

Vania Brino (\*)

## DIRITTO DEL LAVORO E DIRITTO DELLA CONCORRENZA: CONFLITTO O COMPLEMENTARIETÀ?

SOMMARIO: 1. Il confronto tra sistemi normativi alla luce delle loro ambivalenze. — 2. Il modello del conflitto e il suo antecedente storico: l'esperienza americana tra eccezione normativa ed eccezione giurisprudenziale. — 3. Il conflitto portato a sistema nell'ordinamento comunitario. — 4. Fattispecie del conflitto e problemi qualificatori. — 4.1. I sistemi di previdenza e sicurezza sociale al vaglio del diritto della concorrenza. L'eccezione normativa di cui all'art. 86.2 Tce e la tutela dei diritti fondamentali. — 4.2. Il collocamento pubblico: funzionalità e limiti di un modello monopolistico. — 4.3. Aiuti di Stato e creazione dell'occupazione. — 5. Il contratto collettivo: verso il superamento del modello regola-eccezione. — 6. Le prospettive evolutive.

1. — *Il confronto tra sistemi normativi alla luce delle loro ambivalenze* — Nella ricerca dei possibili scenari che vedono come protagonisti il diritto del lavoro e il diritto della concorrenza, chi scrive si trova a riflettere sui possibili modelli di rappresentazione della relazione, complessa e dai tratti controversi, dietro alla quale si cela il dilemma, inevitabilmente di più ampia portata, relativo ai ruoli da assegnare ai valori economici e sociali nella regolazione del mercato nazionale e sovranazionale e, più in generale, al rapporto tra dimensione economica e sfera sociale nel contesto europeo.

Di primo acchitto l'analisi potrebbe limitarsi a registrare una sorta di indifferenza, o di radicale incomunicabilità, tra le due discipline, per ragioni in larga parte riconducibili alle diverse razionalità che informano i sistemi normativi di riferimento. La tesi dell'indifferenza, che pare riprodurre, a un livello di concreta generalizzazione, una visione ortodossa e stereotipata dei rapporti tra dimensione economica del mercato e regolazione giuridica, pone in correlazione due ordinamenti che appaiono, ciascuno dal proprio punto di osservazione, del tutto autosufficienti e centrati su presupposti assiologico-sostanziali divergenti. Secondo questa linea d'analisi il diritto del lavoro, ispirato a logiche di tutela dei diritti fondamentali della persona, limita mediante norme eteronome di natura inderogabile le scelte e l'autonomia contrattuale degli individui, in funzione di obiettivi di natura prevalentemente sociale. Vocazione naturale della disciplina giuslavoristica è dunque il con-

---

(\*) Dottoranda di ricerca presso il Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università Ca' Foscari di Venezia.

trapporsi al principio di libertà contrattuale, onde sottrarre gli interessi del lavoratore al libero gioco dell'autonomia privata, riequilibrando la sperequazione di potere economico e di forza negoziale, con l'intento di ristabilire un giusto equilibrio tra le parti coinvolte (1).

Il diritto della concorrenza si compone invece di un insieme di regole giuridiche destinate a ordinare la libera competizione economica fondata sullo scambio di beni e servizi, concorrendo così, in misura determinante, alla realizzazione di un sistema economico di mercato. A fronte delle disfunzioni e delle imperfezioni del mercato, e in funzione della sua salvaguardia, il diritto della concorrenza ordina gli scambi affinché gli operatori, ai quali vengono garantite le medesime possibilità di esercizio dell'iniziativa economica, possano soddisfare i propri interessi individualistici contribuendo a raggiungere risultati valutati in termini di efficienza (2).

Sulla base di queste consolidate versioni, l'osservatore potrebbe ricavare l'immagine, invero semplicistica, di un'apparente separatezza tra le discipline in quanto collocate su assi valoriali diversi e destinate a svilupparsi secondo logiche regolative non uniformi. Ma tale ricostruzione si riduce a mera astrazione retori-

(1) In un mercato in cui i soggetti sono dotati di una medesima forza contrattuale e sono liberi di regolamentare le proprie relazioni di scambio, «nessuna relazione di potere è concepibile tra loro e la connessione sociale è assicurata dallo scambio di merci, onde la predominanza di regole plasmate da parti che agiscono in base alla loro volontà, in un quadro legale determinato in base alle loro aspettative, implica innanzitutto e soprattutto la frattura con una realtà caratterizzata da distinzioni sociali e privilegi». Il quadro così descritto da M. G. Garofalo, *Un profilo ideologico del diritto del lavoro*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1999, p. 11, viene profondamente riformato a seguito del riconoscimento di una disparità contrattuale tra le parti di un rapporto di lavoro, suffragando la tesi dei padri fondatori del diritto del lavoro secondo cui «l'oggetto principale del diritto del lavoro è sempre stato [...] di costituire una forza di bilanciamento atta a compensare la disegualianza di potere contrattuale che è inerente, e tale non può non essere, al rapporto di lavoro», Kahn-Freund, *Labour and the law*, Stevens, London, 1977. Cfr. S. Simitis, *Diritto privato e disegualianza sociale: il caso del rapporto di lavoro*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2001, p. 49; A. Supiot, *Critique du droit du travail*, Puf, 2002, p. 67, secondo il quale il diritto del lavoro è animato dall'antitesi tra una logica liberale che si articola nei concetti di proprietà e contratto e una logica garantista che introduce protezioni individuali e diritti collettivi. Come altri ha scritto «il diritto del lavoro è servito a realizzare il contemperamento tra la visione economicistica del lavoro come fattore produttivo alla stregua di altri fattori e l'istanza di dignità della persona umana che va salvaguardata», M. Napoli, *Il lavoro e le regole. C'è un futuro per il diritto del lavoro?*, Jus, 1998.

(2) Per vero, nella teoria economica si ritrova un criterio di valorizzazione della concorrenza basato sui risultati di utilità sociale da essa derivanti. Nella teoria classica la definizione di tali risultati si mantiene a un livello di generalità; nella teoria neoclassica, oggi dominante, «il risultato di utilità sociale si precisa e si delimita sul concetto di efficienza, definita come una situazione sociale nella quale non è possibile migliorare il benessere di qualcuno senza peggiorare quello di qualche altro; il miglioramento dell'efficienza viene definito come il passaggio a una situazione sociale in cui vi è la possibilità di un guadagno di benessere per tutti i componenti della società», I. Musu, *Il valore della concorrenza nella teoria economica*, in N. Lipari, I. Musu (a cura di), *La concorrenza tra economia e diritto*, Laterza, Bari, 2000, p. 6.

ca, tanto da essere storicamente sconfessata sia dall'esperienza statunitense – caratterizzata da una pervasiva disciplina *antitrust* e, di conseguenza, terreno ideale entro il quale indagare le tensioni originarie tra la sfera del mercato e quella dei diritti sociali –, sia analizzando il rapporto tra diritto del lavoro e concorrenza nell'ordinamento comunitario, ove si tratta, piuttosto, di verificare come il confronto tra centri di produzione normativa plurimi e multi-livello abbia inciso sulle dinamiche in oggetto. In entrambe le esperienze considerate l'ipotesi dell'indifferenza cede il passo a un diverso modello di interazione, centrato sul *conflitto* tra le discipline, la cui ragione d'essere trova motivazione nella funzione anticoncorrenziale svolta dai sistemi di diritto del lavoro, nella loro dimensione individuale e collettiva; funzione anticoncorrenziale rispetto alla quale il diritto della concorrenza ha sviluppato una peculiare capacità reattiva di «infiltrazione» (3) nei gangli vitali del diritto del lavoro.

Oltre oceano, le tensioni tra mercato e diritti sociali si realizzano quando l'attività svolta dalle organizzazioni sindacali, come soggetti detentori di un potere pressoché monopolistico nella gestione del mercato del lavoro, si pone in aperta contraddizione con i postulati della libera concorrenza definiti nello *Sherman Act* del 1890. Il motivo del conflitto è duplice: in astratto le organizzazioni sindacali detengono un potere negoziale che può tradursi in forme di concentrazione vietate dalla normativa *antitrust*; in concreto, il contratto collettivo, prodotto principale dell'autonomia collettiva, rappresenta uno strumento di tutela delle condizioni economiche dei lavoratori che opera una sensibile riduzione della libera concorrenza tra le imprese e tra gli stessi prestatori di lavoro.

Per quanto concerne, invece, il contesto europeo, il problema della compatibilità sistemica tra diritto del lavoro e concorrenza, in assenza di una legislazione regolativa della competizione economica – introdotta solo nel 1954 in Germania e nel 1957 nell'ordinamento comunitario –, permane, per lo meno in origine, a un livello potenziale, essendo il diritto del lavoro, per sua conformazione, uno strumento che impedisce al mercato del lavoro di assumere i connotati del mercato perfettamente concorrenziale. Il conflitto si concretizza per effetto delle discrasie emerse tra gli ordinamenti giuridici nazionali, nei quali i valori sociali e i diritti fondamentali della persona trovano ampia tutela costituzionale, e l'ordinamento sovranazionale che riconosce al diritto della concorrenza e alle libertà economiche fondamentali lo *status* di «meta-diritto» comunitario (4). I princi-

(3) G. Lyon-Caen, *L'infiltration du droit du travail par le droit de la concurrence*, in *Do*, 1992, p. 313.

(4) Sulle origini della Cee e sulle ragioni prevalentemente economiche della sua tenuta e del suo successo v. A. Milward, *L'Europa in formazione*, in *Storia d'Europa*, vol. I, L'Europa oggi, Einaudi, Torino, 1993, p. 210. Cfr. G. F. Mancini, *La Corte di Giustizia: uno strumento per la democrazia nella Comunità Europea*, Il Mulino, Bologna, 1993, pp. 595 ss.; A. Tizzano, *Diritto comunitario e sviluppo del principio di libera concorrenza in Italia*, *Diritto dell'Unione europea*, 1996, p. 745. Il Trattato esalta «il principio della economia di mercato e in libera concorrenza, e

pi sanciti nel Trattato di Roma, per lo più concepiti in senso funzionale agli obiettivi di integrazione economica e alla realizzazione del mercato comune, e disattenti agli scopi di carattere sociale, impongono un continuo raffronto con i sistemi nazionali, dal quale emergono vivaci contrasti tra le politiche di *welfare* e di garanzie del lavoro, adottate dagli Stati membri al fine di contemperare interessi del mercato e interessi dei lavoratori, e le scelte di politica comunitaria, viceversa orientate alla tutela del mercato e delle libertà economiche (5).

Nonostante queste premesse, che sembrano consentire una ricostruzione del rapporto in termini puramente conflittuali, può fondatamente affermarsi che il conflitto non costituisce il modello esclusivo ed esaustivo di rappresentazione delle dinamiche tra i sistemi normativi in esame. Il diritto del lavoro e il diritto della concorrenza usano grammatiche differenti, ma non del tutto estranee; mobilitano razionalità disomogenee ma non idiosincratiche, in quanto dotati di una naturale ambivalenza e destinati a coesistere entro coordinate sistemiche che valorizzano, di volta in volta, le libertà economiche e i diritti sociali (6).

Se il diritto del lavoro si compone di una tradizionale anima sociale – ed è perciò eversivo di un ordine mercantile spontaneo, regolato dalla mano invisibile del mercato (7) –, nondimeno esprime una razionalità economica funzionale a obiettivi extra-sociali, consistenti nella disciplina del mercato del lavoro e nella regolazione della concorrenza tra imprese e tra lavoratori. Come dire che il diritto del lavoro introduce tutele ma, al tempo stesso, svolge una funzione economica di regolazione del mercato, vuoi al fine di ridurre la concorrenza tra i lavoratori, vuoi per ordinare i rapporti di scambio aventi a oggetto il fattore lavoro, vuoi – soprattutto in una prospettiva sovranazionale – per «equalizzare» i termini della competizione tra sistemi economico-sociali, evitando la pratica di forme incontrollate di *dumping* sociale capaci di falsare i termini di una concorrenza corretta e leale: al punto che si è potuto affermare che il diritto del lavoro nasce co-

sull'altare di questo principio sacrifica tutti i valori sociali. È il principio della libera concorrenza, non certo i fini sociali, che viene concepito come il vero faro dell'azione della Comunità, della quale è all'un tempo criterio e scopo essenziale», F. Scarpelli, *Diritto comunitario, diritto sindacale italiano e sistemi di relazioni industriali: principi e compatibilità*, in *Dir. rel. ind.*, 1993, p. 151.

(5) Sulle trasformazioni che hanno interessato il modello europeo v. J. H. H. Weiler, *The Transformation of Europe*, in *Ylj*, 1991, pp. 2403 ss.; Idem, *La Costituzione dell'Europa*, Il Mulino, Bologna, 2003.

(6) V. A. Lyon-Caen, *Droit social et droit de la concurrence. Observations sur une rencontre*, in Aa.Vv., *Les orientations sociales du droit contemporain. Ecrits en l'honneur du Prof. Jean Savatier*, Puf, Paris, 1992, p. 331. In una prospettiva più ampia, sui rapporti conflittuali tra sistemi di *énoncés* che sono condizionati da una grammatica interna differenziata v. G. Teubner, *Diritto policontesturale: prospettive giuridiche della pluralizzazione dei mondi sociali*, La Città del sole, Napoli, 1999, p. 35.

(7) In questo senso S. Deakin, F. Wilkinson, *Il diritto del lavoro e la teoria economica: una rivisitazione*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1999, p. 590.

me «componente» del diritto della concorrenza e non in antitesi a esso, la tutela dei lavoratori rappresentando un sottoprodotto di quella primitiva funzione (8). È quest'ultima la dimensione del *concorso*, e non del conflitto, tra i due sistemi normativi; dimensione nella quale il diritto comune della concorrenza e il diritto comunitario del lavoro coesistono nel perseguimento di fini comuni, giacché, come ha scritto Federico Mancini, attraverso il secondo il legislatore non persegue tanto un più alto elevato tasso di socialità, quanto l'eliminazione dei fattori suscettibili di ostacolare il buon funzionamento del mercato (9). I principi di politica sociale e del lavoro trovano allora la loro giustificazione in una logica di armonizzazione «funzionalista», onde, per lo meno agli albori del diritto comunitario, i precetti di diritto sociale europeo rispondono quasi esclusivamente a logiche economiche e, per questo, agiscono congiuntamente ai principi del diritto comunitario della concorrenza (10). Tra i due nuclei di norme non solo non vi sono motivi di conflitto, ma si può ipotizzare una sorta di complementarità; si spiega in questi termini buona parte della produzione normativa comunitaria in materia sociale: dal principio di parità di trattamento sancito *ab origine* dall'art. 141 Tce, all'obbligo di mantenere l'equivalenza esistente nei regimi di congedi retribuiti (art. 142 Tce); dalle direttive degli anni settanta sui licenziamenti e sul trasferimento d'azienda agli interventi successivi in tema di orario di lavoro (11) e di distacco (12), cruciali per le loro implicazioni sulle condizioni di concorrenza fra imprese. Il modello del conflitto si trova così complicato da elementi spuri, che connotano il rapporto tra diritto del lavoro e diritto della concorrenza nei termini del concorso e della complementarità; uno schema basato sulla valorizzazione della regolazione giuslavoristica del mercato, concepito, quest'ultimo, non come semplice complesso di rapporti astratti dalla conformazione giuridico-

— (8) *Le droit du travail est né comme partie du droit de la concurrence, à son ombre. Le droit du travail primitif n'est que la libre compétition entre les offreurs et les demandeurs*, G. Lyon-Caen, *L'infiltration du droit du travail par le droit de la concurrence*, in *Do*, 1992, p. 313. Cfr. L. Mariucci, *Le fonti del diritto del lavoro. Quindici anni dopo*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 298, secondo il quale «il diritto del lavoro è una disciplina che nasce nel mercato, e si è persino sviluppata in funzione del mercato»; tuttavia «il diritto del lavoro serve, in ultima istanza, ad affermare i diritti della persona anche contro i vincoli della economia data. Nel diritto del lavoro è quindi iscritta una istanza di liberazione indeclinabile». V. inoltre L. Zoppoli, *Lavoro, mercato e regole: alla ricerca di nuovi equilibri*, in *Dml*, 1999, p. 427, secondo il quale «il lavoro non è una merce ma non può essere valorizzato senza o contro il mercato».

(9) G. F. Mancini, *L'incidenza del diritto comunitario sul diritto del lavoro degli Stati membri*, in *Rde*, 1989, p. 10. Cfr. G. Lyon-Caen, *Le droit du travail, une technique réversible*, Dalloz, Paris, 1995.

