

CAPITOLO III

AUTONOMIA COLLETTIVA E PRINCIPIO DI LIBERTÀ DELLA CONCORRENZA

SOMMARIO - SEZ. I. INDIVIDUALE E COLLETTIVO NEL DIRITTO DEL LAVORO. - 1. L'interesse collettivo, ovvero i motivi della negoziazione collettiva delle condizioni di lavoro. — 2. L'orientamento dottrinale tendente al superamento della distinzione e separazione fra diritto del rapporto individuale e diritto del rapporto collettivo. - SEZ. II. LA LIBERTÀ DI COALIZIONE. - 3. Il principio di libertà sindacale, positiva e negativa, e i suoi corollari nell'ordinamento internazionale e nel nostro ordinamento interno. — 4. Il divieto di discriminazione per motivi sindacali. Sua riferibilità soltanto agli atti unilaterali del datore di lavoro, o alle sue pattuizioni con terzi. — SEZ. III. L'AUTONOMIA COLLETTIVA. - 5. L'autonomia collettiva come principio distinto da quello di libertà sindacale. - 6. L'autonomia collettiva negli ordinamenti internazionali e nell'ordinamento comunitario. — 7. Possibilità di violazione della disciplina della concorrenza fra imprese ad opera di un contratto collettivo. - 8. L'autonomia collettiva nel nostro ordinamento interno. La contraddizione che impedisce l'attuazione dell'art. 39 Cost. — SEZ. IV. CONTRATTAZIONE COLLETTIVA E ANTITRUST. - 9. Perché è importante la sentenza *Albany*. - 10. La coalizione sindacale nel mercato del lavoro originario. - 11. La coalizione sindacale nel mercato del lavoro maturo. La limitazione della concorrenza nel mercato del lavoro e i suoi effetti nel mercato dei beni e in quello dei servizi. - 12. Necessità di un confronto a tutto campo tra diritto del lavoro e diritto della concorrenza. - 13. Qualche ipotesi di lavoro.

SEZIONE I - INDIVIDUALE E COLLETTIVO NEL DIRITTO DEL LAVORO

1. - L'interesse collettivo, ovvero i motivi della negoziazione collettiva delle condizioni di lavoro

Il motivo principale che fin dagli albori dell'industrialismo ha spinto i lavoratori a coalizzarsi per la negoziazione collettiva delle proprie condizioni di lavoro e a dare alla coalizione la struttura dell'associazione permanente è costituito dalla necessità di riequilibrare il rapporto di forza negoziale nel mercato, contrapponendo al potere monopsonistico dell'imprenditore (cap. II, § 3) un monopolio dell'offerta (1).

Il monopolio dell'offerta può poi, ovviamente, giovare ai lavoratori, limitando la concorrenza tra di loro, anche quando lo sviluppo economico abbia determinato il superamento della struttura

(1) Prevedono la necessità del passaggio attraverso la costituzione di un monopolio dell'offerta di lavoro anche le dottrine rivoluzionarie del movimento operaio e in particolare quella marxiana: «Il lavoro salariato poggia esclusivamente sulla concorrenza degli operai tra di loro. Il progresso dell'industria ... fa subentrare all'isolamento degli operai ri-

monopsonistica del mercato con il moltiplicarsi delle imprese che esprimono una domanda di manodopera. In questa ipotesi, che meglio corrisponde al contesto economico attuale delle relazioni di lavoro nei Paesi più sviluppati, può distinguersi in linea teorica il caso in cui il monopolio dell'offerta sia controllato e gestito dai lavoratori occupati regolari (*insiders*) nel proprio interesse esclusivo, al fine implicito o esplicito (2) di escludere gli altri (*outsiders*), o sia invece gestito da una organizzazione capace di mediare tra gli interessi degli uni e degli altri riconducendoli a un interesse comune (cap. II, §§ 2-4).

Un altro possibile motivo determinante della coalizione fra i lavoratori è costituito dalla necessità di correggere alcune asimmetrie informative che tipicamente li penalizzano nei confronti degli imprenditori. Il singolo lavoratore è, solitamente, assai meno informato di quanto non sia la sua controparte sulla congiuntura economica, l'andamento dell'azienda, la posizione che essa occupa nel mercato dei beni prodotti (cap. II, § 4) (3); e l'associarsi può consentire di creare una sorta di memoria collettiva, nonché di avvalersi di persone informate e esperte nella negoziazione con la controparte.

I lavoratori possono essere, inoltre, motivati alla coalizione dalla solidarietà che lega i più forti ai più deboli e dall'interesse che accomuna i primi e i secondi a limitare la valutazione comparativa cui l'imprenditore tenderebbe costantemente a sottoporli (generatrice per tutti, in maggiore o minore misura, del c.d. *stress* da esame): donde la disponibilità anche dei lavoratori più produttivi — e non soltanto per motivi di ordine politico-morale — a sacrificare una parte del trattamento che potrebbero conseguire mediante la negoziazione individuale e la competizione con gli altri nel luogo di lavoro, in funzione di un regime di parità di trattamento fondato sulla negoziazione collettiva.

Anche gli imprenditori, d'altra parte, possono essere interessati, individualmente o collettivamente, alla negoziazione accorpata delle condizioni di lavoro: essa infatti li esime dal compito di conciliare gli interessi dei diversi gruppi di lavoratori, compito che in quel processo negoziale viene svolto dalla coalizione dei lavoratori stessi (soprattutto se questa è un sindacato intercategoriale e non un «sindacato di mestiere», cioè una coalizione che organizza soltanto i lavoratori dotati di una determinata qualifica). Quando poi la negoziazione avvenga tra una coalizione di lavoratori e una coalizione di imprenditori, con la conseguente determinazione di uno standard di trattamento uniforme

sultante dalla concorrenza la loro unione rivoluzionaria, risultante dall'*associazione*» (K. MARX, F. ENGELS, *Manifesto del partito comunista*, 1848, ult. pagina del primo capitolo; c. m.).

(2) L'esclusione esplicita si realizza mediante la c.d. clausola di *closed shop*, sulla quale v. § 3 e ivi particolarmente note 16, 17 e 18.

(3) All'esigenza di correzione dell'altra asimmetria informativa che tipicamente penalizza il lavoratore, cioè quella inerente alle possibilità di lavoro offerte dal mercato (v. in proposito il riquadro 2 del cap. II, sulla nozione di monopsonio dinamico), risponde soltanto l'associazione sindacale che svolge (anche) attività di mediazione fra domanda e offerta nel mercato.

nell'ambito del settore produttivo cui il contratto si riferisce, tale standard può costituire uno strumento di regolazione della concorrenza fra imprenditori, inibendo la riduzione dei costi conseguita attraverso la riduzione dei livelli di trattamento dei dipendenti (cap. II, § 6).

Va infine menzionato, non ultimo per importanza, un interesse alla negoziazione collettiva comune alle parti contrapposte: il drastico risparmio, per entrambe, dei costi di transazione. Le esigenze di rapidità, sicurezza e semplicità della costituzione dei rapporti individuali caratteristiche del mercato del lavoro moderno sono soddisfatte assai bene mediante la negoziazione accorpata di condizioni di lavoro che poi rifluiscono — attraverso diversi possibili meccanismi giuridici — più o meno automaticamente nei contratti individuali (4). E il risparmio dei costi di transazione tanto più si incrementa, quanto più la coalizione assume il carattere dell'associazione permanente (sia essa associazione di prestatori o di datori di lavoro): il rapporto di lavoro, essendo un rapporto di durata — e per lo più di durata lunga —, è infatti tipicamente esposto a una miriade di sopravvenienze che il singolo individuo difficilmente è in grado di prevedere, o è in grado di farlo soltanto al prezzo di una costosa consulenza; l'associazione sindacale o imprenditoriale, invece, ha conoscenza e memoria diretta di tutte — o quasi — le possibili sopravvenienze ed è quindi in grado di negoziarne agevolmente una adeguata regolamentazione.

2. - L'orientamento dottrinale tendente al superamento della distinzione e separatezza fra diritto del rapporto individuale e diritto del rapporto collettivo

Il fenomeno della coalizione ricorre nei rapporti fra prestatori e datori di lavoro in epoca moderna con tale frequenza, a tutte le latitudini e longitudini, da indurre una parte della dottrina a considerare — sul piano della teoria generale — la coalizione stessa, o quanto meno la «suscettibilità di coalizione», come elemento essenziale e caratterizzante della fattispecie a cui il diritto del lavoro si riferisce (5). Senonché il censimento delle situazioni generatrici dell'interesse alla coalizione e alla negoziazione collettiva (v. cap. II) mostra quanto numerosi, eterogenei e di segno politico-sociale diverso siano i fattori capaci di determinare questo fenomeno, i quali possono presentarsi congiuntamente o disgiuntamente in ciascun caso concreto di rapporto di lavoro; e in qualche caso possono non presentarsi affatto, senza che per questo possa fondatamente escludersi la configurabilità del

(4) Sul fenomeno della «massificazione» della contrattazione nelle economie moderne e sull'esigenza che ne deriva di rapidità e semplicità della negoziazione del singolo contratto, con la conseguente inevitabile erosione del ruolo della volontà individuale, v. E. ROPPO, *Il contratto*, Bologna, 1977, pp. 266-278. Per la nozione di «gestione accorpata dei rapporti di lavoro» v. M. DELL'OLIO, *L'organizzazione e l'azione sindacale*, Padova, 1980, particolarmente pp. 97-109.

(5) M. PEDRAZZOLI, *Democrazia industriale e subordinazione*, Milano, 1985.

rapporto di lavoro subordinato (6). Viceversa, alcuni di essi ben possono presentarsi — e di fatto si presentano — anche in rapporti di lavoro sicuramente non riconducibili alla figura del lavoro subordinato (come i rapporti di agenzia commerciale), e persino in rapporti di natura diversa da quelli di lavoro, quali ad esempio i rapporti di locazione abitativa, o i rapporti fra utenti e somministratori dei servizi più vari, determinando così il manifestarsi del fenomeno della coalizione e della negoziazione collettiva del contenuto dei rapporti individuali anche in campi diversi da quello del lavoro. Coalizione e negoziazione collettiva non possono dunque, secondo l'opinione largamente prevalente, essere assunte né quali elementi essenziali, né quali elementi peculiari della fattispecie a cui il diritto del lavoro si riferisce (7).

La teoria tendente a fare della coalizione un elemento costitutivo essenziale del rapporto di lavoro subordinato, poco feconda forse sul piano della qualificazione della fattispecie del rapporto di lavoro subordinato, ha però aperto la strada a un ripensamento della distinzione e della separatezza tradizionale fra diritto sindacale e diritto del rapporto individuale di lavoro.

Nella lunga e vana attesa dell'attuazione da parte del legislatore ordinario della norma costituzionale che prevede e disciplina l'autonomia collettiva, in giurisprudenza e in dottrina si sono fronteggiati due modi di concepirla: da un lato una concezione dell'autonomia collettiva come prerogativa attribuita dall'ordinamento al sindacato a titolo originario, quindi del contratto collettivo come fonte eteronoma di disciplina del rapporto individuale, dall'altro una concezione del contratto stesso come contratto stipulato in forza di un mandato conferito dal singolo lavoratore al sindacato o comunque di un atto di autolimitazione dell'autonomia individuale in favore dell'autonomia collettiva. Le soluzioni via via proposte in dottrina e in giurisprudenza al problema dell'efficacia del contratto collettivo sul rapporto individuale hanno lungamente oscillato, e tuttora in parte oscillano, fra questi due poli teorici. Nella dialettica fra questi due orientamenti, tuttavia, la teoria della coalizione come elemento costitutivo della fattispecie del rapporto di lavoro subordinato ha contribuito a ridimensionare il rilievo dell'alterità fra associazione sindacale e lavoratore come soggetti del diritto del lavoro, nonché fra contratto collettivo e contratto individuale come fonti regolatrici del rapporto (8).

(6) V. in proposito cap. IV.

(7) V. la critica acuta di M. NAPOLI, *Contratto e rapporti di lavoro, oggi*, nel secondo tomo de *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, Milano, 1995, pp. 1057-1142, nonché nella raccolta dello stesso A. *Questioni di diritto del lavoro (1992-1996)*, Torino, 1996, pp. 3-66, e partic. 25-34; v. inoltre più recentemente P. BELLOCCHI, *Libertà e pluralismo sindacale*, Padova, 1998, pp. 176-182. Per una esposizione analitica — qui preclusa dai limiti di spazio — delle ragioni per cui la prospettazione di M. PEDRAZZOLI, pur assai suggestiva e stimolante, mi sembra avara di risultati concreti apprezzabili sul piano della costruzione sistematica della fattispecie del lavoro subordinato e su quello dell'interpretazione delle norme che presiedono alla qualificazione nel nostro ordinamento, devo rinviare alla mia monografia *Subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, Milano, 1989, pp. 21-26.

(8) V. soprattutto F. SCARPELLI, *Lavoratore subordinato e autotutela collettiva*, Milano, 1993, e S. LIEBMAN, *Individuale e collettivo nel contratto di lavoro*, Milano, 1993 (dove peraltro l'A. disconosce la confluenza della propria ri-

Oggi sembra prevalere la tendenza a concepire il rapporto fra contratto collettivo e contratto individuale di lavoro non più in termini di espropriazione del potere dispositivo del secondo in favore del primo, quanto piuttosto in termini di intreccio tra fonti concorrenti — ancorché gerarchicamente ordinate fra loro — di disciplina del rapporto, entrambe espressione di una autonomia negoziale propria dei lavoratori e da loro esercitata di volta in volta in forme diverse (9). È questo il modo in cui, nel campo dei rapporti di lavoro, la libertà contrattuale, superando l'*impasse* in cui il diritto dei contratti è venuto a trovarsi — in questo come in altri campi — in conseguenza della massificazione dei rapporti economici, «ha saputo rigenerare se stessa» (10).

SEZIONE II. - LA LIBERTÀ DI COALIZIONE

3. - Il principio di libertà sindacale, positiva e negativa, e i suoi corollari nell'ordinamento internazionale e nel nostro ordinamento interno

Osteggiata all'origine, e sovente vietata anche dalla legge penale, come una forma di limitazione indebita della libera concorrenza fra gli operatori economici (11), più largamente tollerata nel periodo della prima legislazione liberale (12), poi, nel ventennio corporativo, costretta in forme pubblicistiche sostanzialmente impeditive di qualsiasi libertà di scelta associativa dei lavoratori come degli imprenditori (13), nel nostro ordinamento attuale la coalizione sindacale è protetta dalla Costitu-

flessione con quella sopra citata di M. PEDRAZZOLI, criticando di quest'ultima un aspetto essenziale: v. partic. pp. 113-114 e ivi nota 38). A una ricomposizione della dimensione collettiva con quella individuale dei rapporti di lavoro tendevano anche, in precedenza, per altra via, M. PERSIANI, *Saggio sull'autonomia privata collettiva*, Padova, 1972, e M. DELL'OLIO, *op. e loc. cit.* nella nota 4.

(9) Cfr. F. SCARPELLI, *Lavoratore subordinato e autotutela collettiva*, cit.: «l'ordinamento assomma nel singolo lavoratore subordinato il potere di autotutela collettiva con quello espresso dall'autonomia individuale — collocandoli in una sfera omogenea e non in un rapporto di "alterità" — entrambi in un significato, anche se tra loro differenziato, di *autonomia*. ... Dal combinarsi e integrarsi dell'esercizio delle due forme di autonomia, ed eventualmente con l'integrazione eteronoma della fonte legale, sorge quindi il regolamento contrattuale del rapporto di lavoro» (pp. 304-306).

