

# CONTRATTAZIONE COLLETTIVA E ANTITRUST: UN PROBLEMA APERTO

di PIETRO ICHINO

Sommario: Premessa. - 1. La coalizione sindacale nel mercato del lavoro originario. - 2. La coalizione sindacale nel mercato del lavoro maturo. L'ordinamento comunitario. - 3. La limitazione della concorrenza nel mercato del lavoro e i suoi effetti nel mercato dei beni e in quello dei servizi. - 4. Necessità di un confronto a tutto campo tra diritto del lavoro e diritto della concorrenza. - 5. Qualche ipotesi di lavoro.

## Premessa

La Corte di Giustizia della Comunità europea ha affrontato due anni fa 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 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 21 settembre 1999) 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 24 ottobre 1997 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 (ultimo rinnovo: 16 marzo 1999) 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 dei 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 dell'interesse dei lavoratori attualmente in attività, anche col porre di fatto ostacoli all'innovazione tecnologica.

Nelle pagine che seguono la questione è affrontata con uno sguardo iniziale al mercato del lavoro originario (§ 1), nel quale la limitazione della concorrenza tra i lavoratori costituiva la correzione necessaria delle distorsioni prodotte dalla struttura monopsonistica del mercato, seguito dalla considerazione del diverso approccio dell'ordinamento comunitario allo stesso problema in un mercato del lavoro maturo, nel quale le distorsioni sono prodotte da asimmetrie informative e altri meccanismi che trasformano il *monopsonio strutturale* originario in *monopsonio dinamico* (§ 2); il discorso affronta quindi la questione giuridica della diversa protezione offerta dall'ordinamento comunitario e dagli ordinamenti nazionali alla libertà di concorrenza nei mercati dei beni, dei servizi e dei capitali, rispetto alla protezione offerta alla libertà di concorrenza nel mercato del lavoro: questione resa più complicata dagli effetti indiretti, ma anche diretti, che la limitazione della concorrenza in quest'ultimo mercato può produrre in quello dei beni, dei servizi e dei capitali (§ 3). Si osserva come gli studiosi di diritto del lavoro, ciascuno nel proprio ordinamento nazionale, abbiano finora trascurato di interrogarsi sui limiti dell'immunità riservata alla legislazione del lavoro e alla contrattazione collettiva nei confronti della normativa *antitrust*; ma come essi non possano più esimersi dal farlo, di fronte alle nuove tendenze che si manifestano nell'ordinamento comunitario (§ 4). Nella parte conclusiva si propongono alcune considerazioni sull'utilità che può derivare, per la soluzione del problema, dalla valorizzazione nel discorso giuridico delle più rilevanti acquisizioni della scienza economica circa il funzionamento del mercato del lavoro.

## 1. – 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. 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 esse sono state riconosciute in numerosi importanti strumenti di diritto internazionale, assurgendo al rango dei diritti fondamentali della persona universalmente riconosciuti (1).

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 nota teoria economica che interpreta l'intero fenomeno della coalizione sindacale e della contrattazione collettiva in termini di prepotente azione di autodifesa dei lavoratori *insiders* (gli occupati regolari) contro la concorrenza degli *outsiders* 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 condizione di concorrenza perfetta, resa irrealizzabile - almeno nella prima fase dell'industrializzazione - dal carattere strutturalmente monopsonistico del mercato del lavoro.

---

(1) La libertà di coalizione dei lavoratori è sancita nelle convenzioni n. 87/1948 e n. 98/1949 dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro, attuative del corrispondente principio fondamentale enunciato nella Costituzione della stessa Organizzazione (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. ultimamente in proposito B. GERNIGON, A. ODERO, H. GUIDO, *Les principes de l'OIT sur la négociation collective*, in *Rev. int. trav., Rev. Int. lav.*, 2000, pp. 37 - 60 e particolarmente p. 38). La libertà di coalizione dei lavoratori è sancita inoltre nella *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo* del 1948 e nel *Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali* promosso dall'O.N.U. nel 1966. Il principio dell'autonomia collettiva, che comporta l'attribuzione alla coalizione sindacale del potere di negoziare le condizioni di lavoro, con effetto - quanto meno - sui rapporti di lavoro di cui sono titolari i suoi iscritti, è sancita dalla convenzione O.I.L. n. 154/1981. In Italia, dove pure (per motivi a me misteriosi) quest'ultima

## 2. – La coalizione sindacale nel mercato del lavoro maturo. L'ordinamento comunitario

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. Ciò non basta 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 (si parla in 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 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. L'atto costitutivo della Comunità europea indica, beninteso, tra le sue finalità quella di “promuovere il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro della manodopera che consenta la loro parificazione nel progresso” (2) e la Comunità stessa si propone di impedire che la competizione fra le imprese nell'area di sua competenza si giochi in tutto o in parte sul terreno della riduzione degli standard di trattamento dei lavoratori; ma nel mercato del lavoro europeo-occidentale il monopsonio strutturale costituisce un fenomeno sempre più isolato e marginale. Ne consegue che, mentre, per un verso, i *policy makers* comunitari tendono a individuare le cause principali della debolezza contrattuale dei lavoratori soprattutto nei difetti di informazione, formazione e mobilità che riducono le possibilità effettive di scelta di questi ultimi, per altro verso è sempre più nitidamente avvertito il rischio che un eccesso nell'attivazione degli strumenti tradizionali di protezione del lavoro

-----  
 convenzione non è stata ratificata, il principio di autonomia collettiva assurge addirittura al rango costituzionale (art. 39 Cost.).