(10) V. in particolare M. D'Antona, *Armonizzazione del diritto del lavoro e federalismo nell'Unione europea*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, p. 695; Idem, *Diritto del lavoro di fine secolo: una crisi d'identità*, in *q. Riv.*, 1999, p. 311.

(11) Direttiva n. 93/104/Ce e Direttiva n. 2000/34/Ce.

(12) Direttiva n. 96/71/Ce.

istituzionale ma, a sua volta, come un sistema di regole (13). Peraltro, se è vero che il diritto del lavoro concorre alla regolazione del mercato in posizione complementare al diritto della concorrenza (14), non può tuttavia ritenersi – nella linea del modello introdotto dai seguaci dell'analisi economica del diritto – che esso svolga esclusivamente una funzione di «mimesi» del mercato, traducendo in comportamento coatto le esigenze obiettive dell'economia; di conseguenza, l'assunto su cui si fonda il modello del concorso ha una valenza relativa poiché la disciplina giuslavoristica, nelle sue molteplici varianti e declinazioni, non può comunque ridursi a mero fattore di razionalizzazione efficientistica del mercato, onde, in questa luce, le ipotesi di conflitto con i postulati del diritto della concorrenza appaiono, per così dire, del tutto naturali e fisiologiche ogniqualvolta il diritto del lavoro assuma o proponga regole disfunzionali alla libera dinamica dei rapporti economici (15).

Esclusa la prospettazione «modernizzante», di stampo neo-liberista, di un diritto del lavoro con funzioni puramente strumentali di politica economica (o, peggio, degradato a diritto comune dei rapporti di lavoro), e accantonata l'idea opposta di un sistema che tutela esclusivamente gli interessi del contraente debole, appare più rispondente all'attuale quadro socio-economico evidenziare la funzione complessa svolta dal diritto del lavoro, sempre più policentrico nelle sue *rationes* e nei suoi principi (16). Specularmente, anche l'immagine di un diritto del-

(13) N. Lipari, *Diritto e mercato della concorrenza*, in N. Lipari, I. Musu (a cura di), *La concorrenza tra economia e diritto*, Laterza, Bari, 2000, pp. 27 ss. Cfr. R. M. Solow, *The labor market as a social institution*, Blackwell, Cambridge, 1990 – trad. it. *Il mercato del lavoro come istituzione sociale*, Il Mulino, Bologna, 1994. Per una ricostruzione della polisemia del termine «mercato» si rinvia in particolare a M. R. Ferrarese, *Diritto e mercato*, Giappichelli, Torino, 1992, ove il mercato è presentato come luogo, come ideologia, come paradigma di azione sociale e come istituzione sociale. In quest'ultima prospettiva il mercato si configura come istituzione produttrice di proprie regole onde non avrebbe senso la contrapposizione tra diritto e mercato poiché «mercato è la legge che lo governa e costituisce; e prende forma dalle decisioni politiche e dalle scelte normative», N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998, p. 12. Cfr. G. Alpa, *La cd. giuridificazione delle logiche dell'economia di mercato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, p. 725, secondo il quale il mercato non può essere considerato come «espressione di forze innaturali immuni da ogni contaminazione giuridica». Pone in luce il mercato «come istituzione giuridica, una creazione del diritto che con le sue leggi lo governa e lo controlla secondo un criterio unificante alla cui definizione concorre anche il principio di solidarietà», L. Mengoni, *Fondata sul lavoro: la Repubblica tra diritti inviolabili e doveri inderogabili di solidarietà*, Jus, 1998, p. 45.

(14) In questo senso v. S. Giubboni, *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale dell'integrazione europea*, Il Mulino, Bologna, 2003, p. 177, il quale identifica una relazione di strumentalità/interdipendenza/complementarietà virtuosa tra diritto della concorrenza e diritto del lavoro.

(15) Sui complessi rapporti tra diritto del lavoro ed economia, in una prospettiva che riafferma le ragioni non economiche della disciplina giuslavoristica, v. R. Del Punta, *L'economia e le ragioni del diritto del lavoro*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2001, pp. 3 ss., e spec. p. 39.

(16) Come ebbe a scrivere Gerard Lyon-Caen, il diritto del lavoro nasce e si evolve come un «Diritto di eterno compromesso», *Les fondaments historiques et rationnels du Droit du travail*, in

la concorrenza incentrato esclusivamente sulla garanzia della libertà di iniziativa economica dei soggetti presenti nel mercato trascura la complessità dei valori basilari del diritto *antitrust*, che non si limitano alla protezione della concorrenza pura e perfetta ma attengono alla promozione della concorrenza cd. operativa, ovvero alla promozione del benessere dei consumatori, e al raggiungimento di obiettivi non necessariamente ricompresi nel modello classico, declinabili, ad esempio, nell'interesse dei piccoli produttori o nella repressione del potere economico considerato in sé socialmente pericoloso (17). Emerge così, in una prospettiva evolutiva, un modello di composizione del rapporto tra le discipline di segno opposto rispetto al modello prevalente che, invece di registrare l'infiltrazione del diritto della concorrenza nel diritto del lavoro, evidenzia un percorso opposto, caratterizzato da una *compromissione sociale* del diritto della concorrenza: espressione, quest'ultima, non di un valore in sé, ma diretta a promuovere un progresso economico inevitabilmente correlato con il benessere sociale (18). Rilevano, in questo senso, gli interventi normativi volti a introdurre, da un lato, forme di tutela del contraente debole nei rapporti di mercato e, dall'altro, giustificazioni sociali a situazioni contrarie alla libera concorrenza. Ci riferiamo non solo alle legislazioni dei principali paesi europei che prescrivono, all'interno della normativa *antitrust*, il divieto di abuso di dipendenza economica (19), ma, soprattutto, agli interventi del legislatore francese dai quali emerge la possibilità di una sorta di integrazione della dimensione sociale nella disciplina sulla concorrenza: se non una vera e propria eterogenesi dei fini, quantomeno un processo a fronte del quale una norma *antitrust* riconosce espressamente, nel suo alveo, profili normativi il cui fondamento è esclusivamente (o prevalentemente) sociale

*Do*, 1951, p. 5; pubblicato con traduzione di A. Tinti, in *Lav. dir.*, 2004, n. 3, p. 257. Cfr. Massimo D'Antona, *L'anomalia post positivista del diritto del lavoro e la questione del metodo*, in *Rcdp*, 1990, p. 529, ora in *Opere*, Volume I, Giuffrè, 2000, p. 58, secondo il quale il diritto del lavoro è stato attratto nell'orbita di un esteso e composito diritto dell'economia, o se si preferisce della razionalizzazione economico-sociale, fino quasi a esserne fatalmente assorbito. Nella stessa prospettiva S. Sciarra, *Globale e locale: prove di razionalità per il diritto del lavoro*, in *Scritti in Onore di Mattia Persiani*. V. inoltre A. Perulli, *Diritto del lavoro e globalizzazione. Clausole sociali, codici di condotta e commercio internazionali*, Cedam, Padova, 1999, pp. 2 ss.; P. Ichino, *Il contratto di lavoro*, A. Cicu, F. Messineo (diretto da), *Trattato di Diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 11. Sul diritto del lavoro come prodotto di un'infinità di aggiustamenti ovvero come disciplina che non corrisponde a un sapiente disegno predeterminato, organico e unitario v. U. Romagnoli, *Il diritto del lavoro tra disincanto e ragionevoli utopie*, in *Lav. dir.*, 2002, p. 228.

(17) F. Denozza, *Forme di mercato e tutela della concorrenza*, in N. Lipari, I. Musu (a cura di), *La concorrenza tra economia e diritto*, Laterza, Bari, 2000, p. 218.

(18) D. Danet, *Valeurs incorporelles et compétition économique*, De Boeck, Paris, 1998, p. 57.

(19) Sull'istituto dell'abuso di dipendenza economica v. in particolare la ricostruzione in chiave comparata di V. Pinto, *L'abuso di dipendenza economica «fuori dal contratto» tra diritto civile e diritto antitrust*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, p. 397.

(20).

È evidente, in questo come in altri interventi del legislatore nazionale e comunitario, il tentativo di inserire strumenti di riequilibrio sociale nelle politiche di governo del mercato, sia perché quest'ultimo non può privarsi di una corposa dimensione sociale (21), sia perché le clausole sociali si rivelano funzionali alla crescita e allo sviluppo dei sistemi socio-economici. Il diritto *antitrust* è stato per molti versi trasformato, nella sua dimensione applicativa, attraverso l'attività interpretativa delle Corti, poiché da strumento volto prevalentemente a tutelare il *rent seeking* dei piccoli produttori è divenuto una disciplina volta a proteggere i consumatori nel mercato e, in una prospettiva più generale, uno strumento di realizzazione del benessere collettivo (22). Ciò significa che il diritto della concorrenza non si riduce a mero strumento volto a garantire la massimizzazione dell'efficienza allocativa, riconoscendo tra i suoi fini sia l'efficienza distributiva sia l'equità nei rapporti di mercato; la disciplina *antitrust* segue percorsi incidentali e poco visibili, ma non per questo da sottovalutare, che la conducono verso una sorta di compromesso tra la competizione economica e il benessere della collettività.

Le ragioni per cui è importante insistere sulla dimensione plurale del diritto

(20) Il *Code de commerce*, da ultimo modificato con la *Loi* n. 2001-420 del 15 maggio 2001, oltre a vietare l'abuso di dipendenza economica, esclude l'intesa o l'abuso di posizione dominante dalle ipotesi vietate ove si possa dimostrare che contribuiscono «al progresso economico, ivi compresa la creazione o il mantenimento dell'impiego» (art. 420-4). Non si tratta certo di una sfumatura perché la norma citata traduce in linguaggio giuridico la concezione del progresso economico come progresso sociale: parafrasando Amartya Sen, il progresso economico è libertà, mentre la libertà non è un mero prerequisito dell'accrescimento del benessere individuale e collettivo, ma è essa stessa il benessere individuale e collettivo. Nella stessa prospettiva si pone l'art. L. 430-7 nel prevedere che il Ministro dell'economia può subordinare l'autorizzazione di una concentrazione all'adozione da parte delle imprese di misure volte a realizzare un progresso economico o sociale, tale da compensare le limitazioni alla concorrenza nel mercato. Per certi versi il contributo normativo può interpretarsi come il risultato di un processo volto a innescare degli anticorpi di ordine sociale nel cuore di una regolazione del mercato e delle sue dinamiche, preservando il *droit social* dalle continue interferenze del diritto della concorrenza. In dottrina A. Pirovano, *Droit de la concurrence et progrès social*, Chroniques, Dalloz, 2002, p. 64; M. A. Frison-Roche, *La législation économique fait progresser le droits des salariés*, Le Monde, 2001.

(21) Già nel Rapporto Ohlin emerge la consapevolezza, nei padri fondatori del Trattato, della necessità di assicurare «il mantenimento di evoluti e autonomi sistemi di tutela sociale all'interno dei paesi membri, quale indispensabile condizione dell'integrazione economica europea»; per un commento v. S. Giubboni, *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale dell'integrazione europea*, cit., pp. 44 ss. Cfr. S. Deakin, *Labour law as Market Regulation: the Economic Foundations of European Social Policy*, in P. Davies, A. Lyon-Caen, S. Sciarra, S. Simitis, *European Community Labour Law. Principles and Perspectives. Liber Amicorum Lord Wedderburn*, Oxford, 1996, p. 63.

(22) In questo senso si esprime R. Pardolesi, M. Granieri, *Proprietà intellettuale e concorrenza: convergenza finalistica e «liaisons dangereuses»*, in *Foro it.*, 2003, c. 211, che rinvia a D. A. Farber, *Why (and How) Fairness Matters at the IP/Antitrust Interface*, in *Minn. Law Rev.*, 2003, p. 1817.



del lavoro e del diritto della concorrenza vanno ricercate, quindi, all'interno di una visione «istituzionale» del mercato, alla cui regolamentazione correttiva concorrono differenti sistemi normativi, ciascuno dotato di una propria razionalità. La consapevolezza che il progresso sociale si realizza soltanto mediante il successo economico, e che livelli elevati ed equi di benessere sociale costituiscono una componente vitale di ogni economia competitiva, spinge la Comunità europea ad abbracciare una prospettiva (*de iure condendo*) di estensione e/o generalizzazione delle contaminazioni virtuose fra diritto della concorrenza (e, in senso più generale, tra sfera mercantile) e precetti e valori sociali (23). Al tempo stesso le infiltrazioni del diritto della concorrenza nel diritto del lavoro non necessariamente sanciscono la mera prevalenza della sfera economica sui diritti sociali, ma contribuiscono a eliminare quei profili di «garantismo inefficiente» che talora caratterizzano la disciplina giuslavoristica, e si riflettono in negativo sia nella tutela degli interessi dei lavoratori, sia nello sviluppo socio-economico dei sistemi.

Il lavoro non è solo un fenomeno sociale, così come la concorrenza non può porsi in una dimensione esclusivamente economica: in ragione di questa ambivalenza ha senso ipotizzare un rapporto dialettico dai molteplici tratti, non privo di stimolanti contaminazioni. Solo riconoscendo l'anima economica del diritto del lavoro – il suo essere, al limite, una parte della stessa «materia economica» – e apprezzando la dimensione «extra-economica» della disciplina di regolazione della concorrenza (24) si comprendono le ragioni delle interazioni complesse tra i due sistemi di norme. Accedendo a una ricostruzione secondo uno schema a matrice, qui di seguito riportato, all'interno del quale ciascun sistema normativo è strumento di regolazione del mercato e portatore di istanze diverse, ma non del tutto contrapposte, emergono quindi dinamiche distinte, rappresentabili nei termini della neutralità, del conflitto, del concorso e/o del temperamento, delle compromissioni reciproche.

(23) V. Comm. Cee, *Libro Verde sulla politica sociale europea. Opzioni per l'Unione*, 1994, Lussemburgo, p. 13.

(24) In altri termini l'*antitrust* è «uno strumento che può essere modellato e utilizzato al servizio delle più svariate ideologie: quella in concreto perseguita potrà risultare solo da un'indagine a posteriori», V. Donativi, *Concorrenza e mercato nel prisma dell'ordinamento giuridico: appunti per una ricostruzione storica*, in *Rdi*, 1992, p. 265. Sul pluralismo di valori che animano la disciplina *antitrust* vedi R. Pardolesi, M. Granieri, *Proprietà intellettuale e concorrenza: convergenza finalistica e «liaisons dangereuses»*, in *Foro it.*, 2003, c. 211. In una prospettiva analoga si pone chi ritiene che la riconciliazione tra la concorrenza e il diritto del lavoro non può che discendere dai fondamenti stessi del diritto della concorrenza, identificabili, in particolare, nel principio *d'egalité*, onde, per impedire che la competitività dell'impresa si realizzi a scapito dell'apparato di tutele predisposte per i lavoratori, è necessario stabilire «un nocciolo forte al fine di garantire l'uguaglianza nella concorrenza», C. Lucas de Leyssac, G. Parleani, *Droit du marchè*, Puf, Paris, 2002, p. 139.

Diritto della concorrenza	<i>Regolazione della concorrenza</i>	<i>Tutela interessi generali</i>
Diritto del lavoro	<i>ratio economica</i>	<i>ratio extra-economica</i>
<i>Tutela del lavoratore</i>	Conflitto	Complementarietà
<i>ratio sociale</i>		
<i>Razionalizzazione del mercato del lavoro</i>	Complementarietà	Neutralità
<i>ratio economica</i>	Concorso	

2. — *Il modello del conflitto e il suo antecedente storico: l'esperienza americana tra eccezione normativa ed eccezione giurisprudenziale* — Rivisitare l'esperienza americana, ripercorrendo le tappe che hanno permesso di definire i confini entro i quali trova applicazione la disciplina *antitrust*, rappresenta un utile esercizio per meglio comprendere e interpretare le evoluzioni che hanno caratterizzato il rapporto tra diritto della concorrenza e diritto del lavoro nel contesto comunitario. Anzitutto il diritto statunitense introduce una legislazione *antitrust* fin dal 1890, ponendosi come il precursore della regolazione della concorrenza nel mercato; in secondo luogo, nonostante lo schema estrapolato dall'esperienza americana non assurga a modello idealtipo ad applicazione generalizzata ma configuri una delle possibili modalità di rappresentazione della relazione tra le discipline, in esso si ritrova la complessità dei rapporti tra il mercato e i diritti: ed è soprattutto la conflittualità tra il diritto del lavoro e il diritto della concorrenza ad avere una risalente e collaudata tradizione nell'ordinamento d'oltre oceano.