(10) E. ROPPO, *Il contratto*, cit. nella nota 4, pp. 291-292.

(11) V. in proposito § 9 e ivi in particolare nota 51.

(12) La fase della tolleranza, di ispirazione liberale, fu inaugurata nell'Italia unita con l'emanazione del codice penale Zanardelli del 1889, parzialmente ispirato per questo aspetto al precedente codice toscano. Per una lettura riduttiva della portata liberalizzatrice di questa riforma v. G. NEPPI MODONA, *Sciopero, potere politico e magistratura 1870-1922*, Bari, 1969, dal quale dissente per questo aspetto G. PERA, *Diritto del lavoro*, Padova, 1996⁵, pp. 21-22; v. inoltre T.L. RIZZO, *La legislazione sociale della nuova Italia (1876-1900)*, Napoli, 1988, partic. pp. 17-51.

(13) Con la legge 3 aprile 1926 n. 563 e il suo regolamento 1° luglio 1926 n. 1130 il regime fascista istituì un ordinamento, poi perfezionato sul piano sanzionatorio con il codice penale del 1930, caratterizzato — nonostante la possibilità, puramente formale e di facciata, di un pluralismo sindacale — dal riconoscimento giuridico di un unico sindacato di categoria dei lavoratori, contrapposto al corrispondente sindacato unico degli imprenditori (anch'esso riconosciuto in via esclusiva), entrambi dotati di personalità di diritto pubblico e sottoposti al controllo giuridico e politico dello Stato, nonché dotati di un potere di rappresentanza esteso all'intera categoria: v. in proposito, fra gli altri, L. BARASSI, *Diritto sindacale e corporativo*, Milano, 1934², pp. 115-325; V. FEROCI, *Diritto sindacale e corporativo*,

zione. Protezione generica è data dal principio generale della libertà di associazione sancito dagli artt. 2 e 18 Cost.; protezione specifica dal principio di libertà sindacale sancito dal primo comma dell'art. 39, la cui particolare collocazione nel titolo III della Carta sta a sottolinearne il collegamento funzionale con il riconoscimento dell'autonomia collettiva (art. 39, c. 4°) e del diritto di autotutela collettiva mediante lo sciopero (art. 40). Alla tutela della libertà di associazione sindacale la Repubblica è vincolata anche sul piano internazionale, per effetto di alcune convenzioni O.I.L. e altre norme sovranazionali (v. il riquadro 1).

RIQUADRO 1

Le norme internazionali che vincolano al riconoscimento della libertà sindacale

Alla tutela della libertà di associazione sindacale la Repubblica è vincolata anche sul piano internazionale, innanzitutto per effetto delle convenzioni O.I.L. n. 87/1948 e n. 98/1949 (14), attuative del corrispondente principio fondamentale enunciato nella Costituzione della stessa Organizzazione (v. cap. II, § 10) (15). In particolare, la conv. n. 87 obbliga l'ordinamento nazionale a garantire la libertà positiva dei prestatori e dei datori di lavoro di coalizzarsi in qualsiasi forma per la promozione e difesa dei propri interessi, vietando che il riconoscimento della personalità giuridica all'associazione sia sottoposto a condizioni che ne limitino sostanzialmente la libertà. Nessun accenno è stato invece inserito in quella convenzione alla libertà dei singoli di non adesione a un'organizzazione sindacale; il contenuto pratico della libertà sindacale è dunque qui limitato alla facoltà dei lavoratori e degli imprenditori di organizzarsi per l'autotutela: l'obbligo per gli Stati aderenti di assicurare ai lavoratori anche la libertà sindacale negativa è stato volutamente ignorato per non precludere la possibilità di adesione alla convenzione n. 87 da parte degli Stati nei quali era ammessa e praticata la c.d. clausola di closed shop, cioè la disposizione collettiva che impone

Milano, 1934, pp. 68-126; F. PERGOLESI, *Diritto corporativo*, Torino, 1935², pp. 93-366, il quale peraltro sottolinea come l'ordinamento in esame non vieti le associazioni sindacali di fatto, «regolate dal diritto comune e soggette a una speciale vigilanza politica» (pp. 101 e 104-112); private, comunque, in realtà, quasi totalmente di una effettiva libertà d'azione e di qualsiasi potere di rappresentanza negoziale dei propri iscritti; G. BOTTAI, *Esperienza corporativa (1929-1935)*, Firenze, 1935², pp. 389-526; G. ZANOBINI, *Corso di diritto corporativo*, Milano, 1940⁵, pp. 87-236.

(14) Entrambe ratificate dall'Italia con L. 23 marzo 1958 n. 367. Nel settore agricolo le due convenzioni erano state precedute dalla conv. O.I.L. n. 11/1921 sul «diritto di associazione» dei lavoratori della terra e sono state integrate — ancora limitatamente a quel settore — dalla conv. n. 145/1975. Ma v. già in precedenza l'enunciazione del principio generale della libertà sindacale nell'art. 427 del trattato di Versailles del 1919.

(15) Il principio di libertà di associazione sancito dalle due convenzioni era stato inserito nella Costituzione dell'O.I.L. con la *Dichiarazione di Filadelfia* (adottata il 10 maggio 1944 nel corso della 26a sessione della Conferenza Internazionale del Lavoro), parte I, lett. b. Cfr. in proposito U. PROSPERETTI, *L'autonomia sindacale*, in *Nuovo trattato di diritto del lavoro* dir. da L. Riva Sanseverino e G. Mazzoni, vol. I, Padova, 1971, partic. pp. 12-15. Oggi soltanto metà della popolazione mondiale vive in Paesi che abbiano ratificato la conv. n. 87 (122 Paesi sui 174 aderenti all'O.I.L.), nonostante che essa sia considerata come parte integrante della Costituzione dell'Organizzazione e come tale vincolante per tutti gli Stati aderenti. Sul principio di libertà sindacale nell'ordinamento dell'O.I.L. e in particolare la conv. n. 87 v. il numero speciale di *RIT*, 1998, n. 2, dedicato al tema *Droits du travail, droits de l'homme*, con articoli di N. VALTICOS, H. DUNNING, L. SWEPSTON, G. VON POTOBOSKY, H. KELLERSON; ivi anche una nota bibliografica ragionata in argomento. Per una panoramica storica dell'attività svolta dall'O.I.L. per la promozione dei principi della libertà sindacale, dell'autonomia collettiva e della partecipazione dei lavoratori nell'impresa, v. inoltre J. DE GIVRY, *Droits de l'homme travail et syndicats*, Paris, 1989.

l'affiliazione al sindacato stipulante di tutti i dipendenti dell'impresa (16). Ma è stato giustamente osservato che «una libertà di associarsi che non includa la libertà di non associarsi non è più una libertà» (17); e in questo senso ha avuto occasione di pronunciarsi anche la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (18).

Salva l'«amputazione» di cui si è ora detto, il principio di libertà sindacale è definito dalla conv. n. 87 in modo molto ampio; e i due elementi ivi indicati (art. 10) per individuare la coalizione oggetto della tutela — organizzazione di una pluralità di prestatori o datori di lavoro e finalità di tutela «degli interessi» degli associati, senza delimitazione della loro possibile natura, quindi con inclusione anche di interessi lato sensu politici — sono pacificamente riconosciuti dalla nostra dottrina come necessari e sufficienti per il configurarsi della fattispecie tutelata anche nel nostro ordinamento interno (19): si giunge pertanto a ricomprendere nella fattispecie protetta anche la coalizione spontanea limitata all'ambito di un'unità produttiva e quella a carattere meramente occasionale, nonostante che il modello associativo-rappresentativo esplicitamente privilegiato dal Costituente sia di tutt'altro tipo (20).

Dal vincolo posto dalla conv. n. 87 viene desunto anche il divieto per gli Stati aderenti di operare — sia pure soltanto mediante sovvenzioni selettive — per favorire il determinarsi di una situazione di monopolio sindacale: la norma tutela la piena libertà di scelta dei lavoratori e dei datori di lavoro fra un regime di unità o di pluralismo sindacale (21).

Il quadro delle norme internazionali nelle quali è sancito il principio di libertà sindacale si completa con la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948, dove nell'art. 23, n. 4, è menzionata espressamente soltanto la libertà sindacale positiva; con la Carta sociale europea del 1961 (marcatamente e volutamente ispirata all'ordinamento dell'O.I.L.), art. 5, dove si sancisce l'obbligo degli Stati aderenti di garantire e promuovere «la libertà dei lavoratori e dei datori di lavoro di costituire organizzazioni locali, nazionali o internazionali per difendere i loro interessi e

(16) La conv. O.I.L. n. 87/1948 è stata infatti ratificata anche dall'Australia, dal Canada e dalla Gran Bretagna (ma non dagli U.S.A.), Paesi tutti dove la clausola di *closed shop* è stata per lungo tempo ammessa, pur con alterne vicende legislative. In Gran Bretagna più che altrove il *closed shop* è stato largamente praticato fino alle riforme thatcheriane degli anni '80: v. in proposito M. PAPALEONI, *Libertà sindacale e closed shop nel diritto del lavoro britannico*, Milano, 1981.

(17) L. BETTEN, *International Labour Law*, Deventer, 1993, pp. 75-76; ivi (pp. 75-82) una trattazione relativamente ampia della questione dell'esclusione del principio della libertà sindacale negativa dalle convenzioni O.I.L. n. 87 e n. 98.

(18) Sent. 13 agosto 1981, causa *Young, James e Webster c. Regno Unito*, FI, 1982, IV, c. 133 (con nota di E. TRIGGIANI, *Libertà sindacale «negativa» e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*), nella quale la Corte ha ritenuto implicito il principio di libertà sindacale negativa, con la conseguente illegittimità delle clausole di *closed shop*, nella norma contenuta nell'art. 11 della *Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali* del 1950: norma in tutto e per tutto ricalcata su quella contenuta nella conv. O.I.L. n. 87, nella quale si menziona soltanto il diritto di costituire l'organizzazione e di aderirvi, ma non il divieto per la legge e le parti collettive di imporre al lavoratore l'adesione. Apprendiamo da N. CATALA, R. BONNET, *Droit social européen* (Paris, 1991, p. 16) che in una successiva sentenza, del 18 ottobre 1983, la stessa Corte ha condannato il Regno Unito a un cospicuo risarcimento dei danni derivati ai tre lavoratori ricorrenti dal licenziamento subito in applicazione della clausola di *closed shop* precedentemente dichiarata illegittima.

(19) V. per tutti U. PROSPERETTI, voce *Libertà sindacale: premesse generali*, *Enc dir*, XXIV, 1974, pp. 494-501; G. PERA, voce *Libertà sindacale: diritto vigente*, ivi, partic. pp. 512-522; M. GRANDI, *L'attività sindacale nell'impresa*, Milano, 1976, pp. 2-23. M. DELL'OLIO, *L'organizzazione e l'azione sindacale*, cit., aggiunge quale elemento necessario quello della volontarietà della coalizione, quindi della sua natura contrattuale (pp. 18-33).

(20) G. PERA, *op. cit.* nella nota prec., p. 516.

(21) L. BETTEN, *International Labour Law*, cit. nella nota 17, pp. 82-85: un corollario, questo, del principio di libertà sindacale di fonte internazionale, le cui rilevanti implicazioni nel nostro ordinamento interno sono forse state fino a oggi sottovalutate. Sulla legislazione «di sostegno» alle associazioni sindacali maggiormente rappresentative nei luoghi di lavoro e i suoi sviluppi più recenti v. §§ 53-61.

conomici e sociali e di aderire a queste organizzazioni» (22); con il Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali del 1966 (ONU), dove il riconoscimento della libertà sindacale anche negativa deve leggersi nella parte dell'art. 8 in cui si parla di «diritto di ogni individuo ... di aderire al sindacato di sua scelta»; e con la Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori del 1989, dove il principio di libertà sindacale è esplicitamente enunciato in entrambe le accezioni, rispettivamente nel primo e nel secondo comma dell'art. 11. A tutt'oggi, invece, il principio della libertà sindacale non è esplicitamente fatto proprio dall'ordinamento comunitario (23).

Ancora nell'ambito dell'ordinamento dell'O.I.L., l'art. 1 della convenzione n. 98/1949 (24) perfeziona il sistema di protezione della libertà sindacale vincolando l'ordinamento nazionale a imporre un divieto generale delle discriminazioni motivate dall'adesione del lavoratore a una associazione sindacale (25): vincolo poi ribadito, con particolare riferimento al licenziamento discriminatorio, nell'art. 1 della conv. n. 135/1971 (26).

In linea con la convenzione n. 87, le convenzioni n. 98 e n. 135 non contengono alcun riferimento esplicito alla discriminazione tendente a penalizzare il lavoratore che non aderisca a una determinata associazione.

Sul piano della legislazione ordinaria, nel nostro diritto interno, la libertà, positiva e negativa, di associazione e di attività sindacale è oggetto di tutela speciale nello Statuto dei lavoratori (legge 20 maggio 1970 n. 300), che non si limita a enunciarne il principio (artt. 1 e 14), ma contiene un insieme di regole finalizzate a garantirne l'effettività: in particolare il divieto di discriminazioni motivate dall'affiliazione o attività sindacale dello stesso lavoratore (artt. 15 e 16), con il quale il nostro ordinamento ottempera alla conv. O.I.L. n. 98, di cui si è detto sopra; le regole poste a protezione del diritto di riservatezza del lavoratore nel luogo di lavoro (artt. 2, 3, 4, 6, 8), la cui ragion d'essere è anche quella di prevenire la possibilità di discriminazioni; il diritto di svolgere proselitismo e raccogliere le quote associative nel luogo di lavoro; il diritto alla sospensione della prestazione dei lavoratori chiamati a ricoprire cariche direttive in seno alla propria associazione (art. 31) (27); il divieto dei sindacati di comodo, intendendosi per tali le associazioni di lavoratori promosse o sorrette dal datore di lavoro (art. 17) (28).

(22)V. in proposito nota 18 a questo paragrafo.

(23) Sulla non appartenenza, a tutt'oggi, all'ordinamento comunitario della c.d. *Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori*, non sottoscritta dal Regno Unito, v. § 12 al cap. II e ivi nota 25.

(24) Sulla ratifica di questa convenzione da parte dell'Italia v. nota 14.

(25) Sul contenuto delle due convenzioni v. M. OFFEDDU, *Le convenzioni internazionali del lavoro e l'ordinamento giuridico italiano*, Padova, 1973, pp. 178-195. Sul divieto delle discriminazioni per motivi sindacali v. il paragrafo seguente.

(26) Ratificata dall'Italia con L. 10 aprile 1981 n. 157.

(27) Con i quali il nostro ordinamento adempie l'obbligo, assunto con la ratifica della conv. O.I.L. n. 135/1971 (v. nota prec.), di predisporre idonee agevolazioni per lo svolgimento «rapido ed efficace», da parte dei rappresentanti sindacali aziendali, delle loro funzioni di rappresentanza e tutela dei lavoratori nei luoghi di lavoro (art. 2 della convenzione).

(28) Anche questo divieto costituisce adempimento di un obbligo imposto all'Italia dall'art. 2 della conv. O.I.L. n. 98/1949, di cui si è detto sopra. Tra i commenti all'art. 17 St. lav. v. soprattutto F. MANCINI (G. Ghezzi, L. Montuschi, U. Romagnoli), *Statuto dei diritti dei lavoratori*, Bologna-Roma, 1972¹, pp. 233-242; 2a ed., 1981, pp. 67-78; C. ASSANTI (G. Pera), *Commento allo statuto dei diritti dei lavoratori*, Padova, 1972, pp. 185-190; Marc. DE

A questo insieme di norme, posto a tutela di qualsiasi forma di aggregazione dei lavoratori nel luogo di lavoro, si aggiunge la «normativa di sostegno» contenuta nel titolo III dello Statuto, consistente nell'attribuzione di prerogative speciali alle associazioni che rispondano a determinati criteri di rappresentatività effettiva, finalizzata non soltanto ad assicurare la libertà di coalizione sul piano sostanziale, ma anche a promuovere l'aggregazione stabile dei lavoratori nel luogo di lavoro e la loro capacità di gestione aggregata dei propri interessi nel rapporto con l'imprenditore: alle sole associazioni che rispondono al criterio selettivo di cui all'art. 19 è attribuito il diritto a convocare assemblee e indire referendum e a permessi retribuiti e non retribuiti per lo svolgimento da parte dei loro rappresentanti dell'attività sindacale in azienda.

4. - Il divieto di discriminazione per motivi sindacali. Sua riferibilità soltanto agli atti unilaterali del datore di lavoro, o alle sue pattuizioni con terzi

Vedremo più approfonditamente nella parte della trattazione dedicata al principio di parità di trattamento e ai divieti di discriminazione in generale (capitoli VI e VII) che, mentre il suddetto principio di parità — laddove esso sia applicabile anche nei rapporti di lavoro privatistici — impone al datore di lavoro di riservare ai propri dipendenti trattamento uguale in situazioni uguali e trattamento diverso in situazioni corrispondentemente diverse, i secondi, invece, impongono al datore di lavoro di ignorare una determinata differenza di situazione (per lo più, non sempre, una differenza attinente alla persona del prestatore o alle circostanze esterne al rapporto, ma non al contenuto della prestazione lavorativa dedotta in contratto). Il divieto di discriminazione antisindacale, dunque, impone al datore di lavoro di ignorare, nella determinazione del trattamento riservato ai propri dipendenti o a coloro che aspirano a diventarlo, la loro adesione a una coalizione o alle indicazioni di comportamento da questa provenienti sul piano dell'autotutela collettiva.

Così, ad esempio, la regola qui in esame vieta al datore di lavoro di adottare criteri che penalizzino o escludano gli iscritti a uno o più sindacati (o altre forme di coalizione, anche occasionali) nella scelta dei nuovi dipendenti da assumere, o nella scelta dei dipendenti da promuovere a livelli professionali superiori, o di quelli a cui assegnare premi o aumenti retributivi; e poiché il divieto di discriminazione vigente nel nostro ordinamento interno, a differenza di quello posto dall'ordinamento dell'O.I.L. (§ 3), tutela esplicitamente anche la libertà sindacale negativa (art. 15 St. lav.) (29), deve

CRISTOFARO, in *Commentario dello Statuto dei lavoratori*, dir. da U. Prosperetti, Milano, 1975, vol. I, pp. 458-497; T. GERMANO ne *Lo Statuto dei lavoratori. Commentario*, dir. da G. Giugni, Milano, 1979, pp. 236-248.

(29) Non così l'art. 4 della legge 15 luglio 1966 n. 604, che ha preceduto l'art. 15 St. lav. istituendo il primo divieto esplicito di discriminazione antisindacale sul terreno dei licenziamenti, e che menziona — per vietarlo — soltanto il caso del licenziamento motivato dall'«appartenenza a un sindacato», ma non il caso di quello motivato dalla non appartenenza.

pacificamente ritenersi vietata al datore di lavoro anche l'adozione, ai fini delle suddette scelte, di criteri che penalizzino o escludano i lavoratori non aderenti ad alcuna coalizione o non aderenti a una determinata coalizione (30).

In riferimento al divieto di discriminazioni fondate sulla scelta sindacale del lavoratore si pone il problema se siano vietate soltanto le disparità di trattamento determinate dalla volontà del datore di lavoro di coartare la libertà di scelta sindacale dei propri dipendenti, oppure anche quelle correlate obiettivamente all'affiliazione sindacale del lavoratore, ma non determinate da un intento discriminatorio del datore di lavoro. In dottrina sul punto si contrappongono l'orientamento nel senso di considerare irrilevante, ai fini del divieto, l'elemento psicologico (31) e l'orientamento opposto (32). A favore di quest'ultimo milita non soltanto il tenore letterale della norma (art. 15 St. lav.: «È nullo qualsiasi patto o atto *diretto* a ...»), ma anche e soprattutto il fatto che l'allargamento della fattispecie vietata a qualsiasi diversificazione del trattamento obiettivamente correlata alla diversa affiliazione sindacale del lavoratore potrebbe causare pregiudizio gravissimo proprio a quella libertà sindacale, positiva e negativa, la cui tutela costituisce invece la ragion d'essere essenziale della norma. È agevole convincersene se si considerano i due casi paradigmatici proposti rispettivamente nei due paragrafi che seguono.

Consideriamo innanzitutto il caso in cui la differenza di trattamento collegata all'affiliazione del lavoratore non nasca da una scelta unilaterale del datore di lavoro volta a penalizzare una determinata scelta sindacale o privilegiarne un'altra, bensì dalla negoziazione del trattamento stesso fra i due soggetti; e in particolare il caso in cui, in un'impresa nella quale fino a oggi si è applicato a tutti i dipendenti un trattamento inferiore a quello previsto dal contratto collettivo di categoria, venga assunto un gruppo di lavoratori iscritti al sindacato firmatario di quel contratto, i quali ne esigono l'applicazione. Il comportamento del datore di lavoro che riservasse soltanto a quel gruppo di dipendenti lo standard collettivo di trattamento più elevato non potrebbe evidentemente essere qualificato come discriminatorio: potrà discutersi della legittimità del trattamento deteriore riservato agli altri dipendenti, ma non sotto il profilo di una discriminazione lesiva della loro libertà sindacale, bensì soltanto sotto il profilo della «sufficienza» della retribuzione *ex art. 36 Cost.*

Consideriamo ora il caso diverso di un'azienda nella quale gli iscritti a una associazione sindacale accettano una proposta avanzata dall'imprenditore, che prevede un cospicuo aumento retribu-

(30) V. per tutti in proposito G. GHEZZI (L. Montuschi, G.F. Mancini, U. Romagnoli), *Statuto dei diritti dei lavoratori*, cit., *sub* art. 15, pp. 221-224; e, nella seconda edizione dello stesso commentario, del 1981, L. MONTUSCHI, pp. 37-40.

(31) V. in tal senso soprattutto T. TREU, *Condotta antisindacale e atti discriminatori*, Milano, 1974, pp. 125-130.

(32) Per il quale v. soprattutto L. MONTUSCHI (G. Ghezzi, G.F. Mancini, U. Romagnoli), *op. cit.* nella nota 30, pp. 43-46.

tivo in cambio di una marcata flessibilità nella collocazione temporale della prestazione lavorativa nell'arco della settimana o dell'anno, mentre gli iscritti a un'altra associazione (o i non iscritti ad alcuna associazione) la respingono. Non potrebbe certo qualificarsi come discriminazione vietata il comportamento dell'imprenditore che concordasse con i primi l'aumento retributivo in cambio della flessibilità della loro prestazione, mantenendo invece nei confronti dei secondi il vecchio assetto retributivo e il regime di orario rigido: se infatti questo comportamento fosse vietato e l'imprenditore fosse obbligato a trattare tutti i lavoratori allo stesso modo, verrebbe imposta ai primi la scelta dei secondi, o ai secondi la scelta dei primi, determinandosi in entrambi i casi la frustrazione dell'opzione compiuta da uno dei due partiti dissenzienti, cioè un effetto esattamente contrario a quello cui mirano il principio di libertà sindacale e il divieto di discriminazione.

Poiché la norma in esame è essenzialmente finalizzata ad assicurare l'effettività della libertà sindacale del lavoratore, appare diametralmente contraria alla *ratio legis* una sua interpretazione che porti a vanificare gli effetti della scelta sindacale del lavoratore. L'imposizione a chi aderisce a un sindacato delle scelte negoziali compiute da un altro sindacato può avvenire, come vedremo a suo luogo, in applicazione di altre norme, volte a stabilire degli standard minimi di trattamento con efficacia generalizzata nell'ambito di una categoria; ma non certo in applicazione del divieto di discriminazione. A ben vedere, quando una norma imponga la generalizzazione del trattamento previsto nel contratto collettivo stipulato da un sindacato o gruppo di sindacati ritenuto maggiormente rappresentativo, è proprio l'autonomia dei sindacati concorrenti (eventualmente disposti ad accettare trattamenti inferiori) a essere sacrificata, sull'altare del principio della « giusta retribuzione » o di altri principi di tutela del lavoro, comunque diversi dal principio della libertà sindacale.

Se ne deve concludere che il divieto di discriminazione ha per oggetto qualsiasi atto del datore di lavoro che sia mirato a penalizzare l'adesione (o non adesione) di un lavoratore a una associazione sindacale, dovendosi però escludere dal divieto le pattuizioni che il datore di lavoro stipuli con l'associazione sindacale a cui il lavoratore stesso abbia aderito, o quelle che il datore di lavoro stipuli direttamente con il lavoratore dissenziente rispetto alle scelte di altra associazione (33).

(33) Questa distinzione non sembra essere stata colta dai primi commentatori dell'art. 15 dello Statuto: v. soprattutto C. ASSANTI (G. Pera), *Commento allo statuto dei diritti dei lavoratori*, cit. (1972), *sub art.* 15, pp. 165-176; G. GHEZZI (L. Montuschi, G.F. Mancini, U. Romagnoli), *op. ult. cit.*; E. TRIGGIANI, ne *Lo Statuto dei lavoratori. Commentario*, dir. da G. Giugni, Milano, 1979, pp. 209-227 (dove l'A. esclude che la norma tuteli la libertà «del singolo lavoratore a una obiezione di coscienza individuale — che, almeno nella nostra esperienza sindacale, assume il significato di una mistificazione»: pp. 221-222). V. però E. GHERA, in *Commentario dello Statuto dei lavoratori* dir. da U. Prosperetti, cit., *sub art.* 15: «non la differenziazione come tale ... ma la differenziazione pregiudizievole al lavoratore è rilevante agli effetti della discriminazione, la quale consiste perciò in una differenziazione *svantaggiosa* per il lavoratore» (p. 438); «la tutela dell'interesse alla eguaglianza attuale o potenziale di trattamenti non è fine a se stessa, essendo piuttosto collegata teleologicamente alla tutela dell'interesse alla libertà sindacale e politica del lavoratore e alla sua realizzazione sul piano della effettività» (p. 443). La questione è invece stata affrontata negli studi di G. PROIA, *Questioni sulla contrattazione collettiva. Legittimazione, efficacia, dissenso*, Milano, 1994, e G. PROSPERETTI, *L'efficacia dei*

Il «patto» discriminatorio vietato dall'art. 15 St. lav., dunque, non è quello con il quale il lavoratore esercita la propria libertà sindacale, compiendo attualmente la propria scelta di adesione o di rifiuto di adesione a una associazione, o traendo attualmente da tale scelta le conseguenze da lui stesso volute sul piano della disciplina del rapporto; e neppure quello con il quale una associazione dispone dell'interesse collettivo dei lavoratori che rappresenta. Il patto vietato è soltanto quello — stipulato dal datore di lavoro con il lavoratore, con una associazione sindacale, o con terzi — volto a limitare direttamente o indirettamente tale libertà di scelta nello svolgimento futuro del rapporto. Così, ad esempio, dovrà considerarsi nulla l'ipotetica clausola collettiva che preveda una penalizzazione nel trattamento del lavoratore in conseguenza della sua non adesione all'associazione che stipula il contratto, o della sua adesione a una associazione diversa; dovrà considerarsi parimenti nulla la clausola del contratto individuale con la quale il lavoratore accetti per il futuro analoga penalizzazione della propria libertà di scelta; ma non potrà ritenersi discriminatoria — e dovrà pertanto ritenersi di per sé valida, salvo che essa contrasti con norme diverse dal divieto di discriminazione — la pattuizione con la quale egli eserciti attualmente quella libertà di scelta optando per l'applicazione o la disapplicazione del contratto collettivo stipulato da una determinata associazione sindacale.

Questa delimitazione degli effetti del divieto di discriminazione antisindacale assume particolare rilievo pratico in una situazione — quale è sempre più diffusamente quella che si presenta in concreto nel sistema delle relazioni industriali del nostro Paese — di pluralismo sindacale e/o di contrapposizione fra interessi degli occupati regolari, rappresentati da un sindacato, e interessi degli *outsiders*, che il sindacato stesso non è in grado di rappresentare (v. cap. II, §§ 2-3): la libertà sindacale dei secondi sta anche nella loro facoltà di sottrarsi a scelte relative alla disciplina dei rapporti di lavoro alle quali essi sono rimasti del tutto estranei e che possono contrastare con i loro interessi. Questo, ovviamente, non significa che l'ordinamento non possa imporre l'applicazione generalizzata di standard di trattamento inderogabili *in pejus*, negoziati da alcune associazioni e rifiutati da altre o da singoli lavoratori (vedremo nel capitolo VIII come questo sia espressamente previsto dalla stessa Costituzione); ma tale imposizione costituirà attuazione di principi diversi da quello di libertà sindacale. Proprio in considerazione del sacrificio della libertà sindacale che tale imposizione comporta, equità impone comunque che l'estensione degli effetti inderogabili del contratto collettivo ai dissenzienti avvenga attraverso un meccanismo che garantisca un adeguato contemperamento di tutti gli interessi in gioco.

contratti collettivi nel pluralismo sindacale, Milano, 1988, cui si rinvia per la sintesi delle tesi ivi sostenute dai due Autori, e costituisce oggetto centrale della monografia di P. BELLOCCHI, *Libertà e pluralismo sindacale*, cit. nella nota 7, dove l'A. però giunge a conclusioni per alcuni aspetti diverse rispetto a quelle qui proposte.

Sugli ulteriori problemi di interpretazione dell'art. 15 St. lav., comuni a tutti i divieti di discriminazione e non peculiari del divieto di discriminazione antisindacale, rinviamo alla trattazione generale della materia (capitolo VII).

SEZIONE III - L'AUTONOMIA COLLETTIVA

5. - L'autonomia collettiva come principio distinto da quello di libertà sindacale

Logicamente distinto, ancorché strettamente collegato al principio di libertà sindacale, che ne costituisce il presupposto logico, è il riconoscimento del potere della coalizione di negoziare efficacemente le condizioni di lavoro con la controparte, ovvero il c.d. principio dell'autonomia collettiva (34).

Va osservato in proposito che, laddove un ordinamento si limiti a tutelare la libertà di coalizione dei prestatori e datori di lavoro, la negoziazione delle condizioni di lavoro da parte della coalizione potrebbe dispiegare i suoi effetti soltanto mediante gli strumenti propri del diritto comune dei contratti — quindi principalmente attraverso un conferimento di potere negoziale da parte dei singoli individui alla coalizione stessa — con tutti i limiti di efficacia che ne conseguono; riducendosi a questo la disciplina della materia, il riconoscimento dell'autonomia collettiva non avrebbe dunque alcun significato distinto dalla mera tutela della libertà di coalizione. Se negli ordinamenti nazionali e sovranazionali i due principi sono oggetto — come vedremo nelle pagine che seguono — di interventi normativi distinti, è perché con tali interventi si è inteso riconoscere la funzione peculiare del contratto collettivo e attribuire ad esso effetti coerenti con tale funzione, anche quando questi non possano trovare fondamento compiuto nel diritto comune dei contratti.

Il contenuto minimo essenziale del principio dell'autonomia collettiva consiste dunque nell'attribuzione alla coalizione di

a) un potere originario, cioè non giuridicamente derivato da uno specifico atto di conferimento da parte dei singoli soggetti associati, di regolare i rapporti di lavoro ad essi facenti capo, con efficacia diretta (reale) sui rapporti stessi: il che implica il riconoscimento alla coalizione di una soggettività giuridica estesa quanto meno alla capacità di negoziare validamente il contratto collettivo, anche se non necessariamente estesa a una compiuta autonomia patrimoniale.

Il principio di autonomia collettiva può poi arricchirsi di contenuti ulteriori, distinti rispetto a quel contenuto minimo. In particolare:

(34) F. SANTORO PASSARELLI, voce *Autonomia collettiva*, *Enc dir*, IV, 1959, pp. 369-374.

b) gli effetti del contratto collettivo possono essere rafforzati dall'ordinamento mediante un divieto, variamente sanzionato, di pattuizioni individuali peggiorative rispetto ad essi (c.d. inderogabilità *in pejus* del contratto collettivo);

c) il potere negoziale della coalizione può essere esteso, in varie forme e sotto diverse condizioni, alla regolamentazione dei rapporti di lavoro facenti capo a prestatori o datori di lavoro diversi dagli associati (c.d. efficacia *erga omnes* del contratto collettivo);

d) infine la soggettività della coalizione, anche quando non assurga a personalità giuridica piena, può essere arricchita della capacità di essere titolare di diritti e obblighi nei confronti della controparte e del potere di negoziare efficacemente una disciplina di tali rapporti obbligatori (cioè la *regolamentazione delle relazioni collettive*).

La parte del contratto collettivo, avente per oggetto la disciplina dei rapporti fra la coalizione stipulante e la controparte, quindi la regolamentazione delle relazioni collettive (clausole di tregua, clausole inerenti alla struttura e alla modalità della contrattazione o istitutive di procedure di consultazione fra le parti, ecc.), viene comunemente indicata come «parte obbligatoria» del contratto stesso, per distinguerla da quella avente per oggetto la disciplina dei rapporti individuali di lavoro, indicata come «parte normativa» (35).

Il riconoscimento, negli ordinamenti nazionali e sovranazionali, del principio dell'autonomia collettiva nella prima accezione così individuata (titolarità originaria del potere negoziale in capo alla coalizione ed effetti reali della disposizione collettiva sui rapporti individuali) ha consentito il superamento, nella costruzione teorica della natura e degli effetti del contratto collettivo, della prospettiva esclusivamente individualistica tradizionalmente propria del diritto comune dei contratti e l'affermarsi del diritto sindacale come disciplina avente fondamento e oggetto peculiari. Questo non significa che nella nostra materia il diritto che regola il rapporto collettivo debba considerarsi nettamente distinto e separato dal diritto del rapporto individuale di lavoro, secondo la concezione giuslavoristica tradizionale, che tende a isolare la materia del rapporto individuale, oggetto di disciplina esclusivamente eteronoma, confinando l'autonomia negoziale nel campo dei rapporti collettivi. Prevalle invece oggi — come già si è accennato (§ 2) — la tendenza a considerare l'autonomia collettiva come forma di autodeterminazione negoziale *dei lavoratori* concorrente con la loro autonomia individuale e suscettibile di intrecciarsi con essa nella disciplina del rapporto individuale, ancorché rispetto ad essa nettamente privilegiata mediante la regola dell'inderogabilità. Per effetto del riconoscimen-

(35) G. GHEZZI, *La responsabilità contrattuale delle associazioni sindacali. La parte obbligatoria del contratto collettivo*, Milano, 1963. Per la tesi secondo cui il contratto contenente soltanto clausole attinenti alla parte obbligatoria, ma non clausole destinate a disciplinare i rapporti individuali di lavoro, non sarebbe qualificabile come contratto col-

to dell'autonomia collettiva da parte dell'ordinamento nazionale, le forme di quell'intreccio e le regole che ad esso presiedono non sono più quelle proprie del diritto comune dei contratti; ma la materia è pur sempre costituita da un insieme di rapporti di diritto privato e di natura contrattuale.

6. - L'autonomia collettiva negli ordinamenti internazionali e nell'ordinamento comunitario

Affermato in modo assai imperfetto nella nostra Costituzione (art. 39, 4° c.), il principio di autonomia collettiva è sancito invece in modo più esplicito e compiuto da numerose fonti internazionali (sulle quali v. riquadro 2)

RIQUADRO 2

Le norme internazionali che vincolano al riconoscimento dell'autonomia collettiva

La prima fra queste in ordine di tempo è costituita dall'art. 4 della già citata conv. O.I.L. n. 98/1949 (36), che impone agli Stati aderenti di adottare le «misure appropriate alle condizioni nazionali per incoraggiare e promuovere il più ampio possibile sviluppo e utilizzazione di procedure di libera negoziazione di contratti collettivi fra datori di lavoro e loro organizzazioni, da una parte, e organizzazioni dei lavoratori dall'altra, al fine di regolare in questo modo le condizioni di lavoro»; l'art. 10 della successiva conv. n. 117/1962 (37) ribadisce lo stesso principio in riferimento specifico alla materia della determinazione dei minimi retributivi. Una formulazione pressoché identica a quella della conv. n. 98/1949 compare nell'art. 6, n. 2, della Carta sociale europea del 1961. L'art. 12 della Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali del 1989 (38) si limita invece a menzionare il «diritto di negoziare e concludere contratti collettivi», di cui sono titolari i datori di lavoro o loro organizzazioni e le organizzazioni dei lavoratori «alle condizioni previste dalle legislazioni e dalle prassi nazionali».

Le norme internazionali menzionate sembrano dunque limitarsi a imporre agli Stati ad esse vincolati il riconoscimento dell'autonomia collettiva nell'accezione minima sopra individuata (§ 5, alinea a): l'attribuzione, cioè, alla coalizione del potere originario di regolare i rapporti di lavoro facenti capo ai singoli associati, con efficacia diretta sui rapporti stessi; ma non necessariamente l'estensione del campo di efficacia del regolamento collettivo al di fuori della cerchia degli iscritti all'associazione stipulante (ivi, alinea b), né il particolare rafforzamento dell'efficacia stessa costituito dalla regola dell'inderogabilità della pattuizione collettiva in sede di pattuizione individuale (ivi, alinea c).

Più ricca di contenuto è la definizione dell'autonomia collettiva contenuta nella conv. O.I.L. n. 154/1981, non ratificata però dall'Italia (39), il cui art. 2 distingue, tra le funzioni del contratto

lettivo, v. G. ZANGARI, *Contenuto del contratto collettivo di lavoro*, in *Nuovo trattato di diritto del lavoro* dir. da L. Riva Sanseverino e G. Mazzoni, vol. I (1971), cit., pp. 297-299.

(36) Cfr. § 3 e ivi partic. nota 14. La convenzione dà attuazione al «diritto di contrattazione collettiva» inserito nella Costituzione dell'O.I.L. con la *Dichiarazione di Filadelfia* del 10 maggio 1944, parte III, lett. e (cfr. nota 15), dove si sancisce anche "l'obbligo solenne per l'Organizzazione Internazionale del Lavoro di favorire l'attivazione da parte delle diverse nazioni di programmi idonei a realizzare ... il riconoscimento effettivo del diritto di negoziazione collettiva": principio fondamentale che vincola tutti gli Stati aderenti all'Organizzazione, indipendentemente dalla ratifica delle singole convenzioni che ad esso danno attuazione (v. in proposito B. GERNIGON, A. ODERO, H. GUIDO, *Les principes de l'OIT sur la négociation collective*, in *RIT*, 2000, pp. 37 – 60 e particolarmente p. 38).

(37) Ratificata dall'Italia con L. 13 luglio 1966 n. 657.

(38) Cfr. § 3 e ivi partic. nota 23.

(39) Sul presumibile motivo della mancata ratifica da parte dell'Italia v. *infra* in questo paragrafo. Sui lavori preparatori della convenzione, e in particolare sul dibattito in seno all'O.I.L. circa i limiti entro i quali deve essere ammesso

collettivo, quella della disciplina delle condizioni di lavoro (parte normativa) da quella della disciplina del rapporto fra l'imprenditore o l'organizzazione di imprenditori e una o più organizzazioni di lavoratori (parte obbligatoria: § 63, alinea d); in posizione intermedia fra le due la norma internazionale pone la funzione del contratto collettivo che ha per oggetto la disciplina delle «relazioni [collettive] fra gli imprenditori e i lavoratori» (disciplina che infatti può ascriversi di volta in volta alla parte normativa o alla parte obbligatoria del contratto collettivo, a seconda che diritti e obblighi ivi previsti sorgano in capo ai singoli lavoratori o alle associazioni sindacali stipulanti). Qui, dunque, la norma internazionale impone il riconoscimento all'associazione sindacale di quell'elemento di soggettività aggiuntivo rispetto alla mera capacità di negoziare la parte «normativa» del contratto collettivo (§ 5, alinea a), che è indispensabile per lo sviluppo di un vero e proprio e ben strutturato sistema permanente di relazioni sindacali. Neppure questa norma, tuttavia, impone che l'efficacia del contratto collettivo sui rapporti individuali sia assistita dalla regola dell'inderogabilità (alinea c).

L'art. 5 della convenzione n. 154/1981 riprende e precisa il contenuto dell'art. 4 della conv. n. 96/1949, già menzionato, circa l'obbligo degli Stati aderenti di promuovere e facilitare la contrattazione collettiva. Qui, alla lett. d, è enunciato un divieto che sembra formulato su misura in riferimento alla situazione di «diritto sindacale transitorio» in cui si trova l'Italia da mezzo secolo, a causa della difettosa formulazione del 4° comma dell'art. 39 Cost. e della sua conseguente mancata attuazione: gli Stati aderenti sono obbligati a adottare misure finalizzate a che «la contrattazione collettiva non sia ostacolata dall'inesistenza di regole che disciplinino il suo svolgimento o dall'insufficienza o dal carattere inappropriato delle regole esistenti». La mancata ratifica della convenzione da parte dell'Italia si spiega probabilmente proprio con la difficoltà del nostro ordinamento a uscire dalla fase del «diritto sindacale transitorio».

Sul piano comunitario, a un primo timido riconoscimento del possibile ruolo negoziale delle «parti sociali», contenuto nell'art. 118B (ora art. 139, nella «versione consolidata») aggiunto al Trattato istitutivo dall'Atto Unico del 1986, ha fatto séguito, con il Trattato di Maastricht del 1992, il riconoscimento di un ruolo assai più rilevante della contrattazione collettiva (40), poi perfezionato con il Trattato di Amsterdam del 1997. È qui prevista esplicitamente, in particolare,

— la possibilità che uno Stato membro affidi alle parti sociali, su loro richiesta congiunta, l'attuazione nell'ordinamento interno delle direttive in materia di lavoro e sicurezza sociale (ora art. 137, 4° c.) (41);

l'intervento autoritativo dello Stato per la limitazione dell'autonomia collettiva in funzione di interessi generali, v. L. BETTEN, *International Labour Law*, cit. nella nota 17, pp. 95-101.

(40) V. in proposito F. GUARRIELLO, *Ordinamento comunitario e autonomia collettiva*, Milano, 1992; S. SCIARRA in AA.VV., *Il dialogo fra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale del lavoro*, Milano, 1994, pp. 67-109; EAD., *Collective Agreements in the Hierarchy of European Community Sources*, in AA.VV., *European Community Labour Law: Principles and Perspectives*, Oxford, Clarendon, 1996, pp. 189-212; J.A. TOVAR, *Contrattazione collettiva e fonti comunitarie*, in *Dizionario di Diritto del Lavoro Comunitario*, Bologna, 1996, pp. 173-193; G.G. BALANDI, *La direttiva comunitaria sul distacco dei lavoratori: un passo in avanti verso il diritto comunitario del lavoro*, in AA.VV., *I contratti di lavoro internazionali*, *QDLRI*, n. 20, 1998, partic. pp. 131-140 (ivi alcune considerazioni assai suggestive sulla situazione e le prospettive di sviluppo del diritto comunitario in questo campo); e ultimamente A. LO FARO, *Funzioni e finzioni della contrattazione collettiva comunitaria. La contrattazione collettiva come risorsa dell'ordinamento giuridico comunitario*, Milano, 1999, dove a questo proposito si sottolinea la differenza della nozione e ruolo della contrattazione collettiva nell'ordinamento comunitario e in quello nazionale.

(41) La norma prosegue disponendo che «in tal caso [lo Stato] si assicura che, al più tardi alla data in cui una direttiva deve essere recepita a norma dell'articolo 249, le parti sociali abbiano stabilito mediante accordo le necessarie di-

— la possibilità, in linea di principio assai più rilevante, che l’emanazione autoritativa di norme comunitarie nelle materie inerenti al lavoro e alla sicurezza sociale indicate nell’art. 137, 1° c., sia surrogata in tutto o in parte dalla contrattazione collettiva (42).

La portata effettiva di questo riconoscimento è però ridimensionata dalla «dichiarazione» allegata al trattato di Maastricht, secondo cui la previsione del sostituirsi di accordi collettivi all’intervento normativo dell’Unione «non implica l’obbligo per gli Stati membri di applicare direttamente detti accordi o di elaborare norme per il loro recepimento né l’obbligo di modificare le disposizioni interne in vigore per facilitarne l’attuazione». Si esclude così esplicitamente che dal Trattato del 1992 possa desumersi una qualsivoglia innovazione nelle normative nazionali che disciplinano l’esercizio dell’autonomia collettiva e l’efficacia dei contratti che ne derivano; donde la difficoltà, rilevata da più parti, «di costruire un corpo giuridicamente solido per il contratto collettivo europeo» (43). Quasi a conferma di tale difficoltà, il 2° comma dell’art. 139 prevede che, su richiesta congiunta delle parti sociali stipulanti e proposta della Commissione, il contenuto dell’accordo collettivo possa essere recepito e attuato da una delibera del Consiglio, adottata, a seconda della materia, a maggioranza qualificata o all’unanimità (44) (è quanto è accaduto con la recezione dell’accordo collettivo quadro sui congedi parentali ad opera della direttiva 3 giugno 1996 n. 34).

Resta tuttavia, nelle norme citate del Trattato del 1992, un riconoscimento della fungibilità fra disciplina autoritativa (sovrana nazionale o nazionale) e disciplina collettiva, la cui rilevanza sul piano dei principi generali non può essere sottovalutata (45).

La stessa fungibilità è espressamente prevista dalla direttiva n. 45/94 in materia di disciplina della costituzione dei comitati aziendali europei nelle imprese multinazionali. Questa direttiva assume ulteriore rilievo per il tema che qui interessa, nella misura in cui il principio di informazione preventiva ed esame congiunto delle scelte strategiche dell’impresa — che essa afferma e di cui essa intende

sposizioni, fermo restando che lo Stato membro interessato deve prendere le misure necessarie che gli permettano di garantire in qualsiasi momento i risultati imposti da detta direttiva».

(42) Il 4° comma dell’art. 138, sostitutivo del vecchio art. 118A del Trattato, prevede a tal fine una sospensione, della durata massima di nove mesi prorogabile mediante accordo fra le parti sociali e la Commissione, dell’iniziativa normativa della Commissione stessa.

(43) S. SCIARRA, in AA.VV., *Il dialogo fra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale del lavoro*, cit. nella nota 40, p. 81; v. anche EAD., *Collective Agreements ecc.*, cit. nella stessa nota, partic. pp. 196-202. Sui problemi dell’efficacia soggettiva e di quella oggettiva del contratto collettivo europeo v. A. OCCHINO, *Contratti collettivi internazionali e contratti collettivi comunitari*, in AA.VV., *I contratti di lavoro internazionali*, cit. nella stessa nota, partic. pp. 170-178.

(44) Sui problemi di questa «recezione» v. M. ROCCELLA, T. TREU, *Diritto del lavoro della Comunità Europea*, Padova, 1995², pp. 387-389; J.A. TOVAR, *Contrattazione collettiva e fonti comunitarie*, cit. nella nota 40, pp. 188-190.

(45) Parla in proposito di «riconoscimento di un sistema di produzione di norme di origine extra-istituzionale» F. GUARRIELLO, *Ordinamento comunitario e autonomia collettiva*, cit. nella nota 40, p. 53. V. anche G. ARRIGO, *Ampliamento dell’Unione Europea e politica sociale: competenze comunitarie e contratto collettivo europeo*, RGL,

assicurare l'effettività — è direttamente funzionale allo sviluppo della partecipazione dei lavoratori alla determinazione delle scelte stesse attraverso la contrattazione collettiva.

7. - Possibilità di violazione della disciplina della concorrenza fra imprese ad opera di un contratto collettivo

Diverso dal discorso sulla contrattazione collettiva come possibile procedimento alternativo a quello legislativo per la regolamentazione di rapporti sociali e di lavoro è il discorso sulla contrattazione collettiva come possibile forma di limitazione della concorrenza fra imprese, in violazione dell'art. 85 (ora art. 81) del Trattato. La questione ha incominciato a porsi verso la metà degli anni '90 in tre procedimenti davanti alla Corte di Giustizia (46), trovando una iniziale risposta nella sentenza relativa al primo dei tre, nella quale si legge che «gli accordi conclusi nell'ambito di trattative collettive tra parti sociali al fine di conseguire ... obiettivi [di politica sociale] debbono essere considerati, per la loro natura e il loro oggetto, non rientranti nell'ambito di applicazione dell'art. 85» (47). La regola enunciata dalla Corte sancisce per la prima volta esplicitamente il diritto di cittadinanza della contrattazione collettiva nell'ordinamento comunitario anche quando essa rechi in qualche misura pregiudizio alla libertà di concorrenza fra le imprese; ma al tempo stesso apre un ampio varco al controllo giudiziale sulla natura degli «obiettivi» effettivamente perseguiti mediante la contrattazione collettiva, consentendo di ipotizzare l'illegittimità di un contratto collettivo mediante il quale un gruppo di imprese, d'accordo con la controparte sindacale, si proponga, ad esempio, di limitare o controllare una determinata produzione o i suoi sbocchi di mercato, di limitare o rallentare il processo di innovazione tecnologica od organizzativa, oppure di ostacolare l'accesso di nuove imprese concorrenti nel settore (48).

Questa prima risposta giurisprudenziale alla questione dell'integrazione dell'autonomia collettiva nell'ordinamento comunitario sembra aprire più problemi di quanti non ne risolva: abbiamo vi-

1994, I, pp. 1-47; M. ROCCELLA, T. TREU, *Diritto del lavoro della Comunità Europea*, cit. nella nota 44, pp. 381-392; J.A. TOVAR, *Contrattazione collettiva e fonti comunitarie*, cit. nella nota 40, pp. 181-193.

(46) Cause *Albany* (C-67/96), *Brentjens'* (C-115-116-117/97) e *Maatschappij* (C-219/97), nelle quali è stato portato all'esame della Corte di Giustizia il problema della compatibilità dell'estensione *erga omnes* degli effetti di un contratto collettivo con la tutela della libertà di concorrenza e il divieto di abuso di posizione dominante di cui agli artt. 85, 86 e 90 (ora artt. 81, 82 e 86) del Trattato.

(47) Corte di Giustizia 21 settembre 1999 nella causa *Albany*, n. C-67/96, in *RIDL*, 2000, II, p. 209, con una ampia nota di M. Pallini, *Il rapporto problematico tra diritto della concorrenza e autonomia collettiva nell'ordinamento comunitario e nazionale*; la citazione è tratta dal § 60 della motivazione. La sentenza offre lo spunto per l'intervento di L. Di Via, *Considerazioni sull'applicabilità delle disposizioni antitrust alla contrattazione collettiva*, in *MCR*, 2000, pp. 279-310, dove la questione è trattata anche alla luce della giurisprudenza statunitense.

(48) Un caso di questo genere potrebbe ravvisarsi in un contratto collettivo nazionale che, in funzione della tutela dei lavoratori contro il rischio di licenziamento per obsolescenza professionale, limitasse od ostacolasse l'introduzione di nuove tecnologie produttive, o imponesse il mantenimento di un determinato rapporto minimo fra numero dei lavoratori impiegati e fatturato aziendale. V. in proposito la nota che segue.

sto, infatti, come la limitazione della concorrenza (anche) fra le imprese di un determinato settore costituisca fin dalle origini una delle funzioni economiche tipiche della contrattazione collettiva ai livelli superiori a quello aziendale (§ 6); quanto agli interessi perseguiti mediante la contrattazione collettiva dalle associazioni sindacali dei lavoratori, può non essere affatto agevole la distinzione fra «obiettivi di politica sociale» e obiettivi di pura e semplice auto-difesa degli *insiders* contro la concorrenza degli *outsiders*, la quale ben può manifestarsi anche sotto forma di concorrenza fra vecchie e nuove imprese.

Il punto è che la limitazione della concorrenza fra lavoratori e fra imprese in materia di determinazione delle condizioni di lavoro — sia essa attuata per mezzo dello strumento legislativo o del contratto collettivo — è resa in qualche misura necessaria dalle distorsioni monopsonistiche e dalle asimmetrie informative che caratterizzano il mercato del lavoro; e non è stata ancora tracciata da nessuno la linea di confine fra le limitazioni della concorrenza finalizzate a correggere quelle distorsioni o asimmetrie e le limitazioni della concorrenza finalizzate ad assicurare agli *insiders* una rendita di posizione. Su questo insieme di questioni torniamo nella sezione III di questo capitolo.

8. - L'autonomia collettiva nel nostro ordinamento interno. La contraddizione che impedisce l'attuazione dell'art. 39 Cost.

L'autonomia collettiva è espressamente riconosciuta nella nostra Costituzione — art. 39, 4° c. — in una accezione molto circoscritta: il sistema di contrattazione collettiva ivi previsto presuppone la costituzione di rappresentanze unitarie dei lavoratori e dei datori di lavoro di una determinata categoria, alle quali ciascuna associazione dell'una e dell'altra parte partecipi, previa registrazione in sede amministrativa, «in proporzione dei propri iscritti»; al contratto stipulato dalle due rappresentanze unitarie contrapposte è attribuita efficacia *erga omnes* in seno alla categoria (49).

Non è questa la sede per lo studio dei numerosi motivi della mancata attuazione del sistema di contrattazione collettiva progettato dal legislatore costituente, già da altri ampiamente indagati (50). Basti soltanto osservare in proposito come agli ostacoli di natura politico-sindacale, oltre che

(49) Sulla genesi della norma costituzionale, soluzione mediana fra proposte tendenti a una drastica liberalizzazione del sistema delle relazioni sindacali e proposte di pura e semplice democratizzazione del modello corporativo del sindacato unico di diritto pubblico, v. G. PERA, *Problemi costituzionali del diritto sindacale italiano*, Milano, 1960, pp. 19-141. V. in proposito anche, tra le numerose ricostruzioni storico-critiche della vicenda legislativa, U. ROMAGNOLI, T. TREU, *I sindacati in Italia dal '45 a oggi: storia di una strategia*, Bologna, 1977, pp. 18-43; più recentemente V. SABA, *Perché la nostra Costituzione può a ragione definirsi sociale e come fu che i costituenti diedero vita, approvando l'articolo 39, a un vero e proprio «mostro» giuridico e culturale*, in AA.VV., *Il contributo del mondo del lavoro e del sindacato alla Repubblica e alla Costituzione*, Roma, 1998, pp. 87-94.

(50) V. soprattutto G. PERA, *op. e loc. ult. cit.*; F. MANCINI, *Libertà sindacale e contratto collettivo «erga omnes»*, RTDPC, 1963, pp. 570 ss., nonché nella raccolta di saggi dello stesso A., *Costituzione e movimento operaio*, Bologna,

pratico-organizzativa, se ne sia aggiunto anche uno squisitamente logico-giuridico: l'istituzione delle rappresentanze unitarie in funzione della contrattazione collettiva presupporrebbe la determinazione autoritativa, in sede legislativa o in sede amministrativa, dei confini della «categoria» sindacale, la quale verrebbe così a precedere il contratto collettivo invece che esserne conseguenza ed esserne determinata nei suoi confini (v. in proposito cap. VI, § 5); col risultato di una rilevante menomazione della libertà di organizzazione sindacale sancita dal 1° comma dello stesso art. 39 (51). Non è un caso che la perdita pressoché definitiva di interesse per la prospettiva di attuazione del 4° comma dell'art. 39 da parte della nostra dottrina giussindacalistica sia maturata in perfetta coincidenza temporale coll'affermarsi, nella prima metà degli anni '60, della convinzione che debba essere il contratto a definire la categoria, e non la categoria — precostituita in sede legislativa o amministrativa — a definire il campo di applicazione del contratto; e che in ciò stia un elemento essenziale di distinzione del nuovo sistema di relazioni sindacali rispetto al sistema corporativo, caratterizzato dal c.d. «inquadramento costitutivo» (52).

Sta di fatto che la norma costituzionale nulla dice di un possibile esercizio dell'autonomia collettiva al di fuori del modello delineato nel 4° comma. E probabilmente l'intendimento di coloro che posero quella norma era proprio nel senso che al di fuori di quel modello non dovesse darsi luogo ad autonomia collettiva in senso proprio, bensì soltanto, tutt'al più, all'aggregarsi e al negoziare di una pluralità di individui mediante gli strumenti propri del diritto civile comune. Senonché le cose sono

 1976, pp. 133-162; G. GIUGNI, nel *Commentario della Costituzione* a cura di G. Branca, *sub* art. 39, Bologna-Roma, 1979, pp. 257-260: ivi ulteriori riferimenti.

(51) Scriveva infatti G. PERA (che pure è stato fra gli Autori più aperti alla prospettiva dell'attuazione del meccanismo previsto dall'art. 39): «se si ritiene, com'è sotto un certo aspetto vero, che la libertà di autodeterminazione della sfera di interesse da parte del sindacato liberamente costituitosi sia il primo, essenziale aspetto della libertà sindacale, ... allora il problema è automaticamente chiuso e si può mettere fine alla disputa, dichiarando onestamente che non solo l'art. 39 è inapplicabile, ma che nemmeno un qualsiasi altro sistema di contrattazione collettiva generalmente obbligatoria è possibile in via alternativa» (op ult. cit, p. 145); e infatti proprio a questa conclusione arriva, facendone propria appieno la premessa, F. MANCINI nella sua notissima prolusione bolognese citata nella nota precedente. Sulla contraddizione fra le nozioni di «categoria sindacale» desumibili rispettivamente dal 1° comma dell'art. 39 (come interpretato unanimemente dalla dottrina giussindacalistica italiana) e dal 4° comma, v. anche G. TARELLO, *Teorie e ideologie nel diritto sindacale. L'esperienza italiana dopo la Costituzione*, Milano, 1967, pp. 105-106.

(52) V. soprattutto F. MANCINI, *Libertà sindacale e contratto collettivo «erga omnes»*, cit. partic. pp. 582-583; U. ROMAGNOLI, *Il contratto collettivo di impresa*, Milano, 1963, pp. 41-42; G. GIUGNI e altri, *Categoria contrattuale e categoria sindacale. I vari livelli di contrattazione*, in AA.VV., *La categoria e la contrattazione collettiva. Aspetti giuridici della problematica contrattuale*, Milano, 1964, pp. 159-190; M. GRANDI, *I soggetti del contratto collettivo di impresa*, RDL, 1964, p. 111. Sull'intera vicenda dottrinale v. T. TREU, *Teorie e ideologie nel diritto sindacale (a proposito di un recente libro)*, RTDPC, 1968, pp. 1652-1654. V. però più recentemente G. PROIA, *Questioni sulla contrattazione collettiva. Legittimazione, efficacia, dissenso*, Milano, 1994, pp. 69-73, dove l'A. sostiene che anche il riferimento alla «categoria» contenuto nell'ultimo comma dell'art. 39 avrebbe potuto essere interpretato nel senso che l'individuazione della nozione e dei confini della categoria contrattuale fosse, comunque, demandata alle libere determinazioni dell'autonomia collettiva. Sul ruolo del contratto collettivo corporativo nel sistema delle fonti oggi vigente v. G. SUPPIEJ, *Funzione del contratto collettivo*, in *Nuovo trattato di diritto del lavoro* dir. da L. Riva Sanseverino e G. Mazzoni, vol. I, cit., pp. 218-225; A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, nel *Commentario del codice civile* a cura di V. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1977, pp. 337-346.

andate diversamente: dopo l'entrata in vigore della Costituzione la legislazione ordinaria ha subito preso a fare riferimento al contratto collettivo — quindi, di fatto, a un contratto stipulato al di fuori del modello costituzionale, che rimaneva inattuato — con formulazioni che apparivano dare per acquisita la sua capacità di disciplinare direttamente i rapporti individuali di lavoro e che lasciavano trasparire quanto meno un netto favore del legislatore per l'estensione *erga omnes* dei suoi effetti. Lo ha fatto in un primo tempo in modo più timido e generico, poi via via con interventi sempre più frequenti e ricchi di contenuto specifico, con i quali è stato progressivamente adempiuto l'obbligo di riconoscimento dell'autonomia collettiva che nel frattempo la Repubblica andava assumendo sul piano internazionale, nel 1958 con la ratifica della conv. O.I.L. n. 98/1949, poi nel 1965 con la ratifica della *Carta sociale europea* (v. § 6).

La prima norma legislativa che fece riferimento al contratto collettivo postcorporativo fu quella contenuta nell'ultimo comma dell'art. 14 della L. 29 aprile 1949 n. 264, che imponeva agli uffici di collocamento di accertarsi, nel soddisfare la richiesta del datore di lavoro di avviamento di un lavoratore, «che le condizioni offerte ai nuovi assunti siano conformi alle tariffe e ai contratti collettivi». Seguirono altre norme analoghe, tra le quali in particolare quella (tuttora in vigore) contenuta nella L. 22 luglio 1961 n. 628, art. 4/b, dove si attribuisce all'ispettorato del lavoro il compito di «vigilare sull'esecuzione dei contratti collettivi di lavoro». Queste disposizioni potevano e tuttora possono considerarsi come espressione di un netto favore dell'ordinamento per l'applicazione più estesa dei contratti collettivi nell'ambito della rispettiva categoria, ma non ancora come espressione compiuta del principio di autonomia collettiva, neppure nel suo contenuto minimo sopra individuato (§ 5).

D'altra parte, che il contratto collettivo non potesse produrre effetti *erga omnes* per forza propria è confermato dagli ulteriori interventi del legislatore ordinario tendenti a produrre tali effetti per altra via: il primo fra questi è costituito dalla L. 14 luglio 1959 n. 741, c.d. «legge Vigorelli» (dal nome del ministro del lavoro che ne assunse l'iniziativa), con la quale il Governo venne delegato a emanare norme legislative di contenuto identico a quello dei contratti collettivi stipulati in precedenza, con efficacia estesa a tutti i rapporti di lavoro in seno alle rispettive categorie. Lo stesso obiettivo è stato in seguito perseguito dal legislatore per via diversa con l'art. 36 della L. 20 maggio 1970 n. 300, c.d. Statuto dei lavoratori (53), con l'art. 4 della L. 5 agosto 1978 n. 502 e con l'art. 6, c. 9°,

(53) V. in proposito, oltre ai numerosi commentari dello Statuto, G.G. BALANDI, *Le "clausole a favore dei lavoratori" e l'estensione dell'applicazione del contratto collettivo*, RTDPC, 1973, pp. 698 ss.; ivi ulteriori riferimenti. La Corte costituzionale è intervenuta alcuni anni or sono a integrare il contenuto dell'art. 36 St. lav. con la previsione dell'inserimento obbligatorio in tutti gli atti di concessione di servizi pubblici della clausola che obbliga il concessionario ad «applicare o far applicare ai propri dipendenti condizioni non inferiori a quelle risultanti dai contratti collet-

lett. c, della L. 7 dicembre 1989 n. 389, che subordinano il godimento di agevolazioni finanziarie, fiscali e contributive da parte delle imprese all'applicazione generalizzata ai loro dipendenti degli standard retributivi stabiliti dai contratti collettivi delle rispettive categorie (54).

Strutturalmente diverse da quelle fin qui citate sono altre quattro norme, che pure fanno riferimento all'efficacia dei contratti collettivi postcorporativi: l'art. 11/c della legge 19 gennaio 1955 n. 25 sull'apprendistato; il primo comma dell'art. 7 dello Statuto dei lavoratori in materia di provvedimenti disciplinari; l'art. 8 della L. 18 dicembre 1973 n. 877 sulla tutela del lavoro a domicilio, il cui contenuto ricalca sostanzialmente quello dell'art. 6 della precedente L. n. 264/1958 sulla stessa materia; l'art. 8 della L. 30 dicembre 1986 n. 943, sull'applicazione dei minimi retributivi collettivi ai lavoratori extra-comunitari. Queste disposizioni impongono direttamente al datore di lavoro l'obbligo di applicare il contratto collettivo e altrettanto direttamente fanno sorgere il corrispondente diritto in capo al lavoratore: esse dunque possono considerarsi espressione del principio dell'autonomia collettiva, almeno nella sua accezione minima di cui si è detto (§ 5, alinea a) e limitatamente al novero dei lavoratori compreso nel campo di efficacia proprio del contratto (55).

Con altre norme contenute nello Statuto dei lavoratori del 1970 si inaugura una tecnica normativa nuova, consistente nel condizionare l'esercizio di una prerogativa del datore di lavoro o la legittimità di una sua pattuizione con il lavoratore al preventivo accordo con le organizzazioni sindacali o le loro rappresentanze aziendali: è questo il caso — per limitarci agli esempi più rilevanti — degli artt. 4 e 6 dello stesso Statuto del 1970, in materia di impianti audiovisivi e di perquisizioni all'ingresso dell'azienda, dell'art. 5 della L. 9 dicembre 1977 n. 903 (ora abrogato) in materia di lavoro notturno femminile, degli artt. 1 e 2 della L. 19 dicembre 1984 n. 863 in materia di riduzione dell'orario con ricorso alla Cassa integrazione guadagni in funzione dell'incremento dei livelli occupazionali o della loro difesa in situazioni di crisi aziendali («contratti di solidarietà»), dell'art. 23 della L. 28 febbraio 1987 n. 56 in materia di contratti a termine, dell'art. 47, 5° comma, della L. 29 dicembre 1990 n. 428, in materia di trasferimento di aziende in situazioni di crisi, degli artt. 1, 8° c., 4, 11°

 tivi di lavoro della categoria e della zona» (sent. 19 giugno 1998 n. 226, *OGL*, 1999, p. 857); v. in proposito anche la sentenza della Corte di cassazione 23 aprile 1999 n. 4070, *NGL*, 1999, p. 495, *OGL*, 1999, p. 309, e *RIDL*, 2000, II, p. 24, con nota di M.T. PEZZONI, *Sull'art. 36 St. lav.: la «clausola sociale» e la concessione di pubblico servizio*.

(54) Le Sezioni unite della Cassazione hanno ultimamente precisato in proposito che il vincolo riguarda soltanto la parte della disciplina relativa ai livelli retributivi, ma non quella relativa ai c.d. «trattamenti normativi» (come ad esempio la materia del periodo di comporto per malattia, dei permessi o del preavviso di recesso): Cass. S.U. 21 luglio 1999 n. 486, *OGL*, 1999, p. 799.

(55) La Corte costituzionale, investita della questione di legittimità dell'art. 11/c della legge del 1955 sull'apprendistato, sollevata in relazione all'art. 39 Cost., la ha ritenuta infondata, affermando che la disposizione deve intendersi riferita soltanto ai contratti collettivi in quanto applicabili per efficacia propria: sent. 26 gennaio 1957 n. 10, *RGL*, 1957, II, p. 1.

c., e 5, 1° c., della L. 23 luglio 1991 n. 223, rispettivamente in materia di rotazione dei lavoratori collocati in Cassa integrazione, di dequalificazione dei lavoratori nelle situazioni di crisi occupazionale e di criteri di scelta dei licenziandi nelle riduzioni di personale. Queste norme attribuiscono in vario modo alla contrattazione collettiva una funzione di attenuazione di vincoli di carattere generale, oppure di controllo sull'esercizio da parte dell'imprenditore di poteri che la legge gli attribuisce nella gestione dell'azienda come prerogative derivanti direttamente dai contratti individuali, che arricchisce il principio dell'autonomia collettiva di un contenuto aggiuntivo rispetto a quelli fin qui esaminati, ponendo problemi specifici di selezione delle associazioni stipulanti e di individuazione degli effetti del contratto (56).

Assume infine un rilievo non secondario, sul piano dell'affermazione del principio dell'autonomia collettiva e della definizione del suo contenuto, la riforma dell'art. 2113 c.c., disposta con l'art. 6 della L. 11 agosto 1973 n. 533, in materia di rinunce e transazioni: norma nella quale vengono esplicitamente indicate come *non derogabili* in senso peggiorativo per il lavoratore le disposizioni contenute nei contratti collettivi, così risolvendosi «con un tratto di penna» il problema della spiegazione e giustificazione del prevalere della disposizione collettiva sulla pattuizione individuale meno favorevole per il lavoratore, sul quale la dottrina si era affaticata per un quarto di secolo (57). Il principio di autonomia collettiva si è così arricchito definitivamente e compiutamente, nel nostro ordinamento, del secondo suo possibile contenuto di cui si è detto sopra (§ 5, alinea *b*).

SEZIONE IV - CONTRATTAZIONE COLLETTIVA E ANTITRUST: UN PROBLEMA APERTO

9. - Perché è importante la sentenza *Albany*

La sentenza della Corte di Giustizia comunitaria menzionata nel § 7 affronta il caso di un'impresa tessile (la *Albany International*) che rifiutava di contribuire a un fondo di previdenza integrativa istituito da un contratto collettivo reso efficace per tutte le imprese del settore, secondo l'ordinamento nazionale olandese. L'impresa denunciava, in quel caso, la lesione del principio comunitario della libertà di concorrenza, derivante dalla disposizione collettiva che vincolava tutte le imprese del settore al regime assicurativo gestito da un unico ente; ma nel trattare la questione la Corte

(56) Sui quali rinvio alla trattazione che ne ho proposto ne *Il contratto di lavoro*, vol. I, Milano, 2000, §§ 70 e 71.

(57) V. in proposito, anche per i riferimenti alla vicenda giurisprudenziale e al dibattito dottrinale precedente in argomento, L. MENGONI, *Il contratto collettivo nell'ordinamento giuridico italiano*, in AA.VV., *La contrattazione collettiva: crisi e prospettive*, Milano, 1976, pp. 31-35; ora anche in *Diritto e valori*, Bologna, 1985, pp. 270-273.

si è mostrata ben consapevole del fatto che, al di là del caso specifico, i profili di possibile contrasto fra contrattazione collettiva e libertà di concorrenza tra imprese sono assai numerosi e rilevanti.

Questioni analoghe erano state affrontate più volte in passato dalle Corti nazionali e federali statunitensi e risolte secondo impostazioni via via diverse. La Corte di Giustizia europea ha risolto la questione nel caso *Albany* (sentenza cit. nella nota 47) affermando che “quando il contratto collettivo sia finalizzato a migliorare il trattamento dei lavoratori, esso deve considerarsi escluso dal campo di applicazione della disciplina comunitaria della concorrenza” (questa linea ha poi subito qualche messa a punto in due sentenze successive).

Si è subito osservato da più parti come questa sentenza ponga diversi problemi di grande rilievo: innanzitutto quello di stabilire che cosa debba intendersi per “miglioramento del trattamento dei lavoratori”; inoltre quello di stabilire a quale “interesse dei lavoratori” ci si debba riferire, ai fini della valutazione del contenuto effettivo del contratto: a quello dei lavoratori rappresentati dalle organizzazioni firmatarie, a quello di tutti i lavoratori attualmente appartenenti al settore, a quello di tutti gli appartenenti al settore attuali o potenziali, a quello della generalità dei lavoratori? Ma il problema più difficile da risolvere è quello che sorge quando – come talora accade - il miglioramento del trattamento dei lavoratori è perseguito, direttamente o indirettamente, proprio attraverso una limitazione della concorrenza fra imprese nel mercato dei beni o dei servizi, con conseguente danno per i consumatori o utenti.

Così, ad esempio, il contratto collettivo nazionale italiano per il settore dei servizi di pulizia (58) prevede l’obbligo per l’impresa che subentri in un appalto in questo settore di assorbire tutto il personale impiegato dall’appaltatrice precedente; una norma analoga è contenuta nel c.c.n.l. per il settore dei servizi aeroportuali (59) e nel decreto legislativo 13 gennaio 1999 n. 18, art. 14, in relazione al quale la Commissione U.E. ha avviato contro l’Italia una procedura di infrazione davanti alla Corte di Giustizia. Disposizioni di questo genere producono l’effetto di garantire una posizione monopolistica al gruppo di lavoratori attualmente svolgenti il servizio appaltato. E in un settore *labour intensive* come quello dei servizi di pulizia o quello dei servizi aeroportuali, attribuire una posizione monopolistica a un gruppo di lavoratori nel mercato del lavoro produce pressoché esattamente lo stesso effetto che attribuire una posizione monopolistica a un’impresa nel mercato dei servizi (cfr. in proposito anche la sentenza della Corte di Giustizia 10 dicembre 1991, *Merci Convenzionali Porto di Genova*). Un contratto collettivo (come del resto la legge) può produrre indirettamente effetti di indebita limitazione della concorrenza fra imprese, pur mirando direttamente alla protezione

(58) Mi riferisco al c.c.n.l. stipulato per questo settore il 24 ottobre 1997, non disponendo di una edizione più recente.

(59) Mi riferisco al contratto stipulato per questo settore 16 marzo 1999, non disponendo di una edizione più recente.

dell'interesse dei lavoratori attualmente in attività, anche col porre di fatto ostacoli all'innovazione tecnologica.

10. – La coalizione sindacale nel mercato del lavoro originario

Agli inizi dell'intera vicenda, la coalizione sindacale e la contrattazione collettiva delle condizioni di lavoro erano vietate da quella che può considerarsi come la madre di tutte le norme antitrust: la legge francese *Le Chapelier* del 1791, seguita a ruota dal *Combination Act 1799* britannico, poi nel secolo XIX da leggi simili negli altri ordinamenti europei (60). Ma già nel corso del secolo XIX in tutta Europa la libertà di coalizione tra i lavoratori e la negoziazione collettiva delle condizioni di lavoro hanno preso ad affermarsi nei fatti; e tra la metà del secolo XIX e la metà del XX entrambe hanno ottenuto riconoscimento formale e tutela giuridica, sul piano costituzionale o quanto meno su quello della legislazione ordinaria, in quasi tutti gli ordinamenti nazionali. Dopo la seconda guerra mondiale - come si è visto (§§ 3 e 6) - esse sono state riconosciute in numerosi importanti strumenti di diritto internazionale, assurgendo al rango dei diritti fondamentali della persona universalmente riconosciuti.

Di fronte a una tendenza così universale della cultura giuridica - non limitata alla mera esclusione della contrattazione collettiva dal campo di applicazione delle norme antitrust, bensì spinta fino alla tutela della libertà sindacale e dell'autonomia collettiva come diritti costituzionali - è difficile pensare che la tendenza stessa possa essere soltanto il frutto di una attività di *lobbying* svolta da questa o quella categoria di imprenditori o di lavoratori. La teoria economica che interpreta l'intero fenomeno della coalizione sindacale e della contrattazione collettiva in termini di prepotente azione di autodifesa dei lavoratori *insiders* contro la concorrenza degli *outsiders* (cap. II, § 2) coglie sicuramente un aspetto non secondario della realtà, ma non sembra poter comprendere la realtà intera del diritto sindacale e del vastissimo consenso politico che intorno ad esso si è raccolto a tutte le latitudini e le longitudini. Il carattere universale del riconoscimento della libertà di coalizione e dell'autonomia collettiva sembra, piuttosto, costituire una conferma della teoria che spiega la necessità della coalizione (oltre che degli interventi protettivi dello Stato) come *second best* rispetto a una

(60) Durante la Rivoluzione francese, insieme all'abrogazione di quasi tutte le antiche corporazioni di origine medioevale e di ogni altro vincolo alla libertà delle attività produttive e commerciali caratteristico dell'*ancien régime*, con la legge *Le Chapelier* del 1791 vennero vietate anche le coalizioni operaie (*compagnonnages*), considerate contrarie al principio della libera concorrenza (v. in proposito G. LEFEBVRE, *La Rivoluzione francese*, Torino, 1958, pp. 199 e 209-210); di contenuto ancora più esteso, contro ogni forma di *restraint of trade*, è il *Combination Act 1799* britannico (che recepisce appieno la lezione di A. SMITH). Durante la prima parte del secolo successivo le coalizioni operaie furono vietate e penalmente sanzionate, così come vietato e penalmente sanzionato era lo sciopero, in gran parte degli ordinamenti europei: in Italia il codice penale sardo del 1859, poi fatto proprio dall'ordinamento unitario del Regno con la legge 29 maggio 1864 n. 1797, puniva le «intese degli operai allo scopo di sospendere, ostacolare o far rincarare il lavoro senza ragionevole causa». Negli Stati Uniti provvedeva nello stesso senso lo *Sherman Act* del 1890.

condizione di concorrenza perfetta, resa irrealizzabile – almeno nella prima fase dell'industrializzazione - dal carattere strutturalmente monopsonistico del mercato del lavoro.

11. – La coalizione sindacale nel mercato del lavoro maturo. La limitazione della concorrenza nel mercato del lavoro e i suoi effetti nel mercato dei beni e in quello dei servizi

Il problema si ripropone in termini nuovi dove e quando, con lo sviluppo economico, le imprese si moltiplicano e si diversificano tra loro notevolmente, assumendo così il mercato del lavoro una struttura pluralistica anche dal lato della domanda di lavoro. Abbiamo visto (cap. II, § 3) come ciò non basti perché quel mercato assuma automaticamente un carattere perfettamente concorrenziale: asimmetrie informative di vario segno, costi di transazione e situazioni di dipendenza economica del prestatore dal datore di lavoro determinate dalla durata del rapporto fanno sì che anche in un mercato del lavoro maturo si determinino rilevanti distorsioni di tipo monopsonistico (e abbiamo pure visto come si parli, a questo proposito, di *monopsonio dinamico*, in contrapposizione al modello del *monopsonio strutturale*, che meglio corrisponde alle caratteristiche del mercato del lavoro originario). Ma in questa nuova situazione, mentre per un verso aumenta la possibilità che gli standard minimi di trattamento imposti mediante la contrattazione collettiva - così come quelli imposti mediante l'intervento autoritativo del legislatore - operino esclusivamente a vantaggio degli *insiders* e a detrimento degli *outsiders*, per altro verso appare più appropriato ed efficace per la correzione delle distorsioni del mercato l'uso di strumenti diversi dall'imposizione di standard minimi di trattamento: strumenti, cioè, volti a eliminare o ridurre asimmetrie informative, costi di transazione, situazioni di dipendenza economica, mediante l'offerta ai lavoratori di servizi di informazione, (ri)qualificazione professionale e assistenza alla mobilità.

Può spiegarsi in questo modo - come si è osservato nella seconda sezione del cap. II - il fatto che l'ordinamento comunitario europeo – un ordinamento relativamente giovane, fondato negli anni cinquanta da un gruppo di nazioni tra le più sviluppate e ricche del mondo – non riconosca alla libertà sindacale e all'autonomia collettiva il rango di principi costituzionali. In questo contesto, era inevitabile che prima o poi arrivasse al pettine il nodo del possibile contrasto fra contrattazione collettiva e tutela della concorrenza. È quanto è accaduto con il caso *Albany*. Il problema era già affiorato in alcuni altri casi di diritto comunitario (61); ma il caso *Albany* è il primo nel quale l'Avvocatura generale e la Corte di Giustizia abbiano affrontato la questione di petto, dandovi risposte motivate con una certa ampiezza.

(61) Oltre a quelli citati da L. DI VIA nello scritto citato nella nota 47, v. la rassegna proposta da M. PALLINI, *Il rapporto problematico tra diritto della concorrenza e autonomia collettiva nell'ordinamento comunitario e nazionale*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2000, II, pp. 225-244.

Nell'ordinamento comunitario la tutela della concorrenza assume un rilievo per così dire costituzionale soltanto in riferimento ai mercati dei beni, dei servizi e dei capitali: non in riferimento al mercato del lavoro, dove è tutelata soltanto la libertà di circolazione dei prestatori, ma non la libera concorrenza tra di essi. L'autonomia collettiva in materia di lavoro, dunque, pur non costituzionalmente tutelata in questo ordinamento, non è neppure da esso contrastata, in linea di principio: la limitazione della concorrenza tra i lavoratori attraverso la coalizione e il contratto collettivo – così come la limitazione imposta dal legislatore - è di per sé lecita.

Il problema sorge tuttavia quando dal contratto collettivo deriva, più o meno direttamente, una limitazione anche della concorrenza fra imprese nel mercato dei beni o dei servizi (lo stesso problema può porsi, ovviamente, in riferimento alla legge nazionale che, intervenendo per la protezione dei lavoratori, di fatto finisce col proteggere una o più imprese dalla concorrenza di altre). È quanto è accaduto nel caso a cui si riferisce la sentenza *Albany*, dove un contratto reso efficace *erga omnes* prevedeva l'iscrizione obbligatoria di tutti i lavoratori di un settore a un fondo di previdenza integrativa. Ma è stato giustamente sottolineato che una limitazione della concorrenza potenzialmente confliggente con i principi dell'ordinamento comunitario avrebbe potuto configurarsi anche nel caso in cui quel contratto, essendo privo di efficacia *erga omnes*, avesse prodotto i propri effetti vincolanti soltanto in capo agli imprenditori e lavoratori iscritti alle associazioni stipulanti (62).

Quello dell'imposizione di un'impresa come unica fornitrice del servizio previsto a favore dei lavoratori non è il solo modo nel quale un contratto collettivo di lavoro (al pari della legge) può limitare la libertà di concorrenza nel mercato dei beni e dei servizi. Produce una relevantissima limitazione della concorrenza fra imprese anche la clausola (quale quella contenuta, ad esempio, nel nostro contratto collettivo per il settore delle imprese di pulizia e disinfezione) che, nel caso di perdita di un appalto da parte di una impresa e di subentro di una nuova appaltatrice, impone alla seconda di assorbire il personale della prima: disposizione, questa, suscettibile di impedire a un'impresa del settore interessato di far valere l'eventuale propria capacità di una migliore selezione e addestramento del personale (63). Oppure la clausola (quale, ad esempio, quella contenuta nel nostro contratto collettivo per il settore del credito) che stabilisce una limitazione dell'orario di apertura al pubblico di un servizio, o quella che limita o rallenta l'introduzione di nuove tecnologie o nuove forme di organizzazione del processo produttivo. Costituiscono un ostacolo alla concorrenza fra le imprese – a ben vedere - anche le clausole collettive che vietano o limitano la possibilità di segmentazione del processo produttivo mediante l'esternalizzazione di funzioni da parte dell'impresa di grandi dimensioni at-

(62) M. PALLINI, *op cit.* nella nota prec., pp. 227-228.

(63) Cfr. il d.lgs. 13 gennaio 1999 n. 18, cit. nel § 9.

tuata con contratti di appalto o subfornitura (64). Va infine osservato come la regolamentazione collettiva dei rapporti di lavoro – al pari di quella legislativa – possa interferire con la libertà di concorrenza non soltanto nel mercato dei beni e dei servizi, ma anche nel mercato dei capitali: è quanto accade in tutti i casi in cui una disposizione (quale ad esempio quella che nel nostro ordinamento disciplina l’istituto del trattamento di fine rapporto) impone al lavoratore una forma di risparmio obbligatorio gestito direttamente dal datore di lavoro.

Nel caso *Albany*, la Commissione e la Corte di Giustizia, preso atto del possibile attrito fra contratto collettivo e tutela comunitaria della concorrenza, hanno risolto il problema in due modi parzialmente differenti. Condivido l’insoddisfazione espressa dai primi commentatori in riferimento a entrambe le soluzioni proposte.

Quella che convince di meno è la tesi sostenuta in questo procedimento dalla Commissione, secondo la quale il contratto collettivo non potrebbe essere ricompreso nella nozione di “accordo fra imprese” ex art. 85 (ora 81) del trattato: in realtà, quando alla stipulazione partecipa una pluralità di imprese o una loro rappresentanza unitaria, nel contratto collettivo si manifesta *anche* un accordo fra di esse (non da oggi, del resto, la dottrina giuslavoristica individua tra le funzioni tipicamente proprie del contratto collettivo anche quella della regolazione della concorrenza fra imprese). Ma non è del tutto appagante neppure la motivazione della sentenza della Corte, secondo la quale il contratto collettivo sfugge alla disciplina comunitaria della concorrenza a condizione che la sua stipulazione sia finalizzata esclusivamente al miglioramento delle condizioni di lavoro. Si è visto, infatti, come abbiano strettissima attinenza con le condizioni di lavoro anche clausole quali quelle che limitano l’orario di apertura al pubblico di un servizio, o l’introduzione di nuove tecnologie, o il trasferimento dei lavoratori dalla vecchia alla nuova appaltatrice, o i processi di segmentazione del processo produttivo, dalle quali possono derivare limitazioni relevantissime della libertà di concorrenza fra le imprese anche nel mercato dei beni e dei servizi. Quanto alle finalità della stipulazione, è agevole obiettare che tutti i contratti collettivi vengono stipulati con il fine dichiarato di proteggere i lavoratori. Il riferimento all’intendimento soggettivo delle parti stipulanti apre più problemi di quanti ne risolve.

D’altra parte, non sono di più facile soluzione i problemi che si devono affrontare se si sceglie di fare riferimento, invece che all’intendimento soggettivo delle parti, agli effetti oggettivi del contratto: quali possono essere i criteri per stabilire, caso per caso, se il contratto collettivo produce o no un miglioramento delle condizioni di lavoro? E ancora: per accertare tale effetto migliorativo si

(64) Per una rassegna di clausole collettive di questo tipo – contenute nei contratti collettivi dei settori metalmeccanico, chimico, edile, giornalistico e del credito - mi sia consentito fare rinvio, per brevità, al § 22 del mio scritto *Il diritto del lavoro e i confini dell’impresa*, in *DLRI*, 1999, pp. 259-261.

deve fare riferimento soltanto all'interesse dell'insieme dei lavoratori rappresentati dalle associazioni sindacali stipulanti (gli *insiders*) o anche a quello di altri? Quali altri?

La realtà è che la distinzione giuridica tra limitazione della concorrenza nel mercato dei beni o dei servizi (illecita) e limitazione della concorrenza nel mercato del lavoro (lecita) è chiara e netta soltanto in linea teorica astratta, ma appare sovente difficilmente praticabile quando dal discorso teorico si passa all'applicazione pratica, poiché lo standard minimo (inderogabile *in peius*) di trattamento dei lavoratori può per molti aspetti tradursi, più o meno direttamente, in uno standard massimo (inderogabile *in melius*) delle condizioni di offerta dei beni o dei servizi da parte delle imprese ai propri clienti. Si suole richiamare, a questo proposito, l'esempio della disposizione collettiva in materia di orario di apertura al pubblico di un servizio, che incide direttamente sull'interesse degli utenti; ma anche un qualsiasi aumento retributivo disposto dal contratto collettivo ha per lo più l'effetto di un aumento del prezzo del bene o del servizio prodotto dalle imprese a cui il contratto stesso si applica, che verrà sopportato da consumatori o utenti. È ben noto, infine, come nei settori dei servizi *labour intensive* - quali quelli di pulizia, facchinaggio, ristorazione, servizi portuali e aeroportuali, e molti altri ancora - la concorrenza fra lavoratori possa manifestarsi direttamente anche sotto forma di concorrenza fra imprese, onde la limitazione della prima può tradursi immediatamente in una limitazione anche della seconda.

Tutte queste considerazioni inducono a pensare che il dibattito innescato dal caso *Albany* finirà per allargare la propria portata. Non basterà più interrogarsi sul confine tra limitazione della concorrenza nel mercato dei beni o dei servizi e limitazione della concorrenza nel mercato del lavoro, dando per scontato che quest'ultima sia di per sé lecita, ma occorrerà interrogarsi, più *in radice*, sulla ragion d'essere dell'eccezione al divieto generale a favore delle pratiche limitative della concorrenza nel mercato del lavoro. E la riflessione dei giuristi su questo tema non potrà fare a meno di confrontarsi con la riflessione già da tempo in corso, sullo stesso tema, tra gli economisti.

12. – Necessità di un confronto a tutto campo tra diritto del lavoro e diritto della concorrenza

I giuslavoristi italiani (e, più in generale, quelli europeo-continentali, con i francesi a guidare la fila) fino a ieri avevano potuto permettersi di snobbare il dibattito degli economisti sulla giustificazione razionale del diritto del lavoro e del diritto sindacale: di fare a meno, cioè, delle teorie economiche che individuano e spiegano le ragioni d'essere nobili (oltre a quelle poco nobili) della regolamentazione inderogabile dei rapporti di lavoro, della libertà di coalizione e dell'autonomia collettiva; nei capitoli iniziali dei manuali di diritto del lavoro essi avevano potuto limitarsi a un generico e impreciso riferimento alla nozione di "inferiorità economica" o di "squilibrio di potere negoziale" tra

prestatore e datore di lavoro, come ragion d'essere indiscussa e indiscutibile dei principi costituzionali di tutela del lavoro, principi dei quali tutta la legislazione lavoristica ordinaria poteva essere presentata senz'altro come attuazione progressiva. La legge *Le Chapelier* era ormai lontanissima: per lo più dimenticata, oppure ricordata e al tempo stesso esorcizzata come strumento primordiale di dominio del capitale sul lavoro, appartenente a un'epoca definitivamente superata dal progresso sociale.

Che bisogno c'era, sul piano giuridico, di una giustificazione razionale del diritto del lavoro, dal momento che nei principi costituzionali di tutela della persona, e del lavoratore in particolare, si trovava già tutto ciò che poteva occorrere? Solo chi, come l'economista, trattava il lavoro alla stregua di una merce poteva porsi di questi problemi; ma il giuslavorista poteva saltarli a piè pari perché egli rifiutava di considerare il lavoro come una merce; anzi, il diritto del lavoro era nato proprio perché non fosse più possibile considerare il lavoro come una merce. Qualche problema – certo – si poneva anche in passato per la conciliazione del principio di tutela del lavoratore con quello di tutela della libertà di impresa; ma, ancora una volta, era la Costituzione a fornire l'agevole soluzione sancendo *a priori*, con il secondo comma dell'art. 41, la prevalenza del primo sul secondo.

Ora il caso *Albany* pone la questione della ragion d'essere del diritto del lavoro in un contesto, quello dell'ordinamento comunitario, nel quale al giuslavorista non sono date quelle (ormai un po' lise) “reti di sicurezza” concettuali. Parlo della ragion d'essere dell'intero diritto del lavoro, e non soltanto della contrattazione collettiva: perché, piaccia o non piaccia, nell'ordinamento comunitario anche l'intervento protettivo del legislatore nazionale è soggetto al vaglio di compatibilità con la disciplina della concorrenza; e il problema che nel caso *Albany* si è posto in riferimento a un contratto collettivo può porsi – anzi, ha già incominciato a porsi, in più di una occasione (65) - in termini non dissimili in riferimento a leggi statali. Se non si vuole che il diritto del lavoro, sulla media o lunga distanza, finisca per soccombere al diritto della concorrenza, occorre individuare razionalmente, o almeno persuasivamente, il motivo per cui - e i limiti entro i quali - nel mercato del lavoro non deve applicarsi il divieto di limitazione della concorrenza, anzi devono applicarsi norme che direttamente limitano la competizione nel mercato fra i lavoratori, o norme di sostegno a organizzazioni atte a intervenire efficacemente per limitarla, anche quando possa derivarne indirettamente una limitazione alla competizione fra imprese nei mercati dei beni e dei servizi.

La risposta che a questo problema ha dato in prima battuta la Corte di Giustizia pecca quanto meno di un eccesso di genericità. La Corte ha il merito di non aver cercato di riprodurre sul piano comunitario la “scorciatoia” costituzionale di cui hanno fin qui usufruito i giudici nazionali, cioè di non aver negato l'esistenza del problema con le argomentazioni tradizionali della cultura giuslavori-

(65) V. ad esempio il caso della disciplina del lavoro aeroportuale cit. nel § 9.

stica europeo-continentale: essa ha, sì, affermato la necessità che alla contrattazione collettiva sia riconosciuta una immunità rispetto alla normativa antitrust, ma non una immunità assoluta. La difficoltà di individuare rigorosamente i perché di tale immunità ha però impedito che nella sentenza ne venissero individuati i limiti in modo preciso e persuasivo. Il fatto è che nell'ordinamento comunitario i perché di quell'immunità, non reperibili in una norma costituzionale analoga al nostro articolo 39, possono essere costruiti dal giurista soltanto con l'aiuto dell'economista; ed è proprio la sinapsi tra diritto ed economia che è mancata del tutto nella motivazione della sentenza.

La Corte di Lussemburgo non è, del resto, la sola ad aver tentato di compiere questo difficile passaggio utilizzando soltanto la strumentazione offerta dalla cultura giuridica tradizionale. Lo stesso problema si è posto anche in altri casi e in altri ordinamenti, particolarmente in quello statunitense; e anche nella patria del *Law & Economics* i giudici investiti della questione, per lo più, non sono andati alla ricerca di quanto la scienza economica ha da dire sulle possibili ragioni d'essere della coalizione sindacale e della norma inderogabile nei rapporti di lavoro. Questo non stupisce, perché è soltanto da pochi anni che nella letteratura di *Law & Economics* ha incominciato a manifestarsi un filone consistente di studi sulla ragion d'essere della regolamentazione inderogabile dei rapporti di lavoro, di fonte legislativa o collettiva (66). Oggi proprio questa nuova letteratura economica offre ai giuristi gli strumenti per compiere qualche progresso importante nella determinazione dei confini fra diritto del lavoro e diritto della concorrenza.

In attesa che, sulla scorta di una elaborazione dottrinale ancora tutta da compiere sul terreno giuridico, il legislatore comunitario possa intervenire a regolare la materia in modo puntuale, mi sembra che il problema non sia suscettibile di una soluzione semplice e netta, ma soltanto di una risposta articolata, fondata su molti distinguo, ispirata a un bilanciamento tra il principio del *favor* per la libera concorrenza e quello della protezione del lavoratore contro le distorsioni del mercato del lavoro (67). Questo bilanciamento può essere operato in modo tanto più rigoroso quanto più precisa-

(66) Rinvio alla scheda bibliografica che chiude il volume. Tra le ricerche empiriche di maggior rilievo ed estensione, su questo terreno, v. D. GRUBB, W. WELLS, *Employment Regulation and Patterns of Work in EC Countries*, in OCDE, *Economic Studies*, 1993, n. 21, pp. 7 – 58; OCDE, *Protection de l'emploi et performance du marché du travail*, in *Perspectives de l'emploi*, 1999, pp. 51 – 86; J.J. HECKMAN, C. PAGÉS, *The Cost of Job Security Regulation: Evidence from Latin American Labor Markets*, in *NBER Working Paper Series*, n. 7773, giugno 2000; e sul metodo della ricerca empirica in questo campo, ultimamente, G. BERTOLA, T. BOERI, S. CAZES, *La protection de l'emploi dans les pays industrialisés: repenser les indicateurs*, in *RIT*, 2000, pp. 61-78.

(67) Per questo aspetto concordo con le conclusioni rassegnate il 28 gennaio 1999 dall'Avvocato generale JACOBS nella causa *Albany*, anche se nutro qualche perplessità sulla lunga dissertazione (§§ 109-194) con cui egli le ha motivate. La sua tesi può riassumersi in queste tre affermazioni: l'ordinamento comunitario non prevede un'eccezione alla disciplina generale della concorrenza in favore della contrattazione collettiva in materia di lavoro (§ 160); è tuttavia ravvisabile nell'ordinamento comunitario un generico *favor* nei confronti del metodo della contrattazione collettiva per la regolamentazione dei rapporti di lavoro (§§ 181-183); l'esigenza di attribuzione di effetti vincolanti al contratto collettivo deve dunque essere ragionevolmente temperata con la tutela generale della libertà di concorrenza (§§ 190-194).

mente viene individuato l'assetto degli interessi in gioco: ciò che è possibile, appunto, mediante la coniugazione dell'approccio giuridico al problema con quello economico.

13. – Qualche ipotesi di lavoro

Mi limito a qualche rapido appunto: qualche ipotesi su come diritto ed economia possono interagire nella materia specifica che qui interessa, sia sul piano dello *ius conditum*, sia su quello dello *ius condendum*.

Ciò di cui già oggi disponiamo è un'elaborazione abbastanza evoluta delle possibili giustificazioni razionali dell'intervento autoritativo del legislatore, mediante fissazione di standard minimi di trattamento inderogabili, per la correzione delle disfunzioni del mercato del lavoro determinate dalla sua struttura monopsonistica, da asimmetrie informative e/o da costi di transazione elevati (v. sez. I del cap. II e sez. I di questo capitolo). In via di prima approssimazione, le ragioni e gli spazi dell'immunità che deve essere garantita alla contrattazione collettiva possono essere individuati sulla base dello stesso ragionamento: le distorsioni nel funzionamento del mercato del lavoro che giustificano l'intervento autoritativo del legislatore giustificano anche, nella stessa misura, la tutela della libertà di coalizione e il sostegno dell'ordinamento statale alla contrattazione collettiva. Sempre tenendosi presente, però, che al tavolo della negoziazione delle condizioni di lavoro non sono, di norma, rappresentati i consumatori e gli utenti: coloro, cioè, che sopportano il costo della limitazione, direttamente o indirettamente derivante dal contratto collettivo, della concorrenza tra i produttori (lavoratori e imprese).

In questo ordine di idee, per la soluzione del problema giuridico qui in discussione assumono rilievo alcuni modelli e schemi concettuali elaborati dalla scienza economica, dei quali deve peraltro essere sempre verificata la corrispondenza con la situazione effettiva del mercato del lavoro. Indico qui di séguito quelli che spiccano per l'evidenza immediata del loro possibile rilievo sul piano giuridico e in particolare su quello del diritto comunitario.

I modelli insiders/outside. - L'imposizione di standard minimi di trattamento (68) per mezzo della contrattazione collettiva (così come la loro imposizione per mezzo della legge) può rispondere – a seconda dei casi – al solo interesse degli *insiders* a difendersi dalla concorrenza degli *outsiders*, oppure a un interesse condiviso dai primi e dai secondi alla correzione di distorsioni di vario genere nel funzionamento del mercato del lavoro (v. cap. II, §§ 2-4). È ragionevole ritenere che soltanto nel secondo caso, non nel primo, debba essere riconosciuta all'autonomia collettiva

(68) Nel concetto di standard minimo di trattamento vanno ricomprese anche le limitazioni del potere organizzativo del datore di lavoro e della sua facoltà di utilizzazione di determinati strumenti o materie prime.

un'immunità rispetto alla normativa antitrust, sul presupposto che un miglioramento *generale* della condizione dei lavoratori possa giustificare il sacrificio che indirettamente ne derivi per i consumatori o gli utenti.

È impensabile che sia affidato al giudice di stabilire, caso per caso, se l'assetto degli interessi effettivamente in gioco corrisponda di più al modello del conflitto *insiders/outsiders*, oppure al modello dell'interesse condiviso fra le due categorie. Ciò che il giudice (o un organo amministrativo) può controllare, però, è se e in quale misura le associazioni firmatarie del contratto collettivo, dal lato dei lavoratori come da quello delle imprese, possano considerarsi rappresentative anche degli *outsiders*.

Questo della rappresentatività effettiva delle associazioni firmatarie nei confronti della platea degli *outsiders* - oltre che, ovviamente, nei confronti della platea degli *insiders* - è stato proposto da uno dei primi commentatori della sentenza *Albany* quale criterio alla stregua del quale riconoscere alla contrattazione collettiva uno statuto speciale rispetto a quello dei contratti di diritto privato comune e in particolare una immunità rispetto alla tutela della concorrenza (69). La proposta coglie un aspetto importante della questione ed è suscettibile di portare a conseguenze pratiche assai rilevanti (70); ma ha il difetto di considerare soltanto gli interessi dei lavoratori che possono essere danneggiati dalla limitazione della concorrenza nel mercato del lavoro, senza dar voce in alcun modo agli interessi di coloro che possono essere danneggiati dalla limitazione della concorrenza nel mercato dei beni o dei servizi: cioè agli interessi di consumatori o utenti. Un perfezionamento della proposta - praticabile però soltanto sul piano dello *ius condendum* - potrebbe consistere nella sottoposizione a nulla osta dell'Autorità antitrust di tutte le pattuizioni collettive contenenti disposizioni limitative

(69) M. PALLINI, op cit., partic. pp. 241 - 244, il quale propone che l'esenzione della contrattazione collettiva dal divieto di limitazione della concorrenza sia condizionata alla qualità dei soggetti stipulanti, dei quali dovrebbe essere verificata la capacità di rappresentare non soltanto gli interessi degli *insiders*, ma anche quelli degli *outsiders*. Può richiamarsi in proposito il criterio di selezione delle organizzazioni sindacali meritevoli di sostegno adottato trent'anni or sono dal legislatore con l'art. 19, lett. a, dello Statuto dei lavoratori (norma poi abrogata con il referendum popolare del giugno 1995): quel criterio era volto sostanzialmente a privilegiare il sindacalismo confederale nazionale, sul presupposto che esso dovesse senz'altro presumersi capace di rappresentare al tempo stesso gli interessi degli occupati regolari e quelli degli altri lavoratori, realizzando al proprio interno la migliore possibile mediazione fra di essi. Secondo la proposta qui considerata, però, la capacità delle grandi confederazioni di rappresentare adeguatamente anche gli interessi degli *outsiders* non sarebbe più oggetto di presunzione legislativa, ma dovrebbe essere sottoposta a una precisa verifica e misura, mediante l'opportuna strumentazione amministrativa (ho discusso altrove - *Il lavoro e il mercato*, Milano, 1996, cap. VI - delle forme in cui tale verifica può essere operata).

(70) Alla stregua di questo criterio, per esempio, dovrebbe escludersi l'inderogabilità e qualsiasi possibilità di estensione *erga omnes* dell'efficacia di una clausola collettiva, quali quelle del contratto per il personale aeroportuale o del contratto per il personale dipendente da società e consorzi concessionari di autostrade e trafori, che preveda criteri preferenziali per l'assunzione di lavoratori legati da vincoli di parentela con lavoratori già dipendenti dalla stessa azienda (col che la *job property* diventa addirittura oggetto di una sorta di trasmissione ereditaria). In riferimento a una clausola di questo genere v. invece Cass. 1° luglio 1999 n. 6764 (*MGL*, 1999, p. 1087), dove l'unico possibile ostacolo alla piena efficacia inderogabile di una clausola siffatta è stato ravvisato nella eventuale applicabilità del meccanismo del collocamento su richiesta numerica.

dell'aggiornamento tecnologico, della qualità o degli orari di apertura al pubblico dei servizi, nonché della possibilità di decentramento produttivo in relazione a determinati segmenti dell'organizzazione aziendale, quando tali pattuizioni riguardino una pluralità di imprese, oppure un'impresa che occupi una posizione dominante nel proprio mercato.

La stabilità del lavoro come forma di allocazione razionale del rischio circa le sopravvenienze. - Abbiamo visto (§ 9) come una limitazione rilevante della possibilità di competizione fra imprese, soprattutto nel mercato dei servizi e in particolare nei settori *labour intensive*, possa derivare dalla protezione della stabilità dei posti di lavoro, alla quale contribuiscono sovente disposizioni collettive in materia di successione di imprese negli appalti e di decentramento produttivo. Questa limitazione può, entro certi limiti, essere giustificata alla luce dei modelli economici che spiegano la necessità di una distribuzione imperativa tra imprenditori e lavoratori del rischio circa le sopravvenienze negative, in presenza di rilevanti asimmetrie informative che impediscono la ripartizione ottimale del rischio medesimo come effetto spontaneo di un mercato del lavoro lasciato a se stesso (cap. II, § 5). Entro questi stessi limiti, ma non oltre, la tutela della stabilità dei posti di lavoro che si traducesse in una limitazione della possibilità di concorrenza fra imprese può ragionevolmente conciliarsi con la tutela generale della concorrenza.

Anche qui è evidente l'improponibilità di una valutazione affidata al giudice caso per caso circa la congruità della tutela contrattuale collettiva della stabilità rispetto all'esigenza generale di una ripartizione ragionevole tra le parti del rischio circa le sopravvenienze negative del rapporto. Questa valutazione può però essere operata dai legislatori nazionali, nell'esercizio della larga discrezionalità che loro compete; e un controllo di ragionevolezza sulle scelte dei legislatori nazionali in questo campo, alla stregua del principio della libertà di concorrenza, può essere esercitato dalla Corte di Giustizia, su iniziativa della Commissione o di un qualsiasi Stato membro, in tutti i casi in cui la tutela collettiva della stabilità incida di fatto, direttamente o indirettamente, sulla libertà di competizione fra le imprese.

Il contratto collettivo come strumento per la riduzione dei costi di transazione. - In un rapporto, qual è quello di lavoro, in cui è coinvolta la persona del prestatore (dove le numerose interferenze del rapporto stesso con diversi aspetti della vita personale e familiare del prestatore) e caratterizzato per lo più dalla lunga durata (con la conseguente grande quantità e varietà di possibili sopravvenienze), il contratto collettivo svolge una funzione indispensabile di riduzione dei costi di transazione, offrendo alle parti individuali una regolamentazione compiuta e assai articolata, fondata sull'esperienza secolare di cui sono depositarie le organizzazioni stipulanti (§ 1). Questa funzione del

contratto collettivo deve essere salvaguardata anche nei casi in cui non ricorrano le condizioni – di cui si è detto sopra – per riconoscere al contratto il carattere dell'inderogabilità e/o quello dell'efficacia *erga omnes*: ciò è possibile attribuendosi alla clausola collettiva carattere disponibile, ovvero consentendosi che essa sia derogata mediante pattuizione individuale esplicita (gli economisti usano in proposito il termine “normativa di *default*”). Si pensi, ad esempio, alla disposizione contenuta nel contratto collettivo per le aziende fornitrici di un determinato servizio, la quale, senza il nulla osta dell'Autorità garante della concorrenza, escluda il lavoro nella giornata di sabato, oppure stabilisca un orario giornaliero di lavoro con inizio alle 8.30 e termine alle 16.30: l'impresa che intendesse offrire lo stesso servizio in orario serale o nella giornata di sabato ne sarebbe indebitamente impedita, salvo che le fosse consentito – come deve esserle consentito – di derogare alla suddetta disciplina dell'orario di lavoro, mediante apposite pattuizioni esplicite con i propri dipendenti, in deroga alla disciplina collettiva.

Si osservi, ancora una volta, come lo stesso discorso possa proporsi – oltre che in riferimento alla disposizione contrattuale collettiva – anche in riferimento alla norma legislativa la cui ragione d'essere consista essenzialmente nella riduzione di costi di transazione.