(2) Art. 117 del trattato di Roma; ora art. 136 nella sua versione consolidata.

finisca col pregiudicare la mobilità del lavoro necessaria, col produrre effetti contrari all'obiettivo della piena occupazione, o comunque di dualizzazione del mercato; e col produrre costi sproporzionati a carico dei consumatori e degli utenti dei servizi: categoria della quale i lavoratori stessi costituiscono, in fin dei conti, la larga maggioranza.

I campi nei quali la Comunità europea si è impegnata maggiormente fin dall'inizio della sua esistenza, per quel che riguarda la politica del lavoro, sono stati quello della garanzia formale della libera circolazione delle persone tra i Paesi membri, con il suo ovvio corollario del divieto di discriminazione per motivi di nazionalità (artt. 48 e 49 del trattato istitutivo, ora artt. 39 e 40), quello della garanzia di effettività sostanziale della libertà di circolazione, perseguita con la promozione della mobilità geografica e professionale dei lavoratori per mezzo del *Fondo sociale europeo* (artt. 123 – 125, ora artt. 146 - 148), nonché quello della diffusione, intensificazione e miglioramento qualitativo dei servizi di orientamento, formazione e riqualificazione professionale (art. 128, ora art. 151) e in particolare di quelli rivolti ai più giovani. In questa politica del lavoro comunitaria è evidente l'intendimento di affrontare le distorsioni tipiche del monopsonio dinamico, piuttosto che quelle tipiche del monopsonio strutturale, e di farlo intervenendo sulle loro cause piuttosto che sui loro effetti: non imponendo (o stimolando la contrattazione collettiva a imporre) una disciplina inderogabile dei rapporti contrattuali, ma correggendo i difetti di informazione, formazione e mobilità che limitano le possibilità effettive di scelta del lavoratore, generano disoccupazione e pongono anche gli occupati regolari in posizione di debolezza contrattuale nei confronti dell'imprenditore. Rispetto alle sue origini, nell'ultimo quarto di secolo la politica del lavoro dell'Unione è venuta via via arricchendosi di nuovi contenuti; ma non ne è sostanzialmente cambiata l'ispirazione di fondo, cioè la finalizzazione alla correzione delle distorsioni nel regime competitivo piuttosto che alla limitazione dell'autonomia negoziale individuale in funzione dell'imposizione di standard minimi di trattamento. Sta di fatto che ancora oggi l'ordinamento comunitario non riconosce la libertà sindacale e l'autonomia collettiva come principi fondamentali, né sul piano del diritto primario (trattati), né su quello del diritto derivato (anche se su quest'ultimo piano si è manifestata ultimamente una tendenza alla valorizzazione dell'autonomia collettiva) (3).

---

(3) A un primo timido riconoscimento del possibile ruolo negoziale delle "parti sociali", contenuto nell'art. 139 (nuova numerazione), 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, poi perfezionato con il trattato di Amsterdam del 1997. É qui prevista esplicitamente, in particolare, *a*) 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., tratt. CE); *b*) 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.

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*, di cui ha trattato su queste pagine approfonditamente e lucidamente Luciano DI VIA (4). Il problema era già affiorato in alcuni altri casi di diritto comunitario (5); 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.

### **3. – La limitazione della concorrenza nel mercato del lavoro e i suoi effetti nel mercato dei beni e in quello dei servizi**

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) (6). 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 (7).

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 rilevantissima limitazione della concorrenza fra imprese anche la clausola (quale quella contenuta, ad esempio, nel nostro

---

(4) *Sindacati, contratti collettivi e antitrust*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2000, pp. 279 – 310.

(5) Oltre a quelli citati da L. DI VIA nello scritto testè citato, v. la rassegna proposta da M. PALLINI, *Il rapporto problematico tra diritto della concorrenza e autonomia collettiva nell'ordinamento comunitario e nazionale*, nota alla sentenza *Albany* (21 settembre 1999, causa n. c-67/97) in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2000, II, pp. 225 – 244.

(6) V. nota 8.

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 (8). 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 attuata con contratti di appalto o subfornitura (9). 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*, di cui ho fatto cenno all'inizio, la Commissione e la Corte di Giustizia, presso 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 col-

-----  
 (7) M. PALLINI, *op cit.*, pp. 227 – 228.

(8) Qualche cosa di molto simile è previsto dal D.lgs. 13 gennaio 1999 n. 18 – imperfettamente attuativo della Direttiva comunitaria 15 ottobre 1996 n. 67 sui servizi aeroportuali – a norma del quale (art. 14 c. 2°) “ogni trasferimento di attività concernente una o più categorie di servizi di assistenza a terra ... comporta il passaggio del personale, individuato dai soggetti interessati d'intesa con le organizzazioni sindacali dei lavoratori, dal precedente gestore ... al soggetto subentrante”. In riferimento a questa disposizione la Commissione ha già aperto contro l'Italia la procedura di infrazione della disciplina della concorrenza.

lettivo 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 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.

-----  
 (9) 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 *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 1999, pp. 259 - 261.



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.

#### **4. – 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 comuni-

tario 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 (10) - 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 giuslavoristica 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 con la sola strumentazione offerta dalla cultura giuridica tradizionale. I primi commentatori della sentenza *Albany* (11) ci informano di altri casi in cui lo stesso problema si è posto in altri ordinamenti, particolarmente in quello statunitense; e par di capire da queste rassegne che anche nella patria del *Law & Economics* i giudici investiti della questione non siano 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 ragione d'essere della regolamentazione inderogabile dei rapporti di lavoro, di fonte legislativa o collet-

---

(10) V. ad esempio il caso menzionato nella nota 8.

(11) V. gli scritti di Luciano DI VIA e di Massimo PALLINI citati sopra.

tiva (12). 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 (13). Questo bilanciamento può essere operato in modo tanto più rigoroso quanto più precisamente viene individuato l'assetto degli interessi in gioco: ciò che è possibile, appunto, mediante la coniugazione dell'approccio giuridico al problema con quello economico.

## 5. – Qualche ipotesi di lavoro

Le poche pagine di una nota a sentenza non sono la sede in cui la questione delle modalità di quel bilanciamento possa essere affrontata con il dovuto approfondimento; occorrerebbe per questo,

---

(12) Senza alcuna pretesa di completezza: R.A. POSNER, *Some economics of Labor Law*, in *University of Chicago Law Review*, 1984, pp. 988 – 1011; R.B. FREEMAN, J.L. MEDOFF, *What Do Unions Do?*, New York, Basic Books, 1984; A. LINDBECK, D.J. SNOWER, *The insider-outsider Theory. Theory of Employment and Unemployment*, Cambridge, Mass., Mit Press, 1988; P. AGHION, B. HERMALIN, *Legal Restrictions on Private Contracts Can Enhance Efficiency*, in *Journal of Law, Economics and Organization*, 1990, n. 2, pp. 381 – 409; K.N. HILTON, *Efficiency and Labor Law*, in *Northwestern University Law Review*, 1993, vol. 87; J.H. VERKERKE, *Labor Contract Law*, nel *New Law and Economics Dictionary*, London, Palgrave, 1998; S. DEAKIN, F. WILKINSON, *Il diritto del lavoro e la teoria economica: una rivisitazione*, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 1999, pp. 587 - 622. 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 *Rev. int. lav.*, 2000, pp. 61 - 78. Per la letteratura giuslavoristica italiana aperta all'approccio interdisciplinare, tra gli scritti che affrontano la questione generale, oltre a quello di mio fratello Andrea e mio *A chi serve il diritto del lavoro?*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 1994, I, pp. 459 – 505 (cui hanno fatto séguito i miei *Il lavoro e il mercato*, Milano, Mondadori, 1996, *Il diritto del lavoro e i modelli economici*, in *Lavoro e diritto*, 1998, pp. 309 – 322, e *Il contratto di lavoro*, Milano, Giuffré, 2000), v. recentemente P. LOI, *Analisi economica del diritto e diritto del lavoro*, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 1999, pp. 547 - 585, dove però si manifesta ancora la radicata tendenza dei giuslavoristi ad assumere come assioma indiscutibile e universale lo squilibrio di potere contrattuale fra datore e prestatore di lavoro, nonché a sottrarre a una verifica critica condotta alla stregua delle indicazioni fornite dalla scienza economica il nesso di congruità fra i principi costituzionali e la normativa di protezione del lavoro contenuta nella legge ordinaria.

(13) 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).

oltre tutto, una riflessione che – almeno per quel che mi riguarda – è ancora ben lontana dal potersi considerare matura. Devo pertanto limitarmi 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. 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 (14) 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. È ragionevole ritenere che soltanto nel secondo caso, non nel primo, debba essere riconosciuta all’autonomia collettiva 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/outside*, oppure al mo-

---

(14) 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.

dello 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 (15). La proposta coglie un aspetto importante della questione ed è suscettibile di portare a conseguenze pratiche assai rilevanti (16); 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 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.

---

(15) 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*, cit., cap. VI - delle forme in cui tale verifica può essere operata).

(16) 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 ultimamente Cass. 1° luglio 1999 n. 6764 (*Mass. giur. lav.*, 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.

*La stabilità del lavoro come forma di allocazione razionale del rischio circa le sopravvenienze.* - Abbiamo visto 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 (17). 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 (18). 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. 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 consen-

---

(17) V. sopra, § 3 e ivi particolarmente note 8 e 9.

(18) V. in proposito *Il contratto di lavoro*, cit., § 6 (pp. 17 - 21); ivi alcuni riferimenti bibliografici essenziali.

tendosi 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 ragion d’essere consista essenzialmente nella riduzione di costi di transazione.