo stesso sviluppo del dialogo, a questo livello, ha contribuito alla crescita di un più maturo e articolato sistema europeo di relazioni industriali e negoziali, che, con le caratteristiche di un alto tasso di volontarismo e di un basso livello di giuridificazione, ha finito per comprendere anche il livello dell'impresa (transnazionale, per l'appunto).

Determinante, per lo sviluppo di tale ulteriore forma di dialogo autonomo, è stata, dunque, l'attività dei CAE: formalmente titolari solo di diritti di informazione e di consultazione, tali strutture hanno finito per svolgere anche funzioni negoziali, generando testi para-contrattuali variamente denominati e di incerta natura: "*framework agreements*", "*overall agreements*", "*joint declarations*", "*common viewpoints*", "*joint understandings*", "*joint positions*", "*plans*", "*charters*", "*charters of fundamental social rights*"⁸⁸⁶.

Si è trattato di accordi che negli studi e nelle riflessioni teoriche che negli ultimi anni hanno riguardato il tema della negoziazione collettiva transnazionale⁸⁸⁷ e, negli stessi documenti della Commissione, sono stati ricondotti a categorie onnicomprensive e a denominazioni unificanti: "*joint texts*"⁸⁸⁸ o – nella terminologia usata dalla Commissione – "*transnational texts*" o "*transnational company agreements*" (TCA)⁸⁸⁹.

La maggior parte di questi testi non riguarda, tuttavia, istituti di tipica competenza della contrattazione collettiva nazionale, quali il salario e l'orario di lavoro, ma una serie di altri temi e materie, peraltro piuttosto ricorrenti: ristrutturazioni⁸⁹⁰, responsabilità sociale delle imprese⁸⁹¹, salute e sicurezza dei lavoratori, pari opportunità, diritti sindacali e formazione⁸⁹².

È per questa ragione che la Commissione ha proposto di considerare (e denominare) tali accordi autonomi come "*transnational texts*", piuttosto che come veri e propri contratti collettivi

⁸⁸⁶ Cfr. CARLEY, *Bargaining at European Level? Joint Texts Negotiated by European Works Councils*, European Foundation for the Improvement of Living Conditions, 2001, p. 19, ove un'analisi completa, ma aggiornata solo al 2001, di tutti i *joint texts* riconducibili all'attività para-negoziale dei CAE; per un resoconto più recente v. CARLEY, HALL, *European Works Councils and Transnational Restructuring*, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, Dublino, 2006 ed il § 4 del Documento della Commissione *Mapping of transnational texts negotiated at corporate level*, EMPL F2 EP/bp 2008 (D) 14511 del 2 luglio 2008.

⁸⁸⁷ V. gli AA. cit. retro alla nota 156.

⁸⁸⁸ *Joint texts* è, in verità, categoria ancor più generale ed onnicomprensiva, utilizzata per qualificare i prodotti di tutte le attività negoziali non riconducibili al "circuito istituzionale" della contrattazione collettiva comunitaria di cui all'art. 138, § 4, TCE e nella quale rientrano (oltre ad altri tipi di "accordi volontari") anche i prodotti dell'attività para-negoziale dei CAE (Lo FARO, *La contrattazione collettiva transnazionale cit.*, p. 7, testo e nota 18).

⁸⁸⁹ Cfr. i due documenti cit. alle note 159 e 160 ed, in particolare, la SEC (2008) 2155 del 2 luglio 2008, p. 5.

⁸⁹⁰ È questo uno dei più importanti ambiti di intervento dell'attività negoziale dei CAE: cfr. MOREAU, *Restructurations et comité d'entreprise européen*, *Droit social*, 2006, p. 308; CARLEY, HALL, *European Works Councils*, cit.; DA COSTA, REHFELD, *European Works Councils and transnational bargaining about restructuring in the auto industry*, *Transfer*, 2007, 2, p. 313. Sul contenzioso relativo a ristrutturazioni e diritti di informazione e di consultazione dei CAE v. il Rapporto *European Works Councils in practice: Key research findings*, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, cit., pp. 9-15.

⁸⁹¹ BÉTHOUX, *Le comité d'entreprise européen: un acteur de la responsabilité sociale de l'entreprise*, *Revue de l'IRE*, 2008, n° 2, p. 87.

⁸⁹² Cfr. ancora SEC (2008) 2155 del 2 luglio 2008, pp. 5-6 e lo studio di BÉTHOUX, *Transnational Agreements and Texts negotiated or adopted at Company Level: European Developments and Perspectives*, Background document for the facilitation of a meeting of the Restructuring Forum devoted to transnational agreements at company level, July 2008. Sugli ambiti materiali nei quali le attività negoziali dei CAE si sono, di fatto, sviluppate si rinvia pure ad ALAIMO, *Il coinvolgimento dei lavoratori nell'impresa*, cit., pp. 666-667.

(*collective agreements*), riconducendoli ad una più generica attività di “negoziazione” (*negotiation*), piuttosto che di vera e propria “contrattazione” (*collective bargaining*)⁸⁹³.

Anche in questo caso si è trattato di attività riconducibili al dialogo sociale, nella più lata accezione richiamata all’inizio (*retro*, § 1).

Fra i principali protagonisti della negoziazione transnazionale si annoverano, dunque, i CAE, il cui ruolo negoziale, sia pure limitato alle materie indicate, è stato riconosciuto dalle direzioni d’impresa, pur essendo stato spesso guidato dalle federazioni sindacali europee⁸⁹⁴. Non sono stati rari i casi in cui il problema della (incerta) legittimazione negoziale dei CAE è stato così superato attraverso la firma congiunta di accordi con le federazioni sindacali di settore europee, nazionali o internazionali⁸⁹⁵. I sindacati dei lavoratori hanno, infatti, mostrato una certa riluttanza a riconoscere ai comitati un’autonoma legittimazione negoziale, rivendicando un protagonismo nelle attività negoziali di queste strutture che ha condotto ad una significativa compartecipazione ai negoziati svoltisi a livello di imprese transnazionali.

Oltre alle negoziazioni di cui i CAE sono i principali protagonisti, la categoria della negoziazione transnazionale comprende, comunque, altri “*transnational texts*”, tanto è vero che, in considerazione della varietà di scopi perseguiti e degli ambiti territoriali interessati (interno o esterno all’Europa), lo *Study Report* della Commissione del 2008 propone una triplice classificazione di tali testi: “*European*”, “*Global*” e “*Mixed*”.