Tra il modello americano e l'esperienza comunitaria non mancano significativi elementi di affinità (25), riguardanti, soprattutto, le tecniche di prevenzione delle antinomie che derivano dal conflitto tra i principi tutelati, rispettivamente, dall'*antitrust* e dal diritto del lavoro. Il legislatore e la giurisprudenza, in America come in Europa, sistematizzano il rapporto tra le istanze del mercato, in parte identificabili nel diritto della concorrenza, e le istanze di tutela alle quali è proteso il diritto del lavoro, formulando un rapporto di regola-eccezione tra principi ovvero introducendo una serie di eccezioni alla disciplina *antitrust* considerata,

(25) Si rinvia a G. Proest, *L'antitrust negli Stati Uniti e in Europa. Analisi e psicoanalisi di una divergenza*, in *Mercato Conc. Regole*, 1, 2002, dove si affrontano le prospettive di convergenza e di divergenza tra il diritto *antitrust* europeo e quello americano. V. inoltre G. Bernini, *Un secolo di filosofica antitrust*, Clueb, Bologna, 1991; V. Mangini, *La vicenda dell'antitrust: dallo Sherman Act alla legge italiana n. 287/1990*, in *Rdi*, 1995, p. 175; G. Amato, *Il potere e l'antitrust. Il dilemma della democrazia liberale nella storia del mercato*, Il Mulino, Bologna, 1998. Per uno studio comparato sulle origini della norma giuridica e sul sistema giuridico dei paesi di *common law* si rinvia a R. David, C. Jauffret-Spinozi, *Les grands systemes de droit contemporains*, Dalloz, Paris, 2002.

per lo meno in origine, come regola generale e di applicazione estensiva. Le differenze tra le due esperienze attengono, invece, alle discipline coinvolte: se in Europa si discute principalmente di una relazione conflittuale tra il diritto del lavoro (complessivamente considerato) e il diritto della concorrenza, nell'ordinamento americano sono piuttosto i prodotti dell'autonomia collettiva a entrare in conflitto con la norma *antitrust* (26). In origine, infatti, sono proprio le organizzazioni sindacali, detentrici di un potere di mercato in grado di produrre, mediante prassi negoziali o atti unilaterali, effetti di riduzione della competizione economica, che vengono attratte nell'ambito di applicazione dello *Sherman Act* (1890), sistema normativo volto a impedire forme concentrative del potere economico nel mercato.

La norma che vieta «qualsiasi contratto, accordo sotto forma di *trust* o altro, ovvero qualsiasi intesa restrittiva degli scambi commerciali fra i vari Stati o con paesi stranieri» (27) – potenziale spada di Damocle al libero dispiegarsi della contrattazione collettiva –, è stata in parte neutralizzata con l'introduzione – a opera del *Clayton Act* del 1914 – di una *statutory labor exemption*, in virtù della quale le organizzazioni sindacali, nel promuovere i diritti dei lavoratori, non pongono in essere forme concentrative del potere per ridurre gli scambi nel mercato, onde sono escluse dalla normativa *antitrust* (28). Secondo l'enunciato normativo «nulla di quanto contenuto nella legge *antitrust* dev'essere impiegato per proibire l'esistenza e il funzionamento delle organizzazioni di lavoratori istituite per fini di tutela (*mutual help*)» (29); la *ratio* dell'eccezione va ricercata nella circostanza che *the labor of a human being is not a commodity or article of commerce*: riconoscendo che il lavoro non è una merce di scambio, ne deriva che il mercato del lavoro segue regole proprie e diverse da quelle del mercato dei beni e servizi (30). La *statutory labor exemption* si applica alle organizzazioni sindacali nel momento in cui pongono in essere atti o comportamenti unilaterali finalizzati a soddisfare gli interessi collettivi

(26) V. A. Goldman, *Labor law and industrial relations in the United States of America*, Kluwer, 1984. Per una ricostruzione sistematica delle origini delle *trade union* e dei sistemi di relazioni industriali si rinvia a J. R. Commons, *History of Labour in the United States*, vol. 4, Macmillan, New York, 1918; R. A. Lester, *Labor reading on major issues*, Random House, 1965.

(27) 15 U.S.C., parr. 1-3, *Sherman Act*.

(28) Sul punto vedi K. Clark, *The impact of unionization on productivity: a case study*, p. 33, in *Ind. & Lab. Rel. Rev.*, 1980, 451; R. H. Lande, *Wealth transfers as the original and primary concern of antitrust: the efficiency interpretation challenged*, p. 34; L. J. Hastings p. 65, 1982, 82; A. Fisher & H. Lande, *Efficiency considerations in Merger Enforcement*, p. 71, in *Cal. L. Rev.*, p. 1580, 1983, 1588; B. Meltzer, *op. cit.*; R. Freeman, J. Medoff, *The Impact of collective bargaining: can the new facts be explained by monopoly unionism?*, *Research in labor economics*, p. 293, Reid ed., 1983; R. Freeman, M. Kleiner, *The Impact of New unionism on wages and working conditions*, p. 8, in *J. Lab. Econ.*, 1990.

(29) Sez. 6, *Clayton Act*.

(30) V. per tutti M. Grandi, «Il lavoro non è una merce»: una formula da rimeditare, in *Lav. dir.*, 1997, p. 557.

dei lavoratori. Il percorso intrapreso dal legislatore, che conduce alla definizione di aree di immunità dal diritto *antitrust*, viene imitato dalle Corti americane, pur dopo una fase altalenante durante la quale non sono mancati i tentativi di applicare la normativa in materia di concorrenza alle organizzazioni sindacali (31). Il modello regola-eccezione ha quindi trovato ulteriore ampliamento per mano della giurisprudenza americana che, per certi versi, sopperisce alle lacune del testo legislativo sancendo l'immunità del contratto collettivo dalla normativa sulla concorrenza: non solo le pratiche unilaterali (quali lo sciopero o il boicottaggio), poste in essere nell'ambito di un conflitto che vede contrapporsi il sindacato al datore di lavoro oppure ad altra organizzazione sindacale, sono esenti dalla disciplina *antitrust*, ma altresì le pratiche bilaterali, ovvero atti e comportamenti che sfociano nei processi di contrattazione collettiva e nella stipula di contratti collettivi, esulano dall'alveo di incidenza dell'*antitrust*.

Se l'eccezione di fonte legislativa non suscita questioni interpretative di rilievo, eccetto per quanto concerne gli interventi della giurisprudenza che hanno perfezionato e precisato il dettato normativo (32), è piuttosto l'eccezione di fonte giurisprudenziale che richiede d'essere indagata per meglio comprenderne portata e limiti applicativi. Esaminando alcune delle più emblematiche sentenze che si sono occupate del tema, viene in rilievo, *in primis*, il caso 381 U.S. 657 del 1965 (*United Mine Workers of America/Pennington*) ove la Corte, pur applicando la normativa *antitrust* all'accordo oggetto della controversia, si interroga, forse per la prima volta, sull'opportunità di introdurre un'eccezione in presenza di contratti collettivi che, nonostante risultino limitativi della concorrenza nel mercato, perseguono fini di tutela e di protezione dei lavoratori. In altre parole emerge l'esigenza di contemperare i valori legati alla competizione e al mercato con i precetti mirati alla tutela degli interessi collettivi dei lavoratori. Ed è a partire dal caso 381 U.S. 676 del 1965 (*Meat Cutters Local 189 vs. Jewel Tea Co.*) che trova definitiva consacrazione la *non statutory exemption*: la Corte, nel valutare la

---

(31) V. in particolare il caso 208 U.S. 274 del 1907 (*Loewe vs. Lawlor*) ove la normativa *antitrust* viene applicata al boicottaggio posto in essere da un sindacato per obbligare un imprenditore ad aderire all'organizzazione sindacale, trattandosi di pratica limitativa della concorrenza nel mercato. In dottrina R. Winter, *Collective bargaining and competition: the application of antitrust standard to union activities*, in *Ylj*, 1963, pp. 18 ss.

(32) La giurisprudenza specifica i termini di applicazione della *statutory labor exemption* sancita dallo *Sherman Act* e dai successivi interventi legislativi: essa si applica alle *dispute* di lavoro che vedono contrapporsi i lavoratori, rappresentati collettivamente dal sindacato, al datore di lavoro oppure ad altre organizzazioni sindacali, su questioni attinenti al rapporto di lavoro o a fronte di pratiche poste in essere dalle organizzazioni sindacali per migliorare le condizioni di lavoro e di occupazione. In questo senso, ad esempio, è stata applicata l'eccezione a una serie di scioperi indetti da un'organizzazione sindacale i quali, pur se tradottisi in una limitazione degli scambi e del commercio, erano finalizzati a tutelare gli interessi dei lavoratori. Vedi il caso 310 U.S. 469 del 1940 (*Apex Hosiery co. vs. Leader*); caso 312 U.S. 219 del 1941 (*United States vs. Hutcheson*).

compatibilità tra un accordo che limita l'orario di apertura degli esercizi commerciali e i precetti dello *Sherman Act*, si sofferma sull'oggetto del contratto collettivo chiarendo che il suo contenuto rientra nella *mandatory bargaining*, ovvero beneficia del-l'apparato di tutele predisposte dal *National Labor Relation Act* (Nlra) (33). La clausola limitativa dell'orario di lavoro, correlata a esigenze di tutela del lavoratore, anziché di limitazione della concorrenza nel mercato, fa sì che l'accordo ricada nell'area protetta dalla disciplina lavoristica: la *non statutory labor exemption* si applica ogniqualvolta il contratto è frutto di un processo di *collective bargaining* sul salario e sulle condizioni di lavoro.

Nei successivi interventi le Corti hanno posto in luce i limiti oltre i quali non può riconoscersi la *non statutory labor exemption*; soprattutto nel caso 421 U.S. 616 del 1975 (*Connell Construction Co. vs. Plumbers Local 100*), relativo a un accordo che impone all'imprenditore di intrattenere relazioni commerciali esclusivamente con le imprese che hanno instaurato rapporti diretti con il sindacato, emergono più chiaramente i confini applicativi dell'eccezione. In particolare, nella controversia in oggetto, opera il rinvio alla disciplina *antitrust* per due ragioni sostanziali: anzitutto, pur essendo coinvolti due centri soggettivi di interessi – l'organizzazione sindacale e la parte datoriale – l'accordo non rappresenta l'esito di un processo di contrattazione collettiva in senso stretto; in secondo luogo, l'intesa, oltre a produrre effetti diretti sul mercato dei beni e servizi (poiché obbliga le imprese non «sindacalizzate» ad aderire all'organizzazione sindacale pena la chiusura e/o il blocco dell'attività), non ha a oggetto uno degli elementi della *mandatory bargaining* introdotta dal Nlra. Per la Corte sussistono i presupposti per escludere l'applicazione del-l'eccezione di fonte giurisprudenziale ma, al

(33) Il *National Labor Relation Act* è il primo intervento legislativo volto a regolare i sistemi di relazioni sindacali. L'atto normativo sancisce il diritto di coalizzarsi e di agire collettivamente per difendere i propri interessi; introduce l'obbligo delle contrapposte organizzazioni sindacali di contrattare sul salario e sulle condizioni di lavoro e la disciplina da seguire per le controversie in materia sindacale; promuove inoltre la risoluzione pacifica dei conflitti sindacali, in particolare attraverso la contrattazione collettiva. Il Nlra è stato definito «un modello tra i più illuminanti, negli ordinamenti democratici delle società industriali, di interventismo pubblico a sostegno dei sindacati», M. Grandi, *Il modello di sostegno Wagner Act: radiografia di una crisi*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1997, p. 274. Per vero non mancano ricostruzioni che pongono in luce i limiti del modello introdotto con il *Wagner Act*; limiti, questi, che discendono, in particolare, dall'introduzione della regola maggioritaria in virtù della quale l'organizzazione sindacale agisce contrattualmente solo se acquista la rappresentanza esclusiva della forza lavoro nella unità contrattuale considerata. Il fatto che il sindacato «vincente» acquisti la rappresentanza esclusiva lo pone, inevitabilmente, in una posizione di forza rispetto alla controparte datoriale, ma altresì rispetto alle altre organizzazioni sindacali. La regola della maggioranza, se per certi versi riduce i margini di conflittualità intersindacale, per altri versi si riflette in negativo sull'autonomia individuale dei lavoratori che sono obbligati a iscriversi al sindacato riconosciuto in azienda. Per non dire poi che le procedure previste dal *Wagner Act* si rivelano eccessivamente rigide alla luce delle trasformazioni che hanno interessato il mercato e i sistemi di organizzazione del lavoro. Per una ricostruzione del sistema di relazioni industriali v. L. Mariucci, *Uno sguardo alle relazioni industriali negli Usa*, in *Lav. dir.*, 1987, pp. 69 ss.

contempo, l'organo giudicante riconosce l'esigenza di opportuni bilanciamenti tra le norme del Nlra – che promuovono la contrattazione collettiva e i diritti dei lavoratori – e le politiche di libera concorrenza nel mercato dei beni e servizi, dai quali deve derivare, inevitabilmente, la previsione di un sistema di esenzioni volto a garantire un'applicazione limitata del diritto *antitrust* in ambiti di autoregolazione del conflitto sociale.

In un salto nel tempo che conduce fino ai giorni nostri può rilevarsi come l'atteggiamento della Corte, che ambisce alla ricerca del compromesso tra valori contrapposti, si ritrova nei casi *Williams vs. National Basketball Association*, nn. 95-137 (1995), e *Brown vs. Pro Football*, 116 S.Ct. 2116 (1996) che vertono, entrambi, sulla presunta incompatibilità, rispetto alla disciplina *antitrust*, di una serie di clausole, contenute nei contratti collettivi in vigore nel settore dello *sport* professionale. Le decisioni indagano nuovamente sul campo di applicazione della *non-statutory exemption*, evidenziando come la *ratio* dell'eccezione si traduca nella ricerca di una composizione del conflitto tra le norme di sostegno alla contrattazione collettiva e le disposizioni volte a favorire la libera concorrenza nel mercato (34). L'eccezione di fonte giurisprudenziale discende dall'interpretazione delle norme, che regolano il rapporto di lavoro e il relativo mercato, nella loro valenza di strumenti di tutela del lavoratore. In altri termini la giurisprudenza riconosce che il paradigma della perfetta concorrenza contenuto nello *Sherman Act* deve essere sostituito dal paradigma della legge federale in ragione della quale, nell'ambito dei rapporti di lavoro, è opportuna una negoziazione organizzata.

Nel tentativo di sistematizzare il percorso argomentativo fin qui intrapreso, può dirsi che il modello giuridico delle eccezioni percorre due binari paralleli, relativi, da un lato, all'esclusione legale, che trova fonte nel *Clayton Act* e si applica alle pratiche unilaterali poste in essere dalle organizzazioni sindacali

(34) Il caso *Brown* si segnala per una duplice ragione. Anzitutto la Corte interviene sull'estensione temporale di efficacia dell'eccezione *non statutory*: in presenza di una *impasse* di negoziazione, ovvero dopo la scadenza del contratto collettivo in attesa di stipulare un nuovo contratto, l'eccezione si applica in quanto finalizzata a tutelare l'intero processo di contrattazione collettiva, e non solo la sua fase conclusiva. In secondo luogo la Corte ritiene che le pratiche poste in essere dai datori di lavoro, volte a proporre la stipula di un nuovo contratto, o il riconoscimento di determinate condizioni contrattuali, sono immuni dalla norma *antitrust* in quanto i datori di lavoro hanno il diritto di accordarsi sui termini e le condizioni di impiego. L'eccezione perdura per un tempo ragionevole dopo l'*impasse* ma si interrompe quando i datori di lavoro impongono unilateralmente le condizioni di lavoro. In sintesi la *non statutory exemption* isola dall'*antitrust* le restrizioni che derivano dall'intero processo di contrattazione collettiva; onde il paradigma contenuto nello *Sherman Act* della perfetta concorrenza nel mercato è sostituito dall'esigenza di una negoziazione organizzata e pacifica tra i lavoratori e i datori di lavoro. In dottrina R. McCormick, *Labor or antitrust? Let the players choose*, Cite as 4 *Vill. Sports & Ent. L. J.*, 1997, p. 39; E. Lock, *The scope of labor exemption in professional sports*, L. J. Duke, 1989, p. 339; R. Lande, Jr R. Zerbe, *Anticonsumer effects of union mergers: an antitrust solution*, L. J. Duke, 1996, p. 197.

nell'interesse dei lavoratori; dall'altro lato, all'esclusione giurisprudenziale, della quale beneficiano gli accordi collettivi che derivano da un processo di contrattazione collettiva e hanno a oggetto una delle materie della *mandatory bargaining* (salario e condizioni di lavoro). Ciò significa che, nonostante l'ordinamento americano sia per natura strutturato su di un modello di economia di mercato ispirato alla libera concorrenza, vi sono dei casi in cui la norma *antitrust* si ritrae di fronte al prevalere di obiettivi strettamente correlati con i diritti dei lavoratori (35). Il sistema delle eccezioni si è quindi tradotto in un limite per l'autorità *antitrust* nella determinazione, rispetto all'area del conflitto industriale, delle pratiche ragionevoli e compatibili con il diritto della concorrenza.

3. — *Il conflitto portato a sistema nell'ordinamento comunitario* — Il conflitto, come modello prevalente di rappresentazione del rapporto tra concorrenza e lavoro, si riproduce nel contesto comunitario secondo un proprio linguaggio giuridico, coinvolgendo il diritto europeo della concorrenza e le disposizioni in materia di lavoro e di politica sociale adottate dagli Stati membri (36). La relazione conflittuale si manifesta nel momento in cui matura nelle istituzioni comunitarie la consapevolezza dell'impossibilità di realizzare un'armonizzazione «naturale e automatica», per effetto delle dinamiche di mercato, delle politiche sociali nazionali. Si assiste così a una rottura degli equilibri fino a quel momento esistenti tra i sistemi nazionali e quello comunitario. Le prerogative degli Stati membri in materia di politica sociale e occupazionale potevano risultare un fattore di ostacolo agli scambi, soprattutto se raffrontate con l'obiettivo pressoché esclusivo delle istituzioni comunitarie, ovvero la creazione di un mercato unico, tanto da condurre a un processo di integrazione in senso negativo, tradottosi nell'interferenza della razionalità economica nei linguaggi giuridici fino a quel momento riconosciuti dagli Stati membri e funzionali ai modelli di *Welfare state*: un'intrusione che si concretizza nel tentativo di contenere l'intervento degli Stati membri nel mercato e nella sottoposizione delle politiche nazionali al vaglio del diritto della concorrenza e delle libertà economiche fondamentali (37). Inizia

(35) E. Lock, *The scope of the labor exemption in professional sports*, in *Duke Law Journal*, 1989, p. 400.

(36) Per una ricostruzione dei primi casi di conflitto affrontati dalla Corte di Giustizia si rinvia, tra tutti, a M. Roccella, *La Corte di Giustizia e il diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 1997. Sul ruolo svolto dalla Corte di Giustizia nel processo di affermazione e promozione dei diritti sociali v. P. Davies, *Market integration and social policy in the Court of Justice*, in *IJ*, 1995, pp. 49 ss.; V. J. Coppel, A. O'Neil, *The European Court of Justice: taking Rights seriously?*, in *Cmlr*, 1992, p. 669. Cfr. B. Veneziani, «*Labour law in the Courts*» ovvero della «civiltà della conversazione», in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2003, p. 136.

(37) Come altri osserva, «l'obiettivo della realizzazione di un mercato comune europeo e gli sforzi volti in questa direzione hanno giocato un ruolo la cui importanza, sul piano storico e ideologico, si manifesta anche oltre l'ambito coperto dalle norme direttamente riferite alla materia concorrenziale», V. Donativi, *Concorrenza e mercato nel prisma dell'ordinamento giuridico: appunti per una ricostruzione storica*, in *Rdi*, 1992, p. 352.

così quel processo di integrazione dei sistemi nazionali destinato a realizzare un mercato globale a cui non ha fatto da contrappeso alcun principio regolatore che non fosse quello della competizione economica (38).

L'osservazione richiede tuttavia d'essere precisata e perfezionata per due ragioni sostanziali: anzitutto, pur se la componente economica dello spazio sovranazionale ~~traspare~~ <sup>è</sup> trasparente in modo preponderante nel Trattato istitutivo della Cee, è altrettanto vero che l'asserita «frigidità sociale» dei padri fondatori può essere per molti versi ridimensionata perché nel dettato comunitario non sono affatto assenti valori e diritti a contenuto sociale; in secondo luogo il legislatore comunitario introduce delle eccezioni al dispiegarsi delle logiche che sottendono al diritto della concorrenza e alle libertà economiche – quali precetti funzionali alla creazione del mercato integrato – ovvero degli strumenti che consentono di superare il conflitto potenziale che discende dalla coesistenza di sistemi normativi differenziati: il legislatore accompagna l'introduzione delle norme comunitarie volte alla creazione del mercato integrato con la previsione di deroghe in larga parte riconducibili a finalità di tutela di valori di natura extra-economica (vedi in particolare gli artt. 81.3 e 86.2 Tce) (39). In questa prospettiva il diritto della concorrenza appare come disciplina in grado non solo di coesistere con valori diversi, ma altresì di riconoscere nell'ambito della sua estensione normativa precetti riconducibili a razionalità diverse.

Il quadro originario, pur se sbilanciato a favore della competizione economica e del mercato, presenta quindi evidenti contaminazioni di precetti sociali, vuoi sotto forma di eccezioni al precetto generale (40), vuoi per espressa previsione legislativa, vuoi ancora per effetto del riconoscimento, a opera del legislatore comunitario, dell'autonomia degli Stati membri in determinati ambiti di politica sociale e occupazionale. Ed è in questa rete articolata, dove interagiscono una pluralità di attori e di fonti normative, che il conflitto, prima solo latente, si svi-

(38) Secondo M. Barbera, *Dopo Amsterdam. I nuovi confini del diritto sociale comunitario*, Promodis, Brescia, 2000, p. 15, la creazione del mercato integrato, quale obiettivo prevalente del legislatore comunitario, si è tradotta nella prevalenza dell'approccio funzionalista, volto a realizzare gli imperativi del libero mercato.

(39) Il divieto di porre in essere accordi, decisioni e pratiche concordate che possano impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza, sancito dall'art. 81.1 Tce, non trova applicazione nel caso di accordi, decisioni o pratiche concordate «che contribuiscano a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico o economico» (art. 81.3 Tce). Ai sensi dell'art. 86.2 Tce: «le imprese incaricate della gestione di un servizio di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme del presente trattato, e in particolare delle regole della concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto o di fatto, della specifica missione loro affidata» (v. *infra*, par. 4.1).

(40) Di un rapporto principio-deroga parla anche S. Nadalet, *Diritto del lavoro e diritto della concorrenza: quali articolazioni possibili? Qualche proposta scomoda in tema di «globalizzazione»*, in *Lav. dir.*, 2002, pp. 99 ss.



luppa e viene risolto applicando talvolta l'eccezione, talaltra la regola, mentre in altri casi ancora è la giurisprudenza che si fa artefice di nuovi strumenti di composizione del rapporto tra principi contrapposti. È altresì vero che siffatta sistematizzazione dei processi conflittuali deve confrontarsi, oggi più di ieri, con obiettivi plurali e con fattori di «socialità» del mercato: solidarietà e giustizia, coesione sociale ed economica. Questa consapevolezza accompagna l'interprete nel corso di una riflessione incentrata sui nuclei del conflitto e, soprattutto, sulle prospettive future, che vedono le istituzioni comunitarie acquisire un ruolo preponderante e decisivo nella costruzione di un'Europa dei mercati e dei diritti (41).

4. — *Fattispecie del conflitto e problemi qualificatori* — I nuclei più significativi entro i quali si sviluppa il conflitto tra il diritto comune della concorrenza e il diritto interno sono principalmente tre: il primo attiene ai sistemi di previdenza e sicurezza sociale; il secondo coinvolge il collocamento pubblico; l'ultimo verte sulle misure di politica nazionale predisposte dagli Stati membri principalmente a sostegno dell'occupazione. Da qui la sensazione che il diritto della concorrenza abbia svolto un ruolo chiave nel progetto comunitario di liberalizzazione dei mercati e di contenimento dell'intervento pubblico nello spazio sovranazionale.

Le infiltrazioni del diritto comune della concorrenza sulle scelte di politica sociale e del lavoro discendono, in particolare, dall'uso in molti casi strumentale dei precetti di cui agli artt. 81 e seguenti Tce e, soprattutto, da interpretazioni estensive della nozione di impresa quale fattispecie tipica di riferimento della disciplina sulla concorrenza (42). Come è noto, infatti, il Trattato non contempla una nozione unitaria di impresa, e lascia quindi aperta la possibilità di utilizzare in sede interpretativa quella categoria per legittimare la penetrazione della disciplina concorrenziale entro ambiti regolati da precetti di diritto del lavoro e di politica sociale. La questione non può nemmeno risolversi attraverso il rinvio alle definizioni adottate dagli ordinamenti degli Stati membri, sia per ragioni inerenti al rapporto tra fonti sovranazionali e nazionali, sia perché gli ordinamenti interni, nella generalità dei casi, ricorrono essi stessi a definizioni estremamente generiche. Una ricostruzione unitaria della nozione di impresa nel dettato comunitario implica un'armonizzazione e una convergenza delle norme nazionali che si rivela improbabile vista la profonda inde-

(41) Sulla promozione di «livelli più profondi di integrazione» al fine di creare un mercato regolamentato in grado di riflettere una pluralità di valori e di principi, sia economici che sociali, v. P. Rido-la, *Diritti di libertà e mercato nella «Costituzione europea»*, in *Qc*, 2000, p. 15; cfr. S. Sciarra, *Diritti sociali. Riflessioni sulla Carta europea dei diritti fondamentali*, cit., p. 401.

(42) È stato posto in luce, a questo proposito, che «l'abilità della Corte nel presentare una nozione tendenzialmente onnicomprensiva di impresa, e tuttavia in qualche modo graduabile in sede applicativa alla luce delle concrete circostanze di fatto, sembra riflettere un suo percorso argomentativo che mira a smussare gli angoli, quasi si volesse proporre un'assimilazione fra funzione sociale e funzione del mercato», S. Sciarra, *Diritto del lavoro e regole della concorrenza in alcuni casi esemplari della Corte di Giustizia europea*, in *Dml*, 2000, p. 596.

terminatezza che le caratterizza. L'enunciato contenuto nell'art. 2082 del codice civile italiano rappresenta forse l'unico tentativo di definizione giuridica omogenea di impresa (43), a differenza di quanto si verifica in altri Stati membri, come Germania e Inghilterra, ove il profilo economico assurge a criterio esclusivo di identificazione della fattispecie (44). Certo è che l'impresa può configurarsi come «fenomeno economico poliedrico» (45), consentendo quindi un'elasticità di adattamento ai casi concreti e una polivalenza di soluzioni, anche in rapporto alle posizioni dei diritti nazionali in materia (46); in tale prospettiva la lettura degli artt. 81 e seguenti Tce risulta pragmaticamente correlata agli obiettivi che il legislatore comunitario intende realizzare, onde il rischio che i relativi precetti trovino indistintamente applicazione a ogni intesa, pratica o comportamento idoneo a produrre distorsioni della concorrenza nel mercato comune (47).

L'interpretazione giurisprudenziale non consente di ovviare al problema: mentre sotto il vigore del Trattato Ceca prevale una concezione giuridico-formale che identifica l'impresa nel «complesso unitario di elementi personali, materiali e immateriali facente capo a un soggetto giuridico autonomo e diretto in modo durevole al perseguimento di un determinato scopo economico» (48), la Corte transita poi verso una nozione economica di impresa, intendendola come «qualsiasi entità che esercita un'attività economica a prescindere dallo *status* giuridico e dalle modalità di finanziamento» (49). In considerazione del fatto che l'esercizio di attività economica si traduce nell'attività diretta all'offerta di beni e servizi in regime di libero mercato, ciò significa che il diritto della concorrenza interviene sulle attività che possono incidere sugli assetti di mercato e sugli equilibri concorrenziali (50).

(43) Cfr. Oppo, in *Riv. dir. civ.*, 1976.

(44) V. A. Spadafora, *La nozione di impresa nel diritto comunitario*, in *Giust. civ.*, II, 1990, p. 283.

(45) A. Asquini, *Profili dell'impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1943, I, p. 1.

(46) P. Verrucoli (a cura di), *La nozione di impresa nell'ordinamento comunitario*, Giuffrè, Milano, 1977, p. 419.

(47) G. Guizzi, *Il concetto di impresa tra diritto comunitario, legge antitrust e codice civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, p. 288.

(48) Corte di Giustizia Ce 13 luglio 1962, Cause riunite 17 e 20/61, *Racc.*, 1962, p. 615.

(49) Corte di Giustizia Ce 23 aprile 1991, C-41/90 (caso *Höfner ed elser*), in *Racc. giur. Corte*, 1991, I, p. 1979; Corte di Giustizia Ce 11 dicembre 1997, C-55/96 (caso *Job Center Coop II*), in *Racc. giur. Corte*, 1997, I, p. 7119; Corte di Giustizia Ce 17 febbraio 1993, C-159/91 e C-160/91 (caso *Poucet e Pistre*), *Racc.*, 1993, p. 637; Corte di Giustizia Ce 16 novembre 1995, C-244/94 (caso *Federation des societes d'assurance*), in *Foro it.*, 1996, IV, c. 67; Corte di Giustizia Ce 21 settembre 1999, C-97 (caso *Albany International*), *Racc.*, 1999, p. 5751; Corte di Giustizia Ce 1° settembre 2000, da C-180/98 a C-184/98 (caso *Pavlov*), *Racc.*, 2000, p. 6451.

(50) Sulla nozione di impresa in dottrina vedi A. Spadafora, *La nozione di impresa nel diritto comunitario*, in *Giust. civ.*, II, 1990, p. 283; G. Guizzi, *Il concetto di impresa tra diritto comunitario, legge antitrust e codice civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, p. 288; L. Di Via, *L'impresa*, in N. Lipari (a cura di), *Diritto privato europeo*, Cedam, Padova, 1997; G. Leone, *La nozione di impresa e le sue ricadute sui diritti sociali nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *q. Riv.*, 2000, I, p. 993; S. Sciarra, *Diritto del lavoro e regole della concorrenza in alcuni casi esemplari della Corte di Giustizia*

Si realizza, a fronte del prevalere di un'interpretazione estensiva della nozione di impresa che finisce per coinvolgere soggetti e istituti tipicamente presenti soprattutto nell'ambiente giuslavoristico, una pericolosa ridefinizione dei confini mobili che delimitano l'ambito applicativo del diritto della concorrenza. Il diritto del lavoro è forse il sistema che più di altri vede moltiplicarsi i tentativi di intrusione della normativa sulla concorrenza entro i propri confini naturali. Il caso *Becu* (51) si presenta come l'esempio più eclatante del rischio paventato. La Corte di Giustizia, chiamata a valutare se la normativa che obbliga le imprese portuali ad avvalersi esclusivamente di lavoratori regolarmente iscritti nei registri del lavoro portuale, possa in qualche misura riconoscere in capo agli stessi dei diritti esclusivi che si traducono poi nell'abuso di posizione dominante di cui all'art. 82 Tce, ha finito per escludere l'applicazione delle norme sulla concorrenza per carenza del presupposto soggettivo. In altre parole i lavoratori portuali si trovano, rispetto alle imprese per le quali prestano la propria attività, in un rapporto di dipendenza caratterizzato dalla circostanza che essi effettuano le prestazioni per conto e sotto la direzione delle singole imprese, onde non possono essere definiti impresa ai sensi del diritto comune della concorrenza.

Non mancano, tuttavia, interventi della Corte di Giustizia di segno più incerto, soprattutto per ciò che riguarda i regimi monopolistici, posti sotto la scure della normativa di regolazione della concorrenza non solo a fronte del rischio che si verificino forme di distorsione della competizione nel mercato, ma, in particolare, perché tali regimi sono manifestazione evidente dell'intervento pubblico nell'economia. Come dire che il monopolio pubblico, giudicato con sfavore dai fautori dell'integrazione dei mercati, costituisce il bersaglio privilegiato del diritto comune della concorrenza, piegato, in questi casi, a strumento efficace attraverso il quale ridurre la presenza pubblica e il ruolo dello Stato, assistenziale e interventista, riconosciuto e promosso dagli ordinamenti nazionali. Le imprese con funzioni pubbliche così come le imprese prive di fini di lucro non sono escluse dal Titolo VI Tce in materia di concorrenza. Non esiste un'eccezione generale per le imprese che operano senza scopo di lucro e non esiste un'eccezione generale per gli enti che gestiscono servizi di interesse economico generale, a meno che la normativa sulla concorrenza non osti alla missione della quale sono stati incaricati. Le possibilità di infiltrazione del diritto della concorrenza sul mercato «sociale» trovano, di conseguenza, un viatico facilmente percorribile nel dettato legislativo.

4.1. — *I sistemi di previdenza e sicurezza sociale al vaglio del diritto della concorrenza. L'eccezione normativa di cui all'art. 86.2 Tce e la tutela dei diritti fondamentali* — Le pericolose incursioni del diritto della concorrenza nei sistemi

europa, in *Dml*, 2000, p. 587.

(51) C-22/98, Corte di Giustizia Ce 16 settembre 1999, *Racc.* 1999, p. 5665.

di previdenza e sicurezza sociale, organizzati e regolati dalle istituzioni nazionali di ciascuno Stato membro, riflettono i tentativi di comprimere al minimo l'intervento pubblico all'interno del mercato comune. Al tempo stesso, tuttavia, sono il terreno ideale dinanzi al quale, in particolare attraverso l'attività interpretativa della Corte di Giustizia, è stato possibile definire i limiti oltre i quali, nello scenario europeo, devono essere soddisfatti valori-altri dalla competizione economica. Ciò che rileva, negli interventi giurisprudenziali volti a sindacare la compatibilità dei sistemi di previdenza e sicurezza sociale gestiti in forma monopolistica, è il fatto che l'ente coinvolto, quando persegue un fine sociale e attua il principio di solidarietà, non può essere in alcuna misura parificato a un'impresa, onde viene meno il presupposto soggettivo applicativo del diritto della concorrenza.

In particolare dai casi *Poucet – Pistre* (52) e *Cisal* (53), così come dal recente intervento della Corte di Giustizia del 16 marzo 2004 (54), risulta che i sistemi previdenziali-assicurativi oggetto delle controversie non potrebbero essere gestiti, alle stesse condizioni e garantendo le stesse prestazioni, da soggetti privati, il monopolio configurandosi, quindi, come una scelta necessaria per le istituzioni degli Stati membri nella misura in cui consente di realizzare forme di solidarietà viceversa assenti in regime di libero mercato. Per vero, se lo scopo sociale è elemento necessario, ma non sufficiente, per escludere la natura di impresa dell'ente coinvolto, è il principio di solidarietà che contribuisce a innalzare un argine oltre il quale la competizione economica non può inserirsi. Da qui l'interprete si trova a riflettere sul significato da attribuire al valore della solidarietà, assente nel tessuto normativo comunitario delle origini ma ben presente nelle sentenze della Corte di Giustizia in tema di concorrenza e lavoro che indagano i criteri di funzionamento degli enti al fine di verificare se il requisito della solidarietà sia soddisfatto o meno (55). Senza

(52) Corte di Giustizia Ce 17 marzo 1993, C-159 e 160/91, *Racc.*, 1993, p. 637. In dottrina v. in particolare M. Roccella, *Mercato del lavoro e lotta ai monopoli: appunti sulla giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1995, I, p. 3; S. Giubboni, *I monopoli previdenziali tra diritto comunitario della concorrenza e principi solidaristici della Costituzione. Convergenze «pratiche» e conflitti «teorici»*, in *Arg. dir. lav.*, 2000, p. 685.

(53) Corte di Giustizia Ce 22 gennaio 2002, C-218/2000, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, II, pp. 462 ss. In dottrina v. L. Fassina, *La legittimità comunitaria del monopolio assicurativo dell'Inail come spunto di riflessione sui rapporti tra ordinamento comunitario e sistema nazionale di protezione sociale*, in *Arg. dir. lav.*, 2003, p. 253; F. Ferraro, *Il rapporto tra le nozioni di impresa ed ente pubblico nella giurisprudenza comunitaria: una riflessione sulla base della decisione della Corte di Giustizia nel caso Inail-Cisal-Battistello*, in *Riv. it. dir. proc. civ.*, 2002, p. 802; S. Giubboni, *Monopolio dell'Inail e Antitrust: profili di diritto interno e di diritto comunitario*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1999, p. 742; A. Mazziotti, *Normativa europea antitrust ed enti previdenziali*, in *q. Riv.*, 2002, p. 647; O. Bonardi, *Solidarietà versus concorrenza: la Corte di Giustizia si pronuncia a favore del monopolio Inail*, in *Riv. it. dir. lav.*, II, 2002, p. 462.

(54) Cause riunite C-264/01, C-306/01, C-354/01, C-355/01 del 16 marzo 2004.

(55) V. J. M. Binon, *Solidarité et assurance: mariane de coeur ou de raion?*, in *Rev. Marché unique eur.*, 1997, p. 87.

entrare nel merito delle corpose conclusioni alle quali giunge la Corte di Giustizia nei casi citati, basti dire che solo se il sistema funziona secondo il principio di ripartizione può intendersi realizzata una solidarietà di tipo inter-generazionale, distributivo e finanziario: i contributi versati dai lavoratori in attività consentono di finanziare le pensioni dei lavoratori collocati a riposo e realizzano una redistribuzione del reddito tra i più abbienti e i soggetti che, in mancanza di un regime del genere e in ragione dei loro mezzi, risulterebbero privi della necessaria tutela previdenziale e assicurativa; i regimi eccedentari partecipano al finanziamento dei regimi che accusano difficoltà finanziarie strutturali.

Se da questi profili può trarsi una definizione (in positivo) di solidarietà, non mancano gli interventi nei quali sono state precisate (in negativo) le circostanze che non consentono il realizzarsi del principio solidaristico. Il sistema previdenziale-assicurativo che prevede l'erogazione di prestazioni in relazione ai contributi versati e agli investimenti finanziari effettuati dall'ente, e per il quale l'iscrizione non è obbligatoria, funziona secondo un principio di capitalizzazione onde non realizza forme di solidarietà significative. Da qui l'ente gestore, esercitando un'attività economica a condizioni che potrebbero essere altresì garantite da imprese private, si configura come un'impresa ai sensi del diritto della concorrenza. In questi termini la Corte si è espressa nei casi *Fédération française des sociétés d'assurance* (Ffsa) (56), *Albany* (57) e *Pavlov* (58) rilevando che gli enti coinvolti gestivano sistemi di previdenza complementare per i quali esisteva un mercato potenziale, terreno elettivo di applicazione per il diritto della concorrenza e in particolare per le norme che vietano accordi limitativi della concorrenza (art. 81 Tce) o abusi di posizione dominante (art. 82 Tce), salvo immaginare – in base alla loro natura di enti incaricati di svolgere un servizio di interesse economico generale – il beneficio dell'eccezione di cui all'art. 86.2 Tce qualora il diritto della concorrenza osti alla missione a essi conferita.

La riflessione a questo punto si complica per effetto del rinvio all'art. 86.2 Tce quale salvacondotto che consente, anche laddove l'ente sia configurato come impresa, di sfuggire ai tentativi di infiltrazione del diritto della concorrenza entro ambiti di competenza degli Stati membri. Il rinvio all'eccezione di cui all'art. 86.2 Tce apre, infatti, nuove possibilità di risoluzione del conflitto che, nel caso specifico, vede contrapporsi le logiche della libera concorrenza alle forme di intervento pubblico nel mercato, funzionali a garantire il benessere della collettività (59).

(56) Corte di Giustizia Ce 16 novembre 1995, C-244/94, *Racc.*, 1995, p. 4013.

(57) Corte di Giustizia Ce 21 settembre 1999, C-67/96, *Racc.*, 1999, I, p. 5751.

(58) Corte di Giustizia Ce 12 settembre 2000, C-180 e 184/98, *Racc.*, 2000, I, p. 6451.

(59) V. P. Manzini, *L'intervento pubblico nell'economia alla luce dell'art. 90 del Trattato Ce*, in *Riv. dir. int.*, 1995, p. 378. Cfr. P. Fattori, *Monopoli pubblici: articolo 90 del Trattato Ce nella giurisprudenza comunitaria*, in *Mcr*, 1999, p. 129.

Come è noto gli Stati membri possono concedere alle imprese diritti speciali ed esclusivi, ovvero creare monopoli nei limiti di compatibilità con il diritto comunitario (art. 86.1 Tce) (60). L'interpretazione rigida del precetto, diffusasi a partire dalla metà degli anni ottanta e funzionale a ridurre le forme di intervento delle istituzioni nazionali nel mercato, onde garantire la liberalizzazione dei monopoli pubblici (61), vede attenuati i suoi effetti a fronte dell'emersione di una lettura estensiva, proposta dalla Corte di Giustizia, degli ambiti di applicazione dell'eccezione.

Dal tenore letterale dell'art. 86.2 Tce si evince che gli Stati membri possono conferire alle imprese, individuate dallo Stato per la gestione di servizi di interesse economico generale, diritti esclusivi «nella misura in cui restrizioni alla concorrenza, o persino l'esclusione di qualsiasi concorrenza da parte di altri operatori economici, sono necessarie per garantire l'adempimento della specifica funzione attribuita alle imprese titolari dei diritti esclusivi» (62), escludendosi quindi il rinvio ai meccanismi di mercato se pregiudizievoli per diritti e categorie sociali meritevoli di tutela, come i lavoratori e, più in generale, i cittadini. La Corte di Giustizia, nel verificare la compatibilità dei monopoli pubblici ai precetti del diritto della concorrenza, accede a un'interpretazione più generosa dell'eccezione, in virtù della quale, anche laddove non sia in pericolo l'equilibrio finanziario dell'impresa, la sua redditività economica o la sua sopravvivenza, si applica la deroga di cui all'art. 86.2 Tce (63). L'eccezione in parola, pur non coinvolgendo tanto gli interessi di natura sociale quanto, in senso più ampio, l'interesse pubblico nazionale, rappresenta il presupposto necessario affinché le dinamiche del libero mercato vengano sostituite da forme di intervento pubblico

(60) Art. 86.1 Tce: «gli Stati membri non emanano né mantengono, nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi, alcuna misura contraria alle norme del presente trattato».

(61) Non è nostra intenzione ricostruire, in questa sede, l'orientamento altalenante intrapreso dalla Corte di Giustizia e dalle istituzioni comunitarie nei confronti dei monopoli pubblici. Basti dire che, dopo una fase di sostanziale indifferenza delle istituzioni verso le forme di intervento pubblico nell'economia, a partire dalla metà degli anni ottanta si approda a orientamenti più rigidi che sfociano nella cd. teoria dell'abuso automatico: l'impresa titolare del diritto esclusivo è indotta, con il mero esercizio dei diritti esclusivi che le sono attribuiti, a sfruttare abusivamente la sua posizione dominante; comportamento vietato dall'art. 82 Tce. Tra le sentenze più emblematiche in questo senso v. Corte di Giustizia Ce 23 aprile 1991, C-41/90, cit.; Corte di Giustizia Ce 18 giugno 1991, C-260/89 (caso *Ert*), in *Racc. giur. Corte*, 1991, I, p. 2925; Corte di Giustizia Ce 10 dicembre 1991, C-179/90 (caso *Merci convenzionali*), in *Racc. giur. Corte*, 1991, I, p. 5889. L'eccezione sancita dall'art. 86.2 Tce interviene a beneficio degli enti che gestiscono servizi di interesse economico generale quando l'applicazione delle norme sulla concorrenza osterebbe alla missione per la quale sono stati creati. In dottrina v. per tutti la ricostruzione di S. Giubboni, *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale dell'integrazione europea*, Il Mulino, Bologna, 2003, pp. 180 ss.

(62) Ovvero, Corte di Giustizia Ce 19 maggio 1993, C-320/91 (caso *Corbeau*), *Racc.*, 1993, p. 2533.

(63) V. in particolare Corte di Giustizia Ce 27 aprile 1994, C-393/92 (caso *Almelo*), *Racc.*, 1994, p. 1477.

nell'economia, garantendo in questo modo il livello di prestazione pubblica che risulta coesistente agli sviluppi degli assetti costituzionali comunitari, soprattutto in tema di diritti sociali fondamentali (art. 86. 2 Tce) (64). Lo Stato può predisporre sistemi di redistribuzione dei diritti e delle risorse disponibili (si pensi alla disciplina sugli aiuti di Stato o agli incentivi fiscali), oppure istituire monopoli pubblici per garantire il benessere collettivo (65), realizzandosi, in questo modo, una conciliazione tra la presenza dello Stato nell'economia e i precetti di un liberismo *regolato*. Come dire che il modello europeo si è orientato verso un compromesso eclettico, in cui gli elementi di concorrenza e di monopolio si combinano per realizzare modelli complessi (66).

Quanto ai criteri per identificare il servizio di interesse economico generale (67) opera, nel silenzio della norma sul punto, il rinvio alla giurisprudenza comunitaria; la quale, nel verificare se sussistono i presupposti per l'applicabilità della deroga, indaga il contesto entro il quale opera il soggetto coinvolto. In particolare è risultato che l'ente incaricato dell'incontro domanda-offerta di lavoro (68), così come l'ente incaricato della gestione di un fondo previdenziale integrativo (69), svolgono un servizio di interesse economico generale operando all'interno di un mercato potenziale, onde la possibilità che il servizio sia reso anche da imprese private, alle stesse condizioni, è motivo determinante ai fini della riconducibilità dell'ente entro l'alveo dei servizi di interesse economico generale. L'eccezione si giustifica alla luce di ragioni di interesse pubblico o generale, sempre che le limitazioni alla concorrenza risultino necessarie e proporzionali (70) all'adempi-

(64) Art. 86.2 Tce: «le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme del presente trattato, e in particolare alle regole della concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata. Lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi della Comunità».

(65) V. A. Lyon-Caen, *Proposition pour une justification de l'action publique au niveau communautaire*, in A. Lyon-Caen, V. Champeil-Desplats (a cura di), *Services publics et droits fondamentaux dans la construction européenne*, Dalloz, Paris, 2001, p. 92. Cfr. R. Schimdt, *La liberalizzazione dei servizi di interesse generale*, in *Rtdp*, 2003, p. 696.

(66) D. Danet, *Valeurs incorporelles et compétition économique*, De Boeck, Paris, 1998, p. 55.

(67) J. Mertens de Wilmars e H. Nyssens, *Integration européenne et corrections des mécanismes de marché: Un modèle économique et social européen*, in *Melange en l'honneur de G. Farjat*, Frison-Roche, Paris, 1999, p. 557; K. Lenaerts, *Les services d'intérêt économique général et le droit communautaire*, Conseil d'Etat – *Rapport public 2002*, La Documentation Française, Paris, 2002, p. 426.

(68) V. par. 4.2.

(69) Corte di Giustizia Ce 21 settembre 1999, C-67/96 (caso *Albany*), *Racc.*, 1999, p. 5751.

(70) Non v'è dubbio che l'art. 86.2 Tce è espressione del principio di proporzionalità in quanto il servizio di interesse economico generale è sottoposto a un giudizio volto ad attestarne la necessità e adeguatezza rispetto all'obiettivo per il quale è stato introdotto. In questo senso G. Baruffi, *Sub art. 86 Tce*, in F. Pocar (diretto da), *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea*, Cedam, Padova, 2001, p. 452. Vedi inoltre R. Kovar, *Droit communautaire*

della specifica funzione attribuita alle imprese (71).

Le osservazioni che precedono consentono di trarre importanti conclusioni quanto al rapporto conflittuale tra il diritto della concorrenza e i sistemi di previdenza e sicurezza sociale. Anzitutto la qualificazione in termini di impresa degli enti che gestiscono i sistemi di previdenza e di sicurezza sociale non è esclusa *a priori*. Tuttavia, pur in assenza di un'eccezione generale che garantisca il diritto del lavoro da rischiose esposizioni alla razionalità economica degli artt. 81 e seguenti Tce, è legittimo argomentare un reticolo di salvataggio derivante da interpretazioni più puntuali dei precetti di diritto della concorrenza, vuoi dall'eccezione di cui all'art. 86.2 Tce, vuoi infine dalla valorizzazione del principio di solidarietà (72). I sistemi di previdenza e sicurezza sociale identificano un nucleo forte dei diritti della collettività, la cui tutela consente di realizzare fini di giustizia distributiva. Soprattutto alla luce dell'aperturamento comunitario a valori e principi di natura extra-economica, essi dovrebbero perciò rappresentare un limite invalicabile per il diritto comune della concorrenza. La Corte di Giustizia, dimostrando un'attenzione costante ai temi del diritto del lavoro e della politica sociale, ha posto l'accento sulla solidarietà, intendendola come uno dei possibili contrappesi alle dinamiche di mercato incentrate sulla competizione economica; non a caso la portata del principio di solidarietà trova ulteriore conferma e valorizzazione nel *corpus* della Costituzione europea ove viene recepita la Carta dei diritti sociali fondamentali dell'Unione: nella Carta, infatti, il Titolo IV, che introduce importanti diritti individuali e collettivi dei lavoratori, è dedicato espressamente alla solidarietà, la quale, come peraltro testimonia la più avanzata interpretazione del principio solidaristico sancito nella Costituzione italiana, rappresenta un valore chiave nella prospettiva di tutela dei diritti fondamentali (73).

Quanto all'eccezione introdotta dall'art. 86.2 Tce, l'analisi si arricchisce di

*et service public: esprit d'orthodoxe ou pensée laïcisée*, in *Rtde*, 1996, p. 215.

(71) Corte di Giustizia Ce 21 marzo 1974, C-127/73, *Racc.*, 1974, p. 313; Corte di Giustizia Ce 17 luglio 1997, C-242/95, *Racc.*, 1997, p. 4443; Corte di Giustizia Ce 23 ottobre 1997, C-157/94, *Racc.*, 1997, p. 5699.

(72) In questa prospettiva si pone un caso affrontato dal Tribunale di Prima Istanza (T-319/99, 4 marzo 2003, *Cmlr*, 2003, 34) dal quale risulta che gli enti che gestiscono il sistema ospedaliero spagnolo non sono imprese ai sensi del diritto della concorrenza poiché «funzionano conformemente al principio di solidarietà sotto il profilo delle modalità di finanziamento attraverso oneri sociali e altri contributi statali, nonché della prestazione gratuita di servizi ai loro iscritti sulla base di una copertura universale».

(73) Sui rapporti tra diritti fondamentali e principio di solidarietà vedi per tutti L. Mengoni, *Fondata sul lavoro: la Repubblica tra diritti inviolabili e doveri inderogabili di solidarietà*, Jus, 1998, pp. 45 ss. Cfr. S. Sciarra, *Diritti sociali. Riflessioni sulla Carta europea dei diritti fondamentali*, in *Arg. dir. lav.*, 2001, p. 405, che pone in luce, indagando la Carta di Nizza nella parte intitolata alla solidarietà, «la natura reticolare della solidarietà europea: debole in taluni suoi presupposti ma pronta a diffondersi e fortificarsi in molte direzioni se a essa il legislatore saprà fornire il necessario sostegno».



un profilo di estrema rilevanza poiché pone in luce la tutela di un diritto fondamentale come possibile ragione giustificativa di una limitazione del diritto della concorrenza. In altri termini emergerebbe, in questa prospettiva, il nesso tra la presenza pubblica nel mercato e la dimensione applicativa dei diritti fondamentali, per la tutela dei quali non è affatto sufficiente la proclamazione normativa, essendo viceversa necessaria la predisposizione di strumenti in grado di garantirne in concreto l'esercizio (74). La giurisprudenza degli Stati membri è di frequente intervenuta, dinanzi ai processi di liberalizzazione dei monopoli pubblici, proponendo il mantenimento del diritto speciale o esclusivo per fini di tutela di un diritto fondamentale (75). E in questa luce potremmo quindi collocare anche gli interventi della Corte di Giustizia in materia di servizi di interesse generale.

Pur se la riflessione procede lungo un percorso ancora in via di definizione, pare quindi decisiva la prospettiva che riconosce nella giuridificazione dei diritti fondamentali il principale limite al diritto comunitario della concorrenza (76); prospettiva che trova conferma nella Carta di Nizza, recepita nella Costituzione europea sottoscritta a Roma il 29 ottobre 2004, ove si stabilisce che l'Unione riconosce e rispetta l'accesso ai servizi di interesse economico generale introdotti dalle legislazioni e pratiche nazionali, compatibilmente con il dettato comunitario e al fine di promuovere la coesione sociale e territoriale (77). Di qui la necessità, come altri osserva, di promuovere i diritti fondamentali come strumenti di garanzia dell'autonomia dei sub-sistemi sociali rispetto alle logiche pervasive dell'economia (78). Come dire che i diritti fondamentali assumono le vesti di «guardiani dell'autonomia dei singoli sub-sistemi sociali dal dominio dell'economia» (79).

4.2. — *Il collocamento pubblico: funzionalità e limiti di un modello monopolistico* — Il collocamento pubblico nasce in Italia, e nei paesi europei a cd.

(74) In questo senso N. Bruun, J. Hellsten, *Collective Agreements and Competition Law in the EU, The Report of the Colcom-project*, Pub. Copenhagen, 2001, p. 10, ove si riconosce che i monopoli pubblici si giustificano anche alla luce di *social reasons* come dimostrato, tra gli altri, nel caso Corte di Giustizia Ce 21 settembre 1999, C-124/97.

(75) V. Corte Cost. italiana del 13 giugno 1988, n. 826; Corte Cost. tedesca del 4 novembre 1986, n. 411.

(76) In questo senso si esprime A. Lyon-Caen, *Propositions pour une justification de l'action publique au niveau communautaire*, in A. Lyon-Caen, V. Campheil-Despals (a cura di), *Services publics et droits fondamentaux dans la construction européenne*, Dalloz, Paris, 2001, p. 92.

(77) Si veda Conseil d'Etat – *Rapport Public 2002*, ed. Documentation Française, Paris, 2002, p. 428.

(78) D. Grimm, *Autonomia e libertà. Riflessioni sulla tutela dei diritti fondamentali e la «commercializzazione»*, trad. it. di A. Zei, Nomos, 2001, p. 12.

(79) G. Resta, *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità (note a margine della Carta dei diritti)*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 805; cfr. S. Rodotà, *The Charter of Fundamental Rights*, Zsr, 2001, pp. 7 ss.

tradizione «*étatiste*», come antidoto ai marcati squilibri tra domanda e offerta di lavoro (80). La necessità di interventi regolatori esterni, a fronte delle imperfezioni dei mercati, si è manifestata anche nella scelta dei legislatori di adottare un modello monopolistico per l'incontro tra domanda e offerta di lavoro. Soprattutto in Italia il collocamento sorge su talune opzioni di politica del diritto, di taglio eminentemente garantistico e non discriminatorio, che si rivelano da qualche tempo inadeguate dinanzi ai nuovi scenari socio-economici che caratterizzano il mercato sovranazionale (81).

La gestione pubblica del collocamento si presentava come scelta razionale e necessaria per porre rimedio alla situazione di debolezza contrattuale tipica del lavoratore, secondo la *ratio* prevalente – ma non esclusiva – del diritto del lavoro. Il collocamento si poneva, peraltro, come strumento di affermazione dell'autorità nazionale, ovvero meccanismo attraverso il quale lo Stato pretendeva di guidare e orientare il mercato del lavoro: in questa prospettiva, riconoscendo che il fattore lavoro non può essere parificato a una merce, si esigevano divieti di intermediazione e interposizione, escludendo o limitando fortemente il ruolo delle agenzie di collocamento privato sia per fini di tutela che per una strategia di razionalizzazione dei processi di produzione capitalista, oltre che di difesa delle prerogative pubbliche degli Stati (82).

La situazione delineata è tuttavia da tempo oggetto di profondi mutamenti, che derivano vuoi da una sorta di generale «indebolimento» del ruolo pubblico nel mercato, vuoi da processi di industrializzazione che adottano nuove tecniche produttive e nuovi meccanismi di organizzazione del lavoro, ma soprattutto a causa dell'apertura dei mercati oltre i confini nazionali e comunitari. Il collocamento pubblico subisce inevitabilmente la riduzione significativa delle prerogative statali che ostacolavano l'integrazione e l'armonizzazione dei mercati del lavoro dei diversi Stati membri, ponendosi, quindi, come fattore distonico rispetto alle dinamiche concorrenziali su scala sovranazionale. La legittimazione di nuovi modelli negoziali e l'approdo a una legislazione più incline alla tutela del

(80) Come altri ha scritto, il collocamento, «imposto dallo squilibrio tra domanda e offerta di lavoro, esprime la necessità elementare di infrangere le prime forme di concorrenza tra i lavoratori» oltre a porsi come «rottura libera scelta nell'avviamento ed equa ripartizione delle occasioni di lavoro date, ma, ben presto, anche come supporto essenziale della lotta per il lavoro contro le discriminazioni operate ancora più a monte, nella unilaterale determinazione della struttura occupazionale», L. Mariucci, *Collocamento e tutela del contraente debole: riflessioni alla luce della legge 11 marzo 1970*, n. 83, in *q. Riv.*, 1974, f. 4, p. 4.

(81) G. Ricci, *Il controverso rapporto fra principi comunitari della concorrenza e normative nazionali del lavoro: il caso Job Centre*, in *Dir. rel. ind.*, 1998, p. 146.

(82) V. M. Tiraboschi, *Lavoro temporaneo e somministrazione di manodopera*, Giappichelli, Torino, 1999, p. 131. Per una comparazione delle diverse esperienze entro e fuori il contesto europeo vedi A. Lassandari, *Le «agenzie» di collocamento nel diritto internazionale, comunitario e comparato europeo: elementi di disciplina; modelli di intervento*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 1999, pp. 167 ss.

mercato anziché dei lavoratori conduce verso una sorta di liberalizzazione *tout court* che investe i sistemi socio-economici e le forme di regolazione dei mercati nella loro globalità. Come dire che la globalizzazione si riflette nei processi di incontro tra domanda e offerta di lavoro, accentuando l'incapacità dei governi nazionali di organizzare e controllare il mercato del lavoro. Non a caso, allora, il monopolio del collocamento ha subito pesantemente l'influenza del diritto della concorrenza, tanto da essere ricondotto – secondo il giudizio della Corte di Giustizia – entro l'alveo delle attività economiche e stigmatizzato per l'inefficienza dimostrata dai modelli pubblicistici di incontro tra domanda e offerta di lavoro introdotti dagli ordinamenti nazionali.

Nei più noti casi *Macrotron* e *Job Centre II* (83) il ragionamento della Corte di Giustizia può riassumersi nei seguenti termini: l'ente pubblico che gestisce il collocamento è impresa in quanto esercita un'attività economica; l'impresa beneficia di un diritto esclusivo attribuitole dallo Stato, onde è collocata in posizione monopolistica sul mercato; l'abuso di posizione dominante, vietato dall'art. 82 Tce, si realizza perché l'impresa non è in grado di offrire il servizio secondo i canoni economici dell'efficienza; l'inefficienza si traduce in un danno per la concorrenza e al contempo per i fruitori del servizio, in particolare per i lavoratori. In questa prospettiva emerge una sorta di giudizio «nel merito» del collocamento pubblico, al fine di attestare il funzionamento corretto ed efficiente del servizio (84). La Corte immagina, quindi, un mercato potenziale dell'incontro tra domanda e offerta di lavoro, in ragione del quale il diritto della concorrenza impone la liberalizzazione del sistema e la sua apertura alla concorrenza, a prescindere da ogni considerazione in ordine alla funzione sociale del collocamento

(83) Rispettivamente Corte di Giustizia Ce 23 aprile 1991, C-41/90, in *Racc. giur. Corte*, 1991, I, p. 1979; Corte di Giustizia Ce 11 dicembre 1997, C-55/96, in *Racc. giur. Corte*, 1997, I, p. 7119. In dottrina E. Ales, *Macrotron II, ovvero la Corte di giustizia «abroga» il monopolio pubblico del collocamento*, in *Dir. lav.*, 1998, II, p. 93; F. Capelli, *La Corte di giustizia Ce riconosce l'illegittimità del monopolio italiano di collocamento della manodopera*, in *Mass. giur. lav.*, 1998, p. 56; F. D'Harmant, *Collocamento e diritto comunitario: alcune riflessioni*, in *Dir. lav.*, 1994, II, p. 111; Idem, *L'ordinamento italiano del collocamento ed il diritto europeo: brevi note*, in *Mass. giur. lav.*, 1995, p. 694; L. Di Via, *La sentenza «Job Centre II» tra controllo sull'efficienza del servizio e applicazione delle regole di concorrenza al mercato del lavoro*, in *Foro it.*, 1998, IV, c. 247; V. Filì, *Il collocamento italiano torna avanti alla Corte di Giustizia*, in *Lav. giur.*, 2000, p. 752; R. Foglia, *La Corte di Giustizia e il collocamento pubblico: è opportuno un nuovo intervento del giudice comunitario o del legislatore nazionale?*, in *Arg. dir. lav.*, 1998, p. 539; G. Meliàdò, *L'abolizione del monopolio pubblico del collocamento: una morte annunciata*, in *Foro it.*, 1998, c. 41; P. Ichino, *La fine del regime italiano di monopolio statale dei servizi di collocamento*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1998, p. 228; G. A. Petraccone, *Impresa a finalità sociali e norme sulla concorrenza*, in *Rde*, 1995, p. 80; M. Roccella, *Mercato del lavoro e lotta ai monopoli: appunti sulla giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1995, I, p. 10.

(84) Sui profili di inefficienza dei servizi di interesse economico generale v. in particolare F. Ferraro, *Efficienza dei servizi di interesse economico generale*, in *Dpce*, 2002, p. 376. Sull'inefficienza del monopolio del collocamento, che si traduce in un danno per i lavoratori e i datori di lavoro, si sofferma G. G. Balandi, *Diritto del lavoro e diritto della concorrenza tra conflitto e cooperazione alla periferia del tema*, in *Studi in onore di Giorgio Ghezzi*.

pubblico e ai meccanismi solidaristici e di tutela dei quali si compone. Come dire che è prevalso il giudizio sull'*inefficienza del monopolio* anziché quello sulla *funzione sociale* a esso assegnata. La gestione monopolistica del collocamento, oltre a porsi come meccanismo inefficiente secondo i postulati economici, non soddisferebbe il bene collettivo. Ciò significa che il giudizio *ex post* sul funzionamento del sistema trova conferma in un giudizio di razionalità strumentale, relativo alla scarsa capacità del collocamento pubblico di soddisfare il fine per il quale è stato creato. Se la solidarietà distributiva non si realizza in concreto, il monopolio deve lasciare spazio alle logiche di mercato che possono risultare più efficienti anche rispetto alle tutela degli interessi dei lavoratori (85). Il condizionale è, tuttavia, d'obbligo, nel senso che si discute di un mercato, quale il mercato del lavoro, caratterizzato da forti asimmetrie informative, destinate, probabilmente, a moltiplicarsi a seguito di un'apertura incondizionata alle dinamiche della libera concorrenza.

Il percorso seguito ci consegna, quindi, conclusioni dubitative circa la razionalità delle soluzioni adottate in merito all'incontro tra le due «famiglie» – il diritto del lavoro e il diritto della concorrenza – costrette a coabitare ciascuna «con una propria storia e con i suoi propri valori fondativi» (86). Il conflitto è la forma preponderante nella quale si sono espresse siffatte interazioni, ma non può invero escludersi che i diritti dei lavoratori possano realizzarsi anche a fronte di logiche prettamente concorrenziali. Se per un verso l'intervento della Corte di Giustizia sul collocamento è risultato particolarmente invasivo, soprattutto perché manca qualsiasi riferimento alla valenza sociale insita nella gestione in forma monopolistica, per altro verso l'evoluzione dei mercati e le richieste di flessibilizzazione dei sistemi giuslavoristici hanno reso necessaria un'apertura del mercato del lavoro alla competizione. Peraltro, il ruolo pubblico nei processi di incontro domanda-offerta di lavoro permane, anche se in forma ridotta, in capo

(85) In questo senso si esprime la dottrina che vede in *Job Centre II* e *Macrotron* l'espressione inequivocabile dell'orientamento della Corte di Giustizia: le sentenze sono funzionali ad «assicurare un servizio efficace ai lavoratori e alle loro imprese» promuovendo una liberalizzazione del collocamento che non si rivela affatto contraria agli obiettivi sociali della costruzione europea. In questa prospettiva v. F. Baron, *Marché intérieur et droit social dans l'Union européenne*, Puam, Provence, 1998, p. 518. *Contra* la dottrina che interpreta le decisioni della Corte in tema di collocamento pubblico nel senso di irruzioni del diritto della concorrenza in ambiti regolati esclusivamente dal diritto del lavoro e tali da rendere «d'ora in poi difficoltosa ogni politica nazionale dell'occupazione», G. Lyon-Caen, A. Lyon-Caen, *Droit social international européen*, Dalloz, Paris, 1993, p. 261. Cfr. M. Roccella, *Il caso Job Centre II: sentenza sbagliata, risultato (quasi) giusto*, in q. Riv., 1998, II, p. 27. Cfr. S. Sciarra, *Job Centre: An Illustrative Example of Strategic Litigation*, in Aa.Vv. (a cura di), *Labour Law in The Courts. National Judges and the European Court of Justice*, Portland, Oxford, 2001, p. 241.

(86) S. Sciarra, *Diritto del lavoro e regole della concorrenza in alcuni casi esemplari della Corte di giustizia europea*, in *Dml*, 2000, p. 590. Cfr. F. Liso, *Ragionamenti de iure condito e de iure condendo per una nuova politica del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1995, p. 186.

alle strutture pubbliche che offrono servizi per l'impiego. Onde può dirsi che l'apertura alla concorrenza è positiva nella misura in cui risulta accompagnata da opportuni meccanismi di tutela dei lavoratori e di controllo degli operatori privati (87).

4.3. — *Aiuti di Stato e creazione dell'occupazione* — La disciplina sulla concorrenza contenuta nel Trattato si compone di due sezioni, l'una rivolta alle imprese, l'altra finalizzata a disciplinare gli aiuti concessi dagli Stati alle imprese, trattandosi di fattispecie che possono tradursi in forme distorsive della concorrenza nel mercato. In particolare l'art. 87.1 Tce ritiene «incompatibili con il mercato comune, nella misura in cui incidano sugli scambi tra Stati membri, gli aiuti concessi dagli Stati, ovvero mediante risorse statali, sotto qualsiasi forma che, favorendo talune imprese o talune produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza». Secondo l'orientamento giurisprudenziale prevalente gli aiuti di Stato si intendono alla stregua di «interventi che, in varie forme, alleviano gli oneri che normalmente gravano sul bilancio di un'impresa e che, di conseguenza, senza essere sovvenzioni in senso stretto, ne hanno la stessa natura e producono identici effetti» (88). Si tratta, in altri termini, di tutte quelle misure poste in esse-

(87) Sulla necessità di predisporre un sistema di controlli degli operatori privati che gestiscono l'incontro domanda-offerta di lavoro v. in particolare S. Sciarra, *The evolution of labour law (1992-2003) General Report Final Draft*, 2004. Come altri osserva «l'apertura ai privati di funzione di gestione del mercato del lavoro non impedisce al legislatore comunitario e nazionale di imporre quella garanzia di equità, imparzialità, e parità di trattamento che racchiudono i valori un tempo affidati al monopolio pubblico», G. G. Balandi, *Diritto del lavoro e diritto della concorrenza tra conflitto e cooperazione: prima ricognizione alla periferia del tema*, in *Studi in onore di Giorgio Ghezzi*. Pur se non è questa la sede per approfondire il tema, vale tuttavia porre l'attenzione sul fatto che, se da un lato il legislatore ha intrapreso percorsi volti a liberalizzare i servizi legati all'incontro domanda-offerta di lavoro, dall'altro si assiste a un processo di valorizzazione del ruolo degli enti bilaterali che si pongono, nel mercato, in una posizione fortemente oligopolistica per effetto delle funzioni loro attribuite dalla legge delega n. 30 del 2003 e dal successivo d.lgs. n. 276/03. In questo senso v. in particolare L. Mariucci, *Interrogativi sugli enti bilaterali*, in *Lav. dir.*, 2003, p. 163; Idem, *I molti dubbi sulla cd. riforma del mercato del lavoro*, in *Lav. dir.*, n. 1, 2004, p. 7.

(88) Corte di Giustizia Ce 1° dicembre 1998, C-200-97 (caso *Ecotrade*), *Racc.*, 1999. L'aiuto di Stato può configurarsi a fronte dell'erogazione di denaro pubblico, di esenzioni fiscali, di aiuti all'esportazione o di prestiti a tasso agevolato. In giurisprudenza Corte di Giustizia Ce 14 novembre 1984, C-323/82 (caso *Intermills*), *Racc.*, 1984, p. 3809; Corte di Giustizia Ce 26 settembre 1996, C-241/94 (caso *Francia/Commissione*), *Racc.*, 1996, p. 4551. In dottrina v. M. Ricci, *Il controverso rapporto fra principi comunitari della concorrenza e normative nazionali del lavoro: il caso Job Centre II*, in *Dir. rel. ind.*, n. 2, 1998, p. 145; G. Sandulli, *L'Unione europea si pronuncia sui contratti di formazione e lavoro*, in *Lav. giur.*, 1999, p. 38; Idem, *Gli aiuti di Stato al vaglio della Commissione Ce*, in *Dir. lav.*, 2000, p. 150; F. Ferraro, *Contratti di formazione e lavoro e aiuti di Stato all'occupazione*, in *Dir. com. sc. int.*, 2000, p. 367; G. Pinna, *Sub art. 87 Tce*, in Pocar (diretto da), *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione Europea*, Cedam, Padova, 2001, p. 460; M. Tiraboschi, *Incentivi alla occupazione, aiuti di Stato, diritto comunitario della concorrenza*, Giappichelli, Torino, 2002; Vallebona, *Contratti di formazione e lavoro: riduzione dell'obbligo contributivo e divieto comunitario di aiuti di Stato*, in *Mass. giur. lav.*, 2002, p. 461; M. Delfino, *Gli interventi comunitari in materia di contratti di formazione e lavoro fra diritto della concorrenza e politiche sociali*, in *Dml*, 2003, p. 167; A. Morrone, *Il nuovo regolamento comunitario in materia di aiuti di Stato a favore dell'occupazione*, in

re dallo Stato o da organismi statali che si traducono in un vantaggio patrimoniale, soprattutto nei termini di una riduzione di costi da imputare al bilancio delle imprese, a prescindere dalla forma utilizzata, dallo scopo (89) e dall'istituzione che le eroga (90). Per vero le fattispecie di aiuti vietati dall'art. 87.1 Tce presentano l'ulteriore requisito caratterizzante identificato nella selettività: il provvedimento statale deve arrecare un vantaggio patrimoniale a talune, ma non a tutte, le imprese o le produzioni, traducendosi in un'alterazione della concorrenza nel mercato; in caso contrario, laddove si tratti di una misura di carattere generale, non trova applicazione la disciplina sugli aiuti di Stato configurandosi, viceversa, quel provvedimento come atto di politica generale che esplica i suoi effetti nei confronti di tutte le imprese. Il legislatore comunitario, oltre a sancire il divieto, introduce talune deroghe in ragione delle quali gli aiuti risultano compatibili con il mercato comune (art. 87.2 Tce) (91) oppure sono compatibili se sussistono determinate condizioni (art. 87.3 Tce) (92). Anche in materia di aiuti di Stato il legislatore comunitario ha quindi fatto ricorso alla tecnica regola-eccezione nel tentativo di garantire una sfera immune dalle norme sulla concorrenza quando sono in gioco interessi altri legati a obiettivi occupazionali e, in una prospettiva più ampia, sociali.

Ciò nonostante non sono mancati casi di conflitto tra norme che possono ricon-

*Lav. giur.*, 2003, pp. 114 ss.

(89) La giurisprudenza maggioritaria sostiene che il carattere sociale degli interventi statali, e in senso più ampio il fine che intendono realizzare, non è sufficiente per sottrarli alla qualifica di aiuti vietati ai sensi dell'art. 87.1 Tce poiché il disposto normativo non introduce alcuna distinzione in relazione alla causa o allo scopo dell'aiuto definendolo, viceversa, esclusivamente in funzione degli effetti prodotti nel mercato. Si veda in particolare Corte di Giustizia Ce 15 marzo 1994, C-387/92 (*Banco de credito*), *Racc.*, 1994, p. 877; Corte di Giustizia Ce 26 settembre 1996, C-241/94, cit.

(90) L'aiuto può concretizzarsi a fronte dell'impiego di qualsiasi risorsa di origine pubblica. V. M. Tiraboschi, *Incentivi all'occupazione, aiuti di Stato, diritto comunitario della concorrenza*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 79; K. Bacon, *The concept of State Aid: the developing jurisprudence in the European and UK Courts*, in *Eclr*, 2003, p. 54.

(91) L'art. 87.2 introduce gli aiuti compatibili con il mercato comune. Si tratta, ad esempio, di aiuti a carattere sociale concessi ai singoli consumatori, a condizione che vengano accordati senza discriminazioni derivanti dall'origine dei prodotti; di aiuti destinati ai danni arrecati dalle calamità naturali oppure da altri eventi eccezionali; di aiuti concessi all'economia di determinate regioni della Repubblica federale di Germania.

(92) L'art. 87.3 Tce individua alcune fattispecie che, in taluni casi, possono rientrare nelle ipotesi di aiuti legittimi; in particolare «gli aiuti destinati a favorire lo sviluppo economico delle regioni ove il tenore di vita sia anormalmente basso oppure si abbia una grave forma di disoccupazione; gli aiuti destinati a promuovere la realizzazione di un importante progetto di comune interesse europeo oppure a porre rimedio a un grave turbamento dell'economia di uno Stato membro; gli aiuti destinati ad agevolare lo sviluppo di talune attività o di talune regioni economiche sempre che non alterino le condizioni degli scambi in misura contraria al comune interesse; gli aiuti destinati a promuovere la cultura e la conservazione del patrimonio, quando non alteri le condizioni degli scambi e della concorrenza della Comunità in misura contraria all'interesse comune; le altre categorie di aiuti, determinate con decisione del Consiglio, che delibera a maggioranza qualificata su proposta della Commissione».

dursi al rapporto articolato tra il diritto comunitario della concorrenza e il diritto del lavoro degli Stati membri. In particolare, con la decisione della Commissione n. 2000/128/Ce dell'11 maggio 1999 si formalizza l'atto di accusa contro lo Stato italiano per la concessione di aiuti illegittimi ai sensi dell'art. 87 Tce. Oggetto del provvedimento sono gli sgravi contributivi concessi alle imprese che stipulavano i contratti di formazione e lavoro; la riduzione contributiva veniva diversamente calcolata in relazione alla zona geografica nella quale aveva sede l'impresa, al settore di appartenenza e alla situazione occupazionale del territorio. Lo Stato italiano presenta ricorso contro la decisione della Commissione europea che impone la restituzione degli aiuti erogati ma la Corte di Giustizia, nella causa C-310/99 (93), rigetta il ricorso confermando il parere della Commissione sull'illegittimità dell'aiuto. Gli sgravi contributivi sono aiuti legittimamente concessi solo se riguardano «la creazione di nuovi posti di lavoro nell'impresa beneficiaria a favore di lavoratori che non hanno ancora trovato un impiego o che hanno perso l'impiego precedente» e qualora si tratti dell'assunzione di «lavoratori che incontrano difficoltà specifiche a inserirsi o a reinserirsi nel mercato del lavoro». Non possono trovare applicazione le deroghe di cui all'art. 87.2 e 87.3 Tce poiché gli sgravi contributivi non sono né limitati alle aree dove il tenore di vita è anormalmente basso o vi è un tasso particolarmente grave di disoccupazione, né ridotti nel tempo e decrescenti o destinati a superare svantaggi di natura strutturale.

Se è pur vero che le scelte dello Stato italiano, in materia occupazionale, sono state valutate alla luce delle dinamiche del mercato di dimensioni transnazionali, al fine di ricercarne i profili di legittimità, proporzionalità ed efficienza (94), vale altresì rilevare che la Corte di Giustizia non pone in stato di accusa la disciplina nazionale sui contratti di formazione e lavoro, e tanto meno la concessione di uno sgravio contributivo di cui sono destinatarie in modo indifferenziato le imprese che operano nel territorio nazionale. Invero, ciò che deve essere impedito è la concessione di misure statali che, oltre a riflettersi in forme distorsive della

(93) Corte di Giustizia Ce 7 marzo 2002, C-310/99 (caso *Repubblica Italiana/Commissione*), in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, p. 435. V. inoltre Corte di Giustizia Ce 1° aprile 2004, C-99/02, quale intervento che conclude la lunga controversia che ha visto contrapporsi il governo italiano alla Commissione europea. La Corte di Giustizia, confermando le osservazioni della Commissione nella decisione dell'11 maggio 1999, dichiara che la Repubblica italiana, non avendo adottato entro i termini prescritti tutte le misure necessarie per recuperare presso le imprese beneficiarie gli aiuti illegittimamente concessi, è venuta meno agli obblighi imposti dalla decisione n. 2000/128. Per un primo commento alla sentenza v. B. Angiello, *Nuova condanna dell'Italia in ordine agli sgravi contributivi concessi per contratti di formazione e lavoro*, in *Mass. giur. lav.*, 2004, n. 8/9, p. 624.

(94) V. in particolare Corte di Giustizia Ce 7 maggio 1998, C-52, 53 e 54/97 (caso *Ente poste italiane*), in *q. Riv.*, 1999, p. 497, con nota di A. Allamprese, *Aiuti di Stato e Corte di Giustizia: osservazioni a partire dal caso Ente poste italiane*. Vedi inoltre M. Barbera, *Dopo Amsterdam. I nuovi confini del diritto sociale comunitario*, cit., p. 65; A. Alaimo, *Deroghe alle tutele del lavoro e diritto comunitario della concorrenza*, in *Dml*, 1999, p. 126.

concorrenza, risultino incapaci di realizzare il fine per il quale erano state create. La questione sollevata dalla Commissione sui contratti di formazione e lavoro ha una forte incidenza, manifestandosi in un quadro socio-economico, quale il mercato del lavoro italiano, dove il ricorso a un sistema di aiuti all'occupazione sotto forma di agevolazioni fiscali e contributive si è tradotto, negli anni, in un'estensione indifferenziata degli incentivi. Da qui si assiste a una riduzione generalizzata del costo del lavoro, non accompagnata da effettivi aumenti nell'occupazione, che si traduce nei termini di una politica protezionistica del mercato nazionale.

Tale processo, che conduce all'interferenza del diritto della concorrenza sul diritto del lavoro, si spiega con l'assenza di un quadro trasparente di incentivi pubblici alle imprese, caratterizzato per equità e coerenza rispetto alle finalità dichiarate dalle singole misure (95). Peraltro, negli orientamenti della Commissione in materia di aiuti all'occupazione, si riconosce che l'influenza del dettato comunitario nelle prerogative degli Stati membri in tema di politiche occupazionali non si traduce in una contestazione della sovranità degli Stati membri, quanto in un indirizzo verso regimi di aiuti che favoriscano l'occupazione e garantiscano l'efficienza economica. In altre parole le istituzioni comunitarie intendono promuovere un *level playing field* tra le imprese che operano nel mercato comunitario attraverso interventi volti a regolare il mercato stesso, garantendo il compromesso costante tra esigenze economiche e finalità sociali. Ne discende che gli interventi della Commissione e della Corte di Giustizia sono funzionali a definire i limiti dell'intervento pubblico nell'economia, al fine di impedire forme occulte di sostegno a imprese improduttive, che si traducono in modelli assistenzialistici privi di giustificazioni economiche e, nel lungo periodo, lesivi degli stessi interessi dei soggetti coinvolti (96).

5. — *Il contratto collettivo: verso il superamento del modello regolazione-eccezione* — Nell'ambito delle complesse interazioni tra integrazione europea, concorrenza e tutela dei diritti sociali, la tesi che ravvisa nel contratto collettivo un'intesa limitativa della libera concorrenza tra imprese merita una particolare attenzione per le conseguenze che una simile visione del fenomeno sindacale po-

(95) M. Tiraboschi, *Aiuti di Stato e contratti di formazione e lavoro nella decisione della Corte di Giustizia del 7 marzo 2002: sentenza annunciata, risultato giusto*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, p. 435.

(96) M. D'Antona, *Il diritto del lavoro nella Costituzione e nell'ordinamento comunitario*, in *q. Riv.*, n. 3, 1999, p. 19. V. inoltre G. G. Balandi, *Diritto del lavoro e diritto della concorrenza tra conflitto e cooperazione: prima ricognizione alla periferia del tema*, in *Studi in onore di Giorgio Ghezzi*, secondo il quale gli aiuti di Stato non oppongono «socialità» a «concorrenza» ma si traducono nell'esigenza di un «coordinamento a dimensione comunitaria che ha come obiettivo un equilibrio ampio, nel quale il contrasto alla disoccupazione non si trasformi in mero trasferimento della stessa».



trebbe comportare nel confronto tra diritto del lavoro e diritto della concorrenza.

Il contratto collettivo limita, di fatto, l'autonomia individuale delle parti, sostituendosi al libero gioco del mercato nell'incontro tra domanda e offerta di lavoro e correggendo condizioni altrimenti determinate sulla base delle mere dinamiche concorrenziali. In altre parole, con l'istituzionalizzazione di un sistema di relazioni collettive, l'ordinamento giuridico consapevolmente rifiuta il modello della concorrenza perfetta – che viceversa promuove l'assenza di qualunque istituzione, come il sindacato, e di qualunque forma di regolazione esterna del mercato – a favore di un regime di concorrenza imperfetta. Tuttavia, mentre la regolazione della concorrenza tra i lavoratori per effetto del contratto collettivo viene generalmente accettata (97), a diverse conclusioni si giunge laddove lo strumento collettivo si rifletta direttamente o indirettamente in una limitazione della concorrenza tra le imprese nel mercato dei beni e servizi, con conseguente danno per i consumatori o utenti (98). In questa prospettiva si collocano le tensioni emerse nell'ordinamento comunitario tra gli strumenti di contrattazione collettiva e la disciplina sulla concorrenza. Risultano quindi inevitabili, come confermano gli interventi della Corte di Giustizia sul tema, le tensioni, se non il conflitto, tra le ragioni della competizione economica e le esigenze di tutela degli interessi collettivi dei lavoratori. A parte il caso *Bosman* (99), che si ferma ai preliminari di una possibile invasione di campo del diritto della concorrenza nel dominio del diritto del lavoro, sono le sentenze del 21 settembre 1999 (100) a

(97) Come rileva Ichino, *Lezioni di diritto del lavoro. Un approccio di labour law and economics*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 164, «nell'ordinamento comunitario la tutela della concorrenza assume un rilievo per così dire costituzionale soltanto in riferimento al mercato dei beni, dei servizi, 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».

(98) P. Ichino, *Contrattazione collettiva e antitrust: un problema aperto*, in *Mcr*, 2000, p. 639; Idem, *Lezioni di diritto del lavoro*, 2004, p. 160. Cfr. L. Di Via, *Sindacati, contratti collettivi e antitrust*, in *Merc. conc. reg.*, 2000, p. 279; M. Pallini, *Il rapporto problematico tra diritto della concorrenza e autonomia collettiva nell'ordinamento comunitario e nazionale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2000, II, p. 225.

(99) Nel caso *Bosman* (Corte di Giustizia Ce 15 dicembre 95, C-415-93, *Racc.*, 1995, I, 4921), la Corte valuta la compatibilità delle norme, emanate dalla *Fifa* e dall'*Uefa*, che prevedevano l'erogazione di un'indennità nel caso il calciatore fosse trasferito ad altra società calcistica. Nei fatti si tratta di provvedimenti normativi che ostacolano la libera circolazione dei lavoratori quando le società si trovano in Stati membri diversi, da cui la violazione dell'art. 39 Tce. Pur se la Corte non entra nel merito di una possibile violazione dell'art. 81 Tce, alcune delle associazioni coinvolte sollevano la presunta incompatibilità dell'accordo in quanto configurante una decisione tra imprese vietata dal diritto della concorrenza, onde dovrebbe applicarsi l'eccezione introdotta dalla giurisprudenza americana per effetto della quale i contratti collettivi che vertono sulle condizioni di lavoro e sul salario sono esenti dalla norma *antitrust*. Invero l'assunto non trova applicazione prevalendo le conclusioni dell'Avvocato generale: l'accordo oggetto della causa non è un contratto collettivo onde non ricorrono i presupposti di applicazione dell'eccezione giurisprudenziale.

(100) Trattasi dei casi *Albany*, *Bretjens Handelsonderneming* e *Maatschappij Drjvende Bok-*

mettere in luce la pervasività sistematica del diritto della concorrenza, capace di interferire fino al cuore pulsante del diritto del lavoro.

Come è noto, oggetto della controversia è la riconducibilità del contratto collettivo nell'alveo degli accordi vietati dall'art. 81 Tce, in quanto limitativi della concorrenza nel mercato comune. Un'impresa, iscritta a un fondo pensionistico, rifiuta di versare i contributi dovuti invocando una violazione del dettato comunitario a opera di un accordo collettivo, efficace *erga omnes*, istitutivo di un fondo obbligatorio di categoria nel sistema pensionistico complementare olandese. La Corte deve anzitutto verificare la conformità del contratto collettivo istitutivo di un fondo pensionistico all'art. 81.1 Tce e, in secondo luogo, deve chiarire se le norme del Trattato «ostino alla decisione delle autorità pubbliche di rendere obbligatoria, su domanda delle organizzazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori, l'iscrizione a un fondo pensione di categoria». La Corte avrebbe potuto risolvere la questione con una certa facilità, posto che l'organizzazione sindacale stipulante l'accordo collettivo non è qualificabile come impresa ai sensi del diritto comunitario, onde viene meno il presupposto soggettivo di applicazione delle norme di cui al Titolo VI del Trattato (101). Di segno diverso sono invece le conclusioni argomentate dall'organo giurisdizionale, volte a sottolineare l'introduzione, nel tessuto normativo del Trattato, di «un regime inteso a garantire che la concorrenza non sia falsata sul mercato interno», nonché a promuovere «uno sviluppo armonioso ed equilibrato delle attività economiche» contestuale a «un elevato livello di occupazione e di protezione sociale»; di conseguenza il contratto collettivo, quale strumento che realizza finalità di politica sociale (il miglioramento delle condizioni di lavoro e dei salari), deve essere valorizzato nella misura più consona all'obiettivo perseguito (102). Secondo la Corte, seppure taluni effetti

ken, rispettivamente C-67/96, *Racc.*, 1999, p. 5751; C-115 e 117/97, *Racc.*, 1999, p. 6025; C-219/97, *Racc.*, 1999, p. 6121. Per un commento v. in particolare F. Ravelli, *Mercato, solidarietà, autonomia collettiva nell'ordinamento comunitario*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, n. 2, 2003, p. 303.

(101) Le organizzazioni sindacali non sono imprese poiché, intervenendo nella regolazione dei rapporti di lavoro, non svolgono affatto attività economica ai sensi del diritto della concorrenza. Sul punto vedi K. S. Desai, *E. C. competition law and trade unions*, in *Eur. com. law rev.*, 1999, p. 175. Eventualmente si potrà ipotizzare la natura economica dell'attività sindacale laddove «si materializzi una coalizione di interessi volta a proteggere l'impresa dalla concorrenza» onde «il sindacato uscirebbe dal suo ruolo classico di difesa degli interessi dei suoi iscritti per stipulare un accordo volto deliberatamente a restringere la concorrenza in un dato mercato», A. Allamprese, *Aiuti di Stato e Corte di Giustizia: osservazioni a partire dal caso Ente poste italiane*, in *q. Riv.*, 1999, p. 921. Per altra parte della dottrina la Corte si è «semplicemente astenuta dal formulare un giudizio circa la natura delle organizzazioni sindacali», S. Evju, *Collective agreements and competition law. The Albany puzzle, and Van der Woude*, in *Int. journal of comp. labour law and ind. rel.*, 2001, p. 174. Ma v. P. Ichino, *Lezioni di diritto del lavoro*, cit., p. 166, secondo cui il contratto collettivo può essere ricompreso nella nozione di «accordo fra imprese» ai sensi dell'art. 81 Tce, lasciando quindi intendere che l'organizzazione sindacale può configurarsi come impresa.

(102) A. Andreoni, *Contratto collettivo, fondo complementare e diritto della concorrenza: le virtù maieutiche della Corte di Giustizia (riflessioni sul caso Albany)*, in *q. Riv.*, 2000, p. 981.

restrittivi della concorrenza siano inerenti agli accordi collettivi stipulati tra organizzazioni rappresentative dei datori di lavoro e dei lavoratori, la funzione sociale dei contratti risulterebbe gravemente compromessa qualora le parti coinvolte fossero sottoposte all'art. 81.1 Tce, onde gli accordi conclusi nell'ambito di trattative tra parti sociali al fine di conseguire un miglioramento delle condizioni di occupazione e di lavoro devono considerarsi, per la loro *natura* e il loro *oggetto*, esclusi dalla disciplina comunitaria della concorrenza (103).

Se la conclusione cui giunge la Corte, relativa alla circostanza che l'accordo debba intervenire nell'ambito di un processo di contrattazione collettiva tra le parti sociali, non suscita dubbi interpretativi di rilievo, è sul contenuto del contratto che si moltiplicano le incertezze interpretative. Il riferimento al contratto collettivo come strumento di politica sociale non consente di superare la questione: nonostante il miglioramento delle condizioni di lavoro rientri tra gli obiettivi di politica sociale, non si comprende se il contratto collettivo debba considerarsi esente dalla normativa *antitrust* solo qualora realizzi tale finalità (104), oppure in tutti i casi in cui persegua scopi di politica sociale (105). Peraltro, se le finalità di politica sociale, origi-

---

(103) Invero vi sono altre ipotesi di accordi esclusi dal divieto sancito dall'art. 81 Tce; trattasi degli accordi che perseguono obiettivi riconducibili a interessi strettamente economici oppure a interessi che, sia pure indirettamente, si riflettono nella tutela di un fine sociale, ovvero si traducono in un beneficio per i lavoratori (art. 81.3 Tce). Si rinvia a N. Bruun, J. Hellsten, *Collective Agreements and Competition Law in the EU, The Report of the Colcom-project*, Pub. Copenhagen, 2001, p. 14. Se è vero che il dato normativo non fa espresso riferimento a finalità di politica sociale per giustificare l'eccezione, è altrettanto vero che nella prassi, come risulta dalle decisioni della Commissione e della Corte di Giustizia, le predette finalità sono spesso utilizzate per suffragare la limitazione della concorrenza nel mercato. Nel caso *Remia*, Corte di Giustizia Ce 11 luglio 1985, C-42/84, *Racc.*, 1985, p. 2545, avente a oggetto la legittimità di clausole di non concorrenza conseguenti alla cessione dell'impresa, la Corte sostiene che «per quanto riguarda l'argomento relativo al fatto che solo una durata di dieci anni della clausola di non concorrenza consentirebbe la sopravvivenza dell'impresa e il mantenimento dell'occupazione, si deve certamente rilevare che il mantenimento dell'occupazione rientra, in quanto miglioramento delle condizioni generali di produzione, specialmente in circostanze di congiuntura economica sfavorevole, nell'ambito degli obiettivi che l'art. 85.3 (ora art. 81.3 Tce) consente di prefiggersi». È evidente il connubio tra gli obiettivi economici e le possibili conseguenze relativamente al contesto sociale e al mercato del lavoro. Nello stesso senso è intervenuto il Tribunale di Prima Istanza, Tpi 27 aprile 1995, T-96/92, *Racc.*, 1995, p. 1213, disponendo che se il Trattato accorda una priorità all'instaurazione di un regime di libera concorrenza, è comunque necessario verificare se l'operazione di concentrazione impedisce la realizzazione di obiettivi sociali, tra i quali la coesione economica e sociale e, in senso più ampio, gli obiettivi riportati nell'art. 2 Tce. Considerazioni analoghe animano gli interventi della Commissione che ha esteso l'ambito di applicabilità dell'esenzione di cui all'art. 81.3 Tce per motivi extra-economici. Ad esempio, l'esenzione è concessa per la tutela della salute pubblica (Dec. 94/770/Ce, 6 ottobre 1994, Guce L309/94) o la tutela ambientale (Dec. 94/986/Ce, 21 dicembre 1994, Guce L378/94).

(104) Si esprimono in questo senso, confermando le conclusioni dell'Avv. Jacobs, S. Giubboni, *I monopoli previdenziali tra diritto comunitario della concorrenza e principi solidaristici della Costituzione. Convergenze «pratiche» e conflitti «teorici»*, in *Arg. dir. lav.*, 2000, p. 712; S. Vousden, *Albany, Market law and social exclusion*, in *Ij*, 2000, p. 188.

(105) In questo senso si esprime A. Andreoni, *Contratto collettivo, fondo complementare e diritto della concorrenza: le virtù maieutiche della Corte di Giustizia*, in *q. Riv.*, 2000, p. 983. Cfr. F. Fer-

nariamente individuate dall'art. 117 del Trattato di Roma, si limitavano al «miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro della manodopera che consenta la loro parificazione nel progresso», a seguito delle modifiche introdotte con il Trattato di Amsterdam detti obiettivi hanno conosciuto un considerevole ampliamento, consentendo, quindi, maggiori margini di autonomia del contratto collettivo dalle logiche della libera concorrenza.

In apparenza, la giurisprudenza sembra riconoscere che solo i contratti collettivi aventi a oggetto materie tradizionalmente affidate a essi dalla norma di legge rientrano nella sfera immune dalle logiche *antitrust*, secondo un'interpretazione restrittiva dell'esenzione che verrebbe esclusa nel caso di contratti collettivi direttamente incidenti sui rapporti tra l'imprenditore e i terzi (106). Se questa tesi fosse destinata a prevalere, inevitabilmente si creerebbero i presupposti di un'interferenza del diritto della concorrenza dinanzi ad accordi che, pur nelle vesti di contratti collettivi, disciplinano condizioni di lavoro che esulano dalle materie tradizionali, ovvero non realizzano un miglioramento effettivo per i lavoratori (si pensi, in particolare, alla contrattazione in deroga, alla *concession bargaining*, agli accordi gestionali ablativi). Per vero l'esenzione, intesa in questi termini, presuppone un miglioramento delle condizioni di lavoro, sollevando così il problema di cosa possa intendersi per *miglioramento* del trattamento dei lavoratori e di quali possano essere gli elementi del rapporto di lavoro che rientrano nell'alveo delle *condizioni di lavoro*. La prassi insegna che i contratti collettivi non sempre si rivelano migliorativi; di conseguenza, potrebbe desumersi l'applicazione del diritto *antitrust* agli accordi privi di effetti positivi per i prestatori di lavoro, con il rischio di un controllo incisivo della Corte di Giustizia sul contenuto dell'attività contrattuale delle organizzazioni sindacali: la Corte, infatti, al fine di individuare i presupposti dell'esenzione, implicitamente condurrebbe un controllo di merito sia sul contenuto dell'azione sindacale che sulle finalità della contrattazione collettiva. Per vero, dai successivi interventi della giurisprudenza comunitaria, non possono trarsi riferimenti inequivocabili sulla portata e sui limiti di applicazione dell'esenzione. Nel caso *Pavlov* (107) la Corte di Giustizia ha escluso che la decisione assunta dai membri di una professione liberale di costituire un fondo pensione possa fruire del sistema delle eccezioni, vuoi perché l'accordo non è stato concluso nell'ambito di una vera e propria contrattazione

raro, *Obbligatorietà dell'iscrizione ad un fondo pensione e regole comunitarie (il caso Albany)*, in G. Ferraro (a cura di), *La previdenza complementare nella riforma del Welfare*, II, Giuffrè, Milano, 2000, p. 921, secondo il quale non può applicarsi l'art. 81 Tce agli accordi collettivi poiché altrimenti «verrebbero messi in pericolo gli obiettivi di politica sociale che il Trattato Ce intende perseguire». In questa prospettiva v. in particolare G. Lyon-Caen, *Vieilles lunes et nouvelles lune*, in *Do*, 2000, p. 146; C. Vigneau, *De la soustraction des accords collectifs aux règles communautaire de concurrence*, *Jcp*, 2001, p. 1036.

(106) V. conclusioni Avv. Jacobs.

(107) Corte di Giustizia Ce 12 settembre 2000, C-180 e 184/98, *Racc.*, 2000, p. 6451.

collettiva tra le parti sociali, vuoi perché i medici liberi professionisti sono considerati impresa ai sensi del diritto della concorrenza. Al contrario, in *Van der Woude* (108), l'accordo collettivo istitutivo di un regime assicurativo delle cure sanitarie, contribuendo al miglioramento delle condizioni di lavoro dei lavoratori (garantendo loro i mezzi necessari per far fronte a spese per malattia e riducendo le spese che, in mancanza di un contratto collettivo, avrebbero dovuto essere sopportate dai lavoratori) beneficia dell'esenzione dalla normativa sulla concorrenza.

Nonostante le incertezze che discendono dall'interpretazione della fonte giurisprudenziale, la sentenza *Albany* segna un momento importante nel processo di definizione di forme articolate di conciliazione tra il diritto del lavoro e il diritto della concorrenza e, forse, in una prospettiva più ampia, tra il volto sociale e il volto economico della Comunità. Anzitutto la Corte si è avvalsa della tecnica delle eccezioni, introducendo un'area immune dal diritto della concorrenza che segna un momento di raccordo con l'esperienza d'