Alla categoria della negoziazione transnazionale vengono, infine, ricondotti anche gli “*International Framework Agreements* (IFAs), considerati dallo *Study Report* della Commissione come un tipo particolare di *global text*, nel quale sono impegnate primariamente le federazioni internazionali e/o europee di settore, con un coinvolgimento (solo eventuale) dei CAE e dei sindacati nazionali. Tali IFAs sono per lo più conclusi nel contesto delle iniziative riguardanti la “responsabilità sociale delle imprese”, in alternativa o in aggiunta ai codici unilaterali di condotta, e hanno come

⁸⁹³ Sempre SEC (2008) 2155 del 2 luglio 2008, p. 5.

⁸⁹⁴ GUARRIELLO, *LE FUNZIONI NEGOZIALI DEL COMITATO AZIENDALE EUROPEO TRA MODELLO NORMATIVO E COSTITUZIONE MATERIALE: PRIME RIFLESSIONI*, *LAV. DIR.*, 2005, p. 641.

⁸⁹⁵ Cfr. il *Rapporto sulla contrattazione collettiva transnazionale* cit. alla nota 68, § 2.2. (*Conclusion III*), nel quale si rileva come la sottoscrizione degli accordi sia, in alcuni casi, persino triplice: alla sottoscrizione dei CAE si accompagnano, infatti, quella delle federazioni di settore europee e quella delle federazioni nazionali. Secondo la cit. SEC (2008) 2155 del 2 luglio 2008, quasi la metà degli esaminati *transnational texts* sono siglati dalle federazioni di settore europee o internazionali; mentre solo in alcuni casi si riscontra la sottoscrizione anche delle federazioni nazionali.

principale obiettivo quello di garantire i diritti fondamentali dei lavoratori⁸⁹⁶, nel quadro dei cdd. *international labour standard* dell'ILO⁸⁹⁷.

È in ogni caso evidente che, al di là delle categorie generali e delle classificazioni proposte, la negoziazione transnazionale, nelle sue diverse e possibili manifestazioni, pone una serie di problemi che non appaiono di agevole soluzione, soprattutto nella prospettiva di un eventuale intervento regolativo da parte dell'U.E.

La prima, preliminare, questione attiene all'individuazione della base giuridica su cui fondare l'eventuale intervento normativo; un problema che non appare, tuttavia, insormontabile se è vero che almeno tre soluzioni sono prospettabili - e sono state, infatti, prospettate - al riguardo.

La prima è quella dell'impiego delle cosiddette "basi giuridiche generali" presenti nei Trattati ed, in particolare, dell'art. 115 TFUE, norma *passé-partout*, che, come è noto, consente che «*Il Consiglio, secondo una procedura speciale e previa consultazione del Parlamento europeo e del Comitato economico e sociale, stabilisca direttive volte al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri che abbiano un'incidenza sull'instaurazione o sul funzionamento del mercato interno*»⁸⁹⁸.

La seconda potrebbe consistere nell'impiego della stessa norma sulle competenze dell'Unione in materia sociale (l'art. 153 TFUE): l'esclusione dal novero delle competenze dei diritti di associazione, di sciopero e di serrata non sarebbe da estendersi automaticamente alla contrattazione collettiva, potendo in effetti essa rientrare nell'espressione «*rappresentanza e difesa collettiva degli interessi dei lavoratori e dei datori di lavoro*» [art. 153, § 1, lett. f), TFUE], settore in cui l'Unione può intervenire, come è noto, con delibera all'unanimità.

Una terza soluzione potrebbe, infine, essere rappresentata dal riferimento all'art. 155, § 1, TFUE, che, riconoscendo, senza regolarlo, un sistema di relazioni negoziali volontarie fra le parti sociali, potrebbe essere impiegato, anch'esso, come base giuridica di un intervento di diritto secondario sulla contrattazione collettiva⁸⁹⁹.

⁸⁹⁶ Cfr. GIBB, *International Framework Agreements: Increasing the Effectiveness of Core Labour Standards*, Ginevra, Global Labour Institute (www.global-labour.org/euan_gibb.htm), 2005, e il Rapporto della *European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, Codes of conduct and international framework agreements: New forms of governance at company level*, Dublin, 2008; WILKE, SCHÜTZE, *Background Paper on International Framework Agreements for a meeting of the Restructuring Forum devoted to transnational agreements at company level*, Hamburg, 2 Juni 2008. Sul rapporto fra CAE e IFAs ed, in particolare, sulla sottoscrizione da parte dei comitati di tali accordi, cfr. il già cit. documento della Commissione *Mapping of transnational texts negotiated at corporate level*, EMPL F2 EP/bp 2008 (D) 14511 del 2 luglio 2008 ed il Rapporto *European Works Councils in practice: Key research findings*, cit., pp. 15-16.

⁸⁹⁷ Nella categoria della negoziazione transnazionale rientrerebbero, secondo alcuni studi (cfr., in particolare, il *Rapporto sulla contrattazione collettiva transnazionale* cit., nonché ALES, *La contrattazione collettiva transnazionale* cit.), anche le attività negoziali dei CsdS; in questa sede, come si è visto, si è preferito, tuttavia, non includere tale forma di dialogo nella categoria *de qua*.

⁸⁹⁸ È questa la soluzione suggerita dal *Rapporto sulla contrattazione collettiva transnazionale* cit., in merito all'ipotesi di un intervento di regolazione dell'U.E. in materia di contrattazione transnazionale.

⁸⁹⁹ LO FARO, *La contrattazione collettiva*, cit., pp. 12-14, per il quale non può escludersi del tutto una utilizzazione della norma in questione in funzione di base giuridica di un intervento di regolazione della contrattazione collettiva transnazionale, dal momento che essa - «lungi dal riferirsi ai soli accordi originati da una iniziativa legislativa - , riconosce, senza regolarlo, un sistema di relazioni volontarie fra le parti sociali in ambito europeo»; cfr. pure COMANDÈ, *Negoziazione e contratto collettivo*, cit., p. 81.

Con riguardo ai contenuti del proposto intervento, pare, infine, evidente che, pur mantenendosi fermo un obiettivo generico di regolazione, esso vada perseguito più attraverso un intervento *auxiliary* che *regulatory*⁹⁰⁰, richiamando la terminologia di Kahn Freund.

Oltre alla questione della base giuridica, altri considerevoli problemi sono, tuttavia, legati (a) alla individuazione dei soggetti che dovrebbero essere legittimati a stipulare i “*transnational texts*” (nella prassi attuale tanto le federazioni internazionali e/o europee di settore, quanto i CAE e, sia pure con minore frequenza, i sindacati nazionali hanno partecipato alle negoziazioni); (b) alla incertezza dei loro effetti giuridici; (c) al coordinamento con i sistemi e i livelli nazionali di contrattazione⁹⁰¹.

Come si legge nello *Study Report* della Commissione, la stessa qualificazione dei “*transnational texts*” come contratti collettivi aziendali, pur essendo tali testi sempre negoziati a livello di imprese⁹⁰², non è d'altronde agevole, e non lo è, soprattutto, in sistemi in cui esiste una formalizzazione legale forte delle regole riguardanti il livello aziendale di contrattazione.

Analogamente a quanto già chiarito con riguardo agli accordi autonomi conclusi a livello *cross-industry* e di settore, inoltre, non sempre è possibile riconoscere a tali “testi” effetti giuridici diretti sulle imprese e/o sui loro dipendenti (e cioè ritenerli *legally binding*), escludendo che essi abbisognino di specifica implementazione a livello nazionale.

L'evoluzione della negoziazione transnazionale mostra, in conclusione, un quadro assai articolato e complesso. Mentre diversi sono i soggetti, i contenuti e gli ambiti territoriali interessati, non è agevole fornire risposte ai due interrogativi fondamentali che riguardano i sistemi di contrattazione collettiva: chi contratta e quali sono gli effetti giuridici prodotti dall'accordo collettivo.

10. La negoziazione collettiva come diritto sociale: diritto di negoziazione versus principi di libera concorrenza e libertà economiche

Come si è detto in apertura, il diritto di negoziazione collettiva è ormai formalmente garantito dal diritto primario dell'U.E., assieme ad altri diritti sociali di natura collettiva.

Questo implica che l'ordinamento europeo non si limita a riconoscere la libertà di negoziazione collettiva, ma l'afferma e la tutela, considerandola un diritto non solo azionabile ma, possibilmente, da promuovere. L'idea che soltanto un espresso riconoscimento di valore *sostanzialmente* costituzionale del *diritto* di contrattazione collettiva avrebbe potuto impedire una visione della stessa limitata alla sua natura di *fonte* – o di risorsa regolativa dell'Unione⁹⁰³ – ovvero, ancora, di attività giuridicamente irrilevante, ha trovato, dunque, realizzazione con l'espresso riconoscimento del diritto di negoziazione collettiva nell'art. 28 della Carta di Nizza e con la

⁹⁰⁰ Cfr., oltre al già cit. *Rapporto sulla contrattazione collettiva transnazionale*, ALES, *La contrattazione collettiva transnazionale* cit.

⁹⁰¹ Sulle tre questioni v., per tutti, PICHOT, *The development of transnational*, cit., Specificamente, sugli effetti giuridici degli accordi transnazionali v. il già cit. documento della Commissione, *Mapping of transnational texts*, cit., p. 20.

⁹⁰² *Mapping of transnational texts*, cit., § 9.

⁹⁰³ L'auspicio di un simile riconoscimento costituzionale veniva formulato da LO FARO, *Funzioni e finzioni*, cit., cap. VI.

“trattattizzazione” di quest’ultima, che, per avere lo “stesso valore giuridico dei Trattati”, «diventa essa stessa Trattato»⁹⁰⁴.

Nella dimensione multilivello e ordinamentale europea, il diritto di negoziazione collettiva si misura, tuttavia, con altre libertà fondamentali di natura economica che attengono, fondamentalmente, a due ambiti: la concorrenza (artt. 101 e ss TFUE) e la libertà di circolazione (sp. artt. 49 e 56 TFUE); ambiti diversi, ma finalizzati, entrambi, al raggiungimento del medesimo scopo: la realizzazione del mercato unico.

In tale dimensione, due concezioni del medesimo diritto sociale di negoziazione collettiva (lo stesso vale per il diritto di sciopero) si contendono il campo e possono entrare in rotta di collisione.

Da un lato, una concezione che si vuole assoluta, secondo una pretesa ricostruzione tratta dalla tradizione costituzionale nazionale: essendo la libertà sindacale immune da ogni intervento esterno, tale connotato si estende alla principale attività, quella negoziale, in cui essa si estrinseca; ne segue una precisa gerarchia di valori/principi costituzionali, che vede come poziori i diritti sociali e solo in posizione secondaria le libertà economiche di circolazione e la libertà di concorrenza. In tale concezione sono i diritti sociali che devono liberamente estrinsecarsi sino al limite esterno, costituito dagli interessi generali, in cui con molta difficoltà, in questa concezione tipicamente italiana, si collocano la libertà di circolazione o il rispetto della concorrenza⁹⁰⁵.

Dall’altro, una concezione che considera primariamente, invece, le libertà economiche di circolazione e lo stesso principio di concorrenza effettiva, quali presupposti della costruzione del mercato unico e, nella visione funzionalista, anche dell’integrazione politica europea. Poiché integrazione economica e politica sono obiettivi primari, sono le libertà economiche fondamentali da considerare principi gerarchicamente poziori e, dunque, potenzialmente immuni da ogni interferenza anche di tipo sociale; in tal caso sono i diritti sociali che fungono da limite meramente esterno al pieno dispiegarsi delle libertà economiche di cui godono i titolari, in primo luogo le imprese e gli operatori economici. Il limite di estrinsecazione di tali libertà è costituito dall’illegittimo danneggiamento o compressione dei diritti sociali.

Entrambe tali concezioni, in sé considerate, appaiono debitorie di visioni ontologiche e trascendentali, nell’un caso della giustizia sociale, nell’altro delle virtù taumaturgiche e autoregulative del mercato.

⁹⁰⁴ Si mutua quest’ultima espressione, come quella di “trattattizzazione”, da D’AMICO, *Trattato di Lisbona: principi, diritti e “tono costituzionale”*, in BILANCIA, D’AMICO (a cura di), *La nuova Europa*, cit., pp. 70-71. Sul valore giuridico del riconoscimento formale dei diritti sociali fondamentali si rinvia a CARUSO, *I diritti sociali fondamentali dopo il Trattato di Lisbona*, cit.; *Id.*, *I diritti sociali fondamentali nell’ordinamento costituzionale europeo*, in *Trattato di Diritto privato dell’Unione Europea*, diretto da AJANI G., BENACCHIO G.A., vol. V, *Il lavoro subordinato* (a cura di SCIARRA, CARUSO), Giappichelli, 2009, p. 707; ALAIMO, CARUSO, *Dopo la politica i diritti*, cit.

⁹⁰⁵ Nella cultura giuslavoristica italiana, ma anche europea continentale, il diritto del lavoro, le politiche sociali e i suoi strumenti sono stati, tradizionalmente e a lungo, considerati, insieme alla politica industriale e alla politica economica (si pensi all’elaborazione sul principio del *favor* o alla norma inderogabile), strumenti di limitazione, se non addirittura di funzionalizzazione, della libertà di iniziativa economica a scopi di utilità e di ordine pubblico sociale, ritenuti, per definizione, prevalenti anche sul piano dei valori protetti. In questo contesto culturale l’irrompere della concorrenza e delle libertà economiche di circolazione, attraverso una dimensione ordinamentale che trascende lo Stato e la Costituzione, soprattutto a partire dagli anni ‘90, è stato vissuto dai giuslavoristi come un vero e proprio “trauma” rispetto alle proprie certezze.

Nel nuovo assetto giuridico emerso dal TL, e in particolare nel TFUE, libertà economiche e diritti sociali, in primo luogo il diritto di negoziazione collettiva, sono esplicitamente collocati in posizione di equiordinazione, ma con un riconoscimento esplicito della negoziazione come diritto (art. 28 della Carta).

Il problema del loro bilanciamento diventa, allora, eminentemente pratico e politico: di concrete realizzazioni, mediazioni, comportamenti e strategie regolative. Solo di volta in volta, caso per caso, si potrà valutare, in ragione del risultato, concreto e a-posteriori, della valutazione della regola prodotta o attuata, se i sacrifici imposti all'uno o all'altra sono tollerabili e giustificati in termini di giustizia concreta; se la regola, prodotta o applicata, abbia, cioè, comportato un avanzamento o un regresso della giustizia sociale⁹⁰⁶.

Tale schema di ragionamento, in mancanza di espliciti dispositivi normativi in grado di orientare con certezza il bilanciamento tra libertà economiche e il diritto sociale di negoziazione collettiva in ambito europeo⁹⁰⁷, vale con riguardo alla variegata giurisprudenza della Corte di Giustizia che ha avuto a oggetto il rapporto tra libertà economiche di circolazione (dei servizi e di stabilimento), principio di concorrenza effettiva e diritti sociali di negoziazione e di sciopero⁹⁰⁸.

Con riguardo a tale relazione, va premesso che, sino a oggi, la Corte di Giustizia non si è mai misurata direttamente con la negoziazione collettiva *a livello dell'Unione*, nelle molteplici forme che si sono sin qui considerate; le occasioni in cui la Corte ha dovuto confrontarsi con la questione della compatibilità tra contrattazione collettiva e principi europei della concorrenza, o fra contrattazione collettiva, azioni conflittuali di sostegno e libertà economiche di circolazione, hanno, infatti, riguardato sempre la contrattazione collettiva *nazionale*.

Tale circostanza non desta particolari sorprese per vari ordini di ragioni.

Appare, infatti, abbastanza improbabile che la contrattazione collettiva europea - quella istituzionale, ma pure quella autonoma, sempre più emergente - possa entrare in rotta di collisione con le libertà economiche e il principio di concorrenza.

⁹⁰⁶ Si aderisce all'idea di giustizia non trascendentale ma di concreta ed empirica realizzazione (il risultato concreto della scelta) di SEN, *The Idea of justice*, Belknap, Harvard, 2009, cap. I, trad. Mondadori, 2010.

⁹⁰⁷ Una importante proposta è contenuta nel *Rapporto al Presidente della Commissione europea José Manuel Barroso di Mario Monti, Una nuova strategia per il mercato unico. Al servizio dell'economia e della società europea*, 9 maggio 2010, sp. pp. 75-77 ma con riguardo al più conteso diritto di sciopero. In esso, proprio nella «logica di un mercato unico coerente con l'«economia sociale di mercato»», si suggerisce alle istituzioni europee un intervento che coordini «più efficacemente l'interazione fra diritti sociali e libertà economiche all'interno del sistema UE» al fine di «garantire uno spazio d'azione adeguato ai sindacati e ai lavoratori per difendere i loro interessi e tutelare i loro diritti ad azioni sindacali senza sentirsi indebitamente ostacolati dalle norme che disciplinano il mercato unico». Onde, con riguardo allo specifico problema connesso alla direttiva sul distacco dei lavoratori e affrontati dalla Corte di giustizia nei casi *Laval* e *Viking*, le raccomandazioni nel senso di «Chiarire l'attuazione della direttiva sul distacco dei lavoratori e consolidare la diffusione di informazioni sui diritti e gli obblighi dei lavoratori e delle imprese, la cooperazione amministrativa e le sanzioni nel quadro della libera circolazione delle persone e della prestazione transfrontaliera di servizi» e nel caso in cui «vengano adottate misure per chiarire l'interpretazione e l'applicazione della direttiva sul distacco dei lavoratori, introdurre una disposizione che garantisca il diritto di sciopero sul modello dell'articolo 2 del regolamento (CE) n. 2679/98 del Consiglio e un meccanismo per la composizione informale delle vertenze di lavoro relative all'applicazione della direttiva».

⁹⁰⁸ In particolare per il diritto di sciopero si rinvia a LO FARO, *Diritto al conflitto e conflitto di diritti nel mercato unico: lo sciopero al tempo della libera circolazione*, *Rass. dir. pubbl. eur.*, 2010, p. 45.

Ciò, in primo luogo, per la dimensione spaziale, sovranazionale, in cui gli accordi europei sono destinati a operare; circostanza che, in sé, garantisce una tendenziale standardizzazione e uniformità regolativa di ambito europeo, ma anche al di fuori dell'UE⁹⁰⁹; ciò non può che produrre, per tale negoziazione, un oggettivo effetto anti-distorsivo della concorrenza nella misura in cui essa produce un effetto regolativo omogeneo di livello sovranazionale e non può, pertanto, incidere negativamente, in ragione di ciò, sulla libertà di circolazione da uno Stato a un altro.

In secondo luogo, in ragione degli stessi contenuti verso cui tendono a orientarsi il dialogo sociale e la stessa contrattazione collettiva europea, contenuti che contraddistinguono tale attività nell'epoca della *governance*⁹¹⁰: la contrattazione collettiva, sia in ambito nazionale, ma soprattutto europeo, è sempre più metodo e strumento di regolazione di interessi generali e non solo di interessi specifici o parziali e, proprio perché tale, si sostituisce o si affianca alla legge.

Tale statuto e funzione di fonte di regolazione d'interessi generali e non più solo parziali, collocano il dialogo sociale su un piano superiore ad altre libertà e metodi di autoregolazione, allorché essi perseguono non solo interessi generali (la realizzazione del mercato unico, la concorrenza effettiva, la tutela dei consumatori) ma particolari (l'interesse all'utile di impresa, alla redditività degli azionisti, ma pure all'efficacia allocativa, o all'equilibrio economico statico).

In terzo luogo, occorre considerare che, a differenza dello sciopero, ove manca, per espressa esclusione, una competenza regolativa dell'Unione (art. 153, § 5, TFUE), la contrattazione collettiva e il dialogo sociale sono presi in considerazione direttamente (artt. 152, 154, § 4, e 155) e indirettamente (art.153, §1, lett. f) dal TFUE; tale considerazione della contrattazione collettiva, sia come diritto, sia come attività regolativa primaria, chiude (al contrario che per il diritto di sciopero) il circuito tra riconoscimento formale del diritto (art. 28 della Carta), competenze primarie dell'Unione e loro esercizio, collocando l'attività e la facoltà inerenti a tale libertà, in una posizione di diretta primazia, in quanto parte, a tutti gli effetti, del diritto dell'Unione.

Si potrebbe aggiungere che il diritto di contrattazione collettiva in ambito europeo si pone, in ragione dell'esplicito riconoscimento costituzionale, su un piano addirittura privilegiato rispetto al principio di concorrenza (art. 101 TFUE) e alle libertà di circolazione dei servizi (art. 56 TFUE) e di stabilimento (art. 49 TFUE), tutti strumenti e attività necessarie alla realizzazione del mercato interno (art. 3, § 3, TUE) e, perché tali, collocati anch'essi in posizione di primazia, ma che, al contrario del diritto di negoziazione collettiva, non trovano menzione nella Carta dei diritti⁹¹¹.

Per tali probabili ragioni, la Corte di giustizia ha avuto, sino a oggi, modo di occuparsi di contrattazione collettiva allorché essa, generando da attori nazionali ed esplicando effetti limitatamente

⁹⁰⁹ Ciò nella misura in cui, in tali accordi, è spesso inserita la clausola di "invito ad adeguarsi" per le associazioni dei paesi "candidati" all'adesione all'UE.

⁹¹⁰ In una considerazione critica, non condivisibile, questa evoluzione funzionale della contrattazione collettiva, sia in ambito nazionale, sia europeo, è ben tratteggiata da SUPLOT, *Homo juridicus*, Mondadori, 2006, p. 213, che sembra valutare negativamente il fatto che la contrattazione vada oltre la mera negoziazione del prezzo e delle condizioni standard del lavoro (una visione proto webbiana) per abbracciare temi legati a interessi generali, come il risparmio salariale, la parità di trattamento, la formazione professionale ma pure le politiche di impiego ecc.

⁹¹¹ Con riferimento ai diritti economici la Carta menziona, come noto, soltanto la libertà di impresa (art. 16) e il diritto di proprietà (art. 17).

a tale ambito, si è posta o come potenzialmente distorsiva della concorrenza, ovvero limitativa della circolazione economica, di servizi e di stabilimento, tra uno Stato e un altro. Non se ne è occupata, invece, come fenomeno di regolazione sovranazionale.

Con riguardo al principio di concorrenza, la Corte di giustizia ha posto, con il caso *Albany*⁹¹², una vera e propria *milestone* non smentita, come ritengono alcuni, dal più recente caso *Commissione contro Repubblica federale di Germania*⁹¹³.

Il caso *Albany* ha inaugurato un filone, confermato dal caso *Van der Woude*⁹¹⁴ e, più recentemente, dal caso *AG2 R Prévoyance*⁹¹⁵. Con questo filone giurisprudenziale, e con il caso *Albany* in particolare, la Corte di Lussemburgo ha escluso, ogni incompatibilità tra il sostegno normativo alla contrattazione collettiva, in ragione del rafforzamento della sua efficacia regolativa, e i principi europei sulla concorrenza. La contrattazione collettiva nazionale, allorché è tale “per sua

⁹¹² C. Giust., 21 settembre 1999, C- 67/96, *Albany v. Stichting*, Riv. it. dir. lav., 2000, II, p. 209, con nota di PALLINI, *Il rapporto problematico tra diritto della concorrenza e autonomia collettiva nell'ordinamento comunitario e nazionale*; Lav giur., 2000, n. 1, p. 22, con commento di ALLAMPRESE; *Foro it.*, 1999, IV, c. 489, con nota di DI VIA; v. pure RICCI, LA VIA, *Monopoli previdenziali e diritto comune antitrust*, in SCIARRA (a cura di) *Solidarietà, mercato e concorrenza nel welfare italiano*, il Mulino, 2007, p. 52. In questo caso un'impresa olandese – la *Albany International BV* – lamentava il contrasto fra la decisione delle autorità pubbliche di rendere obbligatoria, su domanda delle organizzazioni dei rappresentanti dei datori di lavoro e dei lavoratori del settore tessile, l'iscrizione ad un fondo pensione di categoria *istituito con accordo collettivo* e le regole del TCE sulla concorrenza (segnatamente, il divieto posto dall'attuale art. 101, § 1, TFUE. Un accordo collettivo di tal fatta avrebbe, infatti, “ristretto” la concorrenza sotto un duplice profilo. Da un lato, affidando l'esecuzione di un regime obbligatorio a un unico gestore, avrebbe privato le imprese operanti nel settore interessato della possibilità di iscriversi ad un regime pensionistico derogatorio gestito da altri assicuratori. Dall'altro, esso avrebbe escluso tali assicuratori da una quota rilevante del mercato dell'assicurazione pensione. L'accordo avrebbe, inoltre, pregiudicato il commercio tra Stati membri e, in particolare, le imprese svolgenti attività transfrontaliera, privando gli assicuratori stabiliti in altri Stati membri della possibilità di offrire ai Paesi Bassi un regime pensionistico completo, sia mediante la prestazione di servizi transfrontalieri, sia mediante società controllate o succursali.

⁹¹³ SCIARRA, *Metodo e linguaggio multilivello dopo la ratifica del contratto di Lisbona*, in *I diritti sociali tra ordinamento comunitario e Costituzione italiana: il contributo della giurisprudenza multilivello*, a cura di CARUSO, MILITELLO, WPC.S.D.L.E. “Massimo D'Antona” *Collective Volumes - 1/2011*, p. 85, che ritiene tale sentenza ispirata più a *Viking* che ad *Albany*. La sentenza della C. Giust. (Grande Sez.), 15 luglio 2010, C- 271/2008, *Commissione europea c. Repubblica federale di Germania*. - emessa a conclusione di un procedimento di infrazione ex art. 226 del TCE (dopo il TL, art. 258 TFUE) – si legge in Riv. it. dir. lav., 2010, II, p. 873, con nota critica di COMANDÈ, *Norme europee sugli appalti pubblici e diritto alla negoziazione collettiva: una prevalenza annunciata?* Come altrove sostenuto (CARUSO, *Costituzioni e diritti sociali: lo stato dell'arte*, in *I diritti sociali tra ordinamento comunitario e Costituzione italiana: il contributo della giurisprudenza multilivello*, a cura di CARUSO, MILITELLO, WPC.S.D.L.E. “Massimo D'Antona” *Collective Volumes - 1/2011*, p. 21) la Corte, in questo caso, ha riconosciuto che neppure l'esercizio del diritto di contrattazione collettiva, pur affermato come diritto fondamentale dell'ordinamento europeo, possa arrivare a prevedere forme di aggiudicazione di contratti di servizio a soggetti privati, fuori dalla procedura di pubblico incanto, espressione di un interesse pubblico e generale prevalente. In questo caso è proprio la sottrazione al regime di evidenza pubblica e la sua violazione tramite assegnazione diretta, che fa la differenza rispetto agli altri casi; in questo caso il bilanciamento avviene non con il principio di libera concorrenza astrattamente inteso, ma con la sua regolamentazione pubblicistica attraverso il pubblico incanto e il principio di parità di trattamento degli operatori economici da parte dell'autorità pubblica; il contrasto rilevato dalla Corte è, dunque, con tali procedure regolate da direttive europee e non con il principio di libera concorrenza e ciò segna la differenza del caso con il filone innescato dal caso *Albany*.

⁹¹⁴ C. Giust., 21 settembre 2000, C-222/98, *van der Woude v. Stichting*, *Racc*, 2000, 7111, in cui la Corte si è confrontata con le disposizioni di un contratto collettivo relative al regime di assicurazione contro la malattia stabilito dal contratto collettivo (anche qui olandese) del settore ospedaliero ritenendo, pure in questo caso, compatibili le disposizioni collettive con le norme del Trattato sulla concorrenza (e, segnatamente, con gli ex artt. 81 e 82 TCE)

⁹¹⁵ Corte di giustizia, 3 marzo 2011, C- 437/09, *AG2R Prévoyance c. Beaudout Père et Fils SARL* in cui la Corte ha deciso che “L'art. 101 TFUE, in combinato disposto con l'art. 4, n. 3, TUE, deve essere interpretato nel senso che non osta alla decisione delle pubbliche autorità di rendere obbligatoria, su domanda delle organizzazioni rappresentative dei datori di lavoro e dei lavoratori dipendenti di un determinato settore di attività, un accordo risultante da contrattazioni collettive che preveda l'iscrizione obbligatoria ad un regime di rimborso complementare di spese per cure mediche per tutte le imprese del settore interessato, senza alcuna possibilità di esenzione”.

natura e per gli scopi perseguiti” di miglioramento delle condizioni di lavoro e di occupazione⁹¹⁶, anche se produce alcuni effetti restrittivi della concorrenza, gode di una condizione di immunità che la rende, comunque, legittima. È questo il massimo di riconoscimento, in termini d’immunità, che la Corte ha ritenuto di concedere alla contrattazione collettiva, quando essa opera in ambito nazionale, allo scopo di proteggere interessi importanti ma parziali (quali quelli economico-professionali), in ciò restringendo e limitando i mercati concorrenziali interni ed esterni agli Stati.

Più articolato il giudizio sull’operato della Corte di Lussemburgo allorché essa si è trovata a dover “bilanciare” il diritto di negoziazione collettiva (*Rüffert*⁹¹⁷), ma soprattutto - nei casi *Viking* e *Laval*⁹¹⁸ - il diritto di azione collettiva finalizzata alla negoziazione, con le libertà economiche di circolazione: segnatamente, la libertà di stabilimento (art. 49) e la libertà di prestazione di servizi (art. 56), anch’esse sostanzialmente finalizzate alla realizzazione del mercato interno.

In tal caso, nel bilanciamento della Corte, operato in concreto tra diritti sociali (non ancora a statuto costituzionale forte, ma secondo alcuni “come se” tale statuto già esistesse) e libertà economiche, ha finito per far prevalere l’obiettivo dell’integrazione europea e della costruzione del mercato unico, comprensivo dei suoi strumenti (le libertà di circolazione), sugli obiettivi concreti (interessi professionali parziali), perseguiti con l’esercizio dei diritti di contrattazione collettiva e, soprattutto, di autotutela.

La Corte, negli ultimi due casi, ha comparato teleologicamente i fini (integrazione economica e tutela degli interessi professionali nei casi concreti); nel far ciò ha subordinato e gerarchizzato

⁹¹⁶ È questo l’unico e poco chiarito paletto (chi stabilisce quando un contratto collettivo è tale per sua natura e per gli scopi perseguiti?) che la Corte ha posto, rifiutando invece il triplice “*test approach*” per concedere l’esenzione, proposto dall’avvocato generale Jacobs nelle conclusioni del 28 gennaio 1999 Causa C-67/96 ai punti 191-193 della sua lunga opinione.

⁹¹⁷ C. Giust. 3 aprile 2008 C-346/06 *Rüffert v. Land Niedersachsen*. Occorre dire che anche in tale sentenza, come nel caso più recente *Repubblica di Germania contro Commissione*, la Corte appare preoccupata, in primo luogo, della violazione delle regole di aggiudicazione degli appalti pubblici. Ciò nella misura in cui la legge del *Land* imponeva alla autorità pubbliche di aggiudicare gli appalti soltanto alle imprese che rispettassero i contratti collettivi (prima massima) non resi efficaci *erga omnes*, ponendo in tal modo una differenziazione di trattamento tra imprese partecipanti alla gara non ritenuta giustificata. Su questa prima si innestano poi le altre (2 e 4), più discutibili massime, relative alla compressione del principio di libera circolazione derivante dall’obbligo di rispetto delle tariffe contrattuali stabilite dalla contrattazione territoriale, volontarie e non obbligatorie. In ogni caso la sentenza non esclude la legittimità di tale obbligo nel caso in cui al contratto collettivo, in ragione del circuito pubblico in cui esso s’innesta (la procedura di appalto), fosse concesso, nell’ordinamento pubblico regionale, efficacia generalizzata e quindi riconoscimento di standard imperativo di tutela minima a norma dell’art. 3 n.1 primo comma lett. c. della direttiva 97/7. Del resto un simile argomento della Corte, che suona di favore rispetto a dispositivi legali di efficacia generalizzata dei contratti collettivi, è presente anche nella sentenza *Laval*. Che poi con riguardo all’interpretazione della direttiva sul distacco la Corte si mostra, anche in questo concreto caso, più sensibile alla teoria dei vantaggi competitivi, in funzione dell’integrazione delle economie dei paesi *newcomers*, con gli effetti distorsivi del principio di parità di trattamento tra lavoratori del paese ospite e del paese di origine che ne deriva, è constatazione critica condivisibile. Si rinvia a LO FARO, *Diritto al conflitto*, cit.

⁹¹⁸ C. Giust. (Grande Sez.), 11 dicembre 2007, C- 438/05, *ITW, Finnish Seamen’s Union v. Viking*, *Racc*, 2007, p. 10779; C. Giust. (Grande Sez.), 18 dicembre 2007, C- 341/05, *Laval v. Svenska*, *Racc*, 2007, p. 11767; C. Giust., 3 aprile 2008, C- 346/06. Innumerevoli sono i commenti alle quattro decisioni; in questa sede bastino i riferimenti ai volumi di VIMERCATI (a cura di), *Il conflitto sbilanciato. Libertà economiche e autonomia collettiva tra ordinamento comunitario e ordinamenti nazionali*, CACUCCI, 2009; ANDREONI, VENEZIANI (a cura di), *Libertà economiche e diritti sociali nell’Unione Europea. Dopo le sentenze Laval, Viking, Rüffert e Lussemburgo*, Ediesse, 2009; CARABELLI, *Europa dei mercati e conflitto sociale*, Cacucci, 2009; nonché ai saggi di BALLESTRERO, *Le sentenze Viking e Laval: la Corte di giustizia “bilancia” il diritto di sciopero*, *Lav. dir.*, 2008, p. 371; DORSEMONT, *L’esercizio del diritto all’azione collettiva contro le libertà economiche fondamentali dopo i casi Laval e Viking*, *Dir. lav. merc.*, 2008, p. 508; LO FARO, *Diritti sociali e libertà economiche del mercato interno: considerazioni minime in margine ai casi Laval e Viking*, *Lav. dir.*, 2008, p. 63; SCIARRA, *Viking e Laval: diritti collettivi e mercato nel recente dibattito europeo*, *Lav. dir.*, 2008, p. 245.

anche gli strumenti utilizzati; e lo ha fatto dando priorità alle pratiche di libertà economica per come descritte dai Trattati europei, rispetto alle pratiche di negoziazione (caso *Rüffert*) e, soprattutto, di azione di collettiva (caso *Viking* e *Laval*), per come regolate dai diritti nazionali; così facendo, ha finito per far prevalere le libertà economiche europee sui diritti sociali nazionali costituzionalmente riconosciuti.

Il ragionamento stesso che veicola tale tipo di bilanciamento - anche se ci si colloca nella prospettiva delle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, richiamata dall' art. 6 § 3 del TUE e tralasciando per ora quella dei diritti Cedu - non appare di già soddisfacente.

Il fatto che, come sostenuto, la Corte abbia finito per considerare soprattutto il diritto sociale di sciopero un diritto minore rispetto al valore/principio del primato del diritto europeo dei Trattati, non è sufficiente per escludere che, comunque, di un'operazione di bilanciamento si sia trattato; un bilanciamento, che avrebbe potuto dare un esito diverso⁹¹⁹.

Come si è avuto modo di argomentare altrove⁹²⁰, nei casi *Laval*, *Viking*, *Rüffert* e *Lussemburgo* - pur con le dovute e non trascurabili differenze sia di fattispecie, sia di argomentazioni - l'operazione di bilanciamento non è apparsa né logicamente, né politicamente equilibrata: il sacrificio imposto, non soltanto al diritto di libera contrattazione e al diritto di sciopero ma, soprattutto (casi *Laval* e *Rüffert*) a specifiche regole nazionali di organizzazione del sistema di relazioni negoziali, è stato eccessivo. Soprattutto se si guarda alle conseguenze della decisione della Corte di giustizia nel caso *Laval*, che ha determinato poi, nelle Corti svedesi chiamate a confrontarsi con le ricadute nazionali, evidenti forzature e incongruenze applicative, sia in chiave di diritto interno sia in chiave di diritto europeo; ciò in ragione dell'estensione, postuma alla decisione della Corte di giustizia, ai sindacati svedesi dei meccanismi di responsabilità per violazione del diritto europeo elaborati dalla Corte con riguardo agli Stati; con ciò traendo conseguenze eccessive dall'applicazione diretta delle norme sulla circolazione dei servizi nei confronti delle organizzazioni sindacali;

⁹¹⁹ Lo Faro, *Diritto al conflitto*, cit., suggestivamente considera che, nei casi *Laval* e *Viking*, la Corte, in effetti, non avrebbe operato alcun bilanciamento tra libertà economiche e diritti fondamentali nazionali, in particolare con il diritto di sciopero, mentre tal bilanciamento sarebbe stato attuato nel caso delle sentenze *Omega Schmidberger* e *Dynamic Medien*, ove erano in gioco diritti realmente comparabili (nella visione della corte): la dignità e i diritti civili classici di libertà di natura individuale. Ma delle due l'una: o la Corte, allorché confronta libertà economiche europee e diritti costituzionali nazionali, opera sempre con la tecnica del bilanciamento, pesando di volta in volta in maniera diversa i diritti a confronto (concedendo per esempio maggior peso ai diritti individuali classici civili e di libertà e meno peso specifico, anche per mancanza di cultura, ai diritti sociali ad esercizio collettivo, come l'autore ad un certo punto sembra ritenere); ovvero logica giuridica vorrebbe che l'adesione al principio del primato le consentisse di evitare di operare il bilanciamento e decidere sempre sulla base della primazia del diritto europeo primario e secondario sui diritti nazionali anche di natura costituzionale. Non appare, infatti, logico che nei casi *Laval* e *Viking*, riguardanti i diritti sociali collettivi (anche in contrasto con le proprie stesse argomentazioni) la Corte non abbia operato alcun bilanciamento, limitandosi a dichiarare il primato del diritto europeo di libera circolazione e di stabilimento. Se davvero la Corte avesse pensato di risolvere il caso soltanto in virtù del principio del primato, non avrebbe avuto bisogno di dichiarare espressamente di riconoscere i diritti sociali come diritti fondamentali e non avrebbe avuto altresì bisogno di accedere al ragionamento basato sul principio di proporzionalità tipico del bilanciamento, cosa che invece ha dichiaratamente fatto. Vero è, invece, che la Corte ha operato un bilanciamento errato oltre che assiologicamente mobile rispetto ai diritti di libertà classici.

⁹²⁰ CARUSO, *I diritti sociali nello spazio sociale sovranazionale e nazionale: indifferenza, conflitto o integrazione? (Prime riflessioni a ridosso dei casi Laval e Viking)*, *Rass. dir. pubbl. eur.*, 2008, 2, p. 11.

ciò vuoi (non è del tutto chiaro dal ragionamento della Corte di giustizia) perché considerati soggetti identificabili con gli stati, vuoi per l'intrinseca efficacia orizzontale di tale disposizione⁹²¹.

Se si guardano, tuttavia, in una diversa prospettiva e con maggiore rigore analitico soprattutto i casi *Laval* e *Rüffert*, essi possono essere paradossalmente letti come decisioni di sostegno alla contrattazione collettiva nazionale, *rectius* di fondamento al "sostegno dovuto" dagli Stati nazionali al metodo contrattuale della regolazione delle condizioni economiche e normative, per il profilo della generalizzazione degli effetti.

Quel che contesta il giudice europeo di *Laval*, ma anche di *Rüffert*, come correttamente notano Zahn e De Witte, ai rispettivi Stati e non al sindacato (come scorrettamente ritiene invece la Corte svedese), è il mancato sostegno in via di generalizzazione (con gli effetti di certezza delle condizioni economiche applicate nello stato ospite) del contratto collettivo: nel caso *Laval* è l'incertezza delle condizioni economiche applicabili "caso per caso" che costituisce alla fine un restringimento della libertà di circolazione dei servizi e non l'applicazione in sé dei maggiori costi del contratto collettivo se essi, in virtù di un sostegno generalizzato da parte del legislatore, fossero stati pianificabili *ex ante* anche dall'impresa transfrontaliera; nel caso *Rüffert*, l'imposizione alle imprese transfrontaliere che avessero voluto partecipare alla gara, di condizioni contrattuali volontarie e non obbligatorie e generalizzate e quindi paritarie.

E ciò nonostante, si è dell'opinione che il quadro giuridico generale, da *Rüffert* e *Laval*, sia radicalmente mutato per quel che concerne l'assetto istituzionale.

Anche se da più parti contestato dagli euroscettici (nulla sarebbe cambiato e nulla cambierà con una Carta dai contenuti flebili, che si limita a riconoscere quel che c'è) una simile lettura antepone un pessimismo della ragione, fine a stesso, a una adeguata lettura dei nuovi dati normativi positivamente fissati.

La lettura scettica e disincantata trascura che l'articolo 6 del TUE non si limita a dare uno statuto forte e definitivo (di diritto primario dell'Unione) ai diritti sociali sanciti nella Carta di Nizza e alle tradizioni costituzionali comuni, ma sancisce anche l'adesione dell'Unione alla Cedu.

A prescindere dei tempi e della difficoltà del processo di adesione, come condivisibilmente sostenuto l'adesione implica, in prospettiva, che la violazione di diritti contenuti nella Convenzione da parte delle Corti nazionali e della Corte di Lussemburgo, «potrebbe essere sanzionata dalla stessa Corte di Strasburgo»⁹²². E, comunque, ancor prima dell'adesione, sempre la condivisibile opinione di Zahn e De Witte, «in base al comma 3 dell'art. 6 la Corte di giustizia e i tribunali nazionali *devono* riconoscere i diritti fondamentali garantiti dalla Cedu come principi generali di diritto europeo» e non come semplice fonte ispiratrice. Non pare allora revocabile in dubbio che il diritto di intraprendere azioni collettive, soprattutto se funzionali alla contrattazione collettiva, sia ponderato dalla Corte di Strasburgo con una tecnica di bilanciamento che appare sicuramente più

⁹²¹ Nel caso *Laval* le ricadute interne in chiave di forzatura di responsabilità (mutata analogicamente dalla Corte svedese dalla responsabilità dello stato per violazione del diritto europeo) in capo alle organizzazioni sindacali per danni punitivi (non per danni economici), sono addebitabili non alla giurisprudenza della Corte di giustizia europea ma alla giurisprudenza nazionale, si rinvia a MALBERG, *I rimedi nazionali contro le azioni collettive intraprese in violazione del diritto dell'Unione. Il caso svedese*, di prossima pubblicazione in *Dir. lav. rel. ind.*; ZAHN, DE WITTE, *La prospettiva dell'Unione Europea: dare preminenza al mercato interno o rivedere la dottrina Laval?*, di prossima pubblicazione in *Dir. lav. rel. ind.*

⁹²² ZAHN, DE WITTE, *op. loc. ult. cit.*

appropriata rispetto a quella utilizzata dalla CGUE: il diritto di sciopero è limitabile solo se entra in concreto conflitto con interessi altri di pari rango, meritevoli di tutela, secondo la tecnica ben sperimentata nell'ordinamento italiano; mentre sono giustificabili tali limitazioni alle libertà economiche da parte delle azioni di autotutela, come argomenta invece la CGUE, solo se siano dimostrabili – *probatio diabolica* per le OOSS – come del tutto eccezionali e non sostituibili da altri mezzi.

L'approccio della Corte di giustizia non solo appare, dunque, come un'errata operazione di bilanciamento con le tradizioni costituzionali nazionali, ma finisce per essere pure in contrasto con una fonte (la Cedu) che deve essere rispettata dal diritto europeo primario come sovraordinata, per volontà stessa dei trattati, nell'interpretazione che ne dà la Corte di Strasburgo⁹²³.

⁹²³ Per altre convincenti critiche alla sentenza *Laval* si rinvia a ZAHN, DE WITTE, *op. loc. ult. cit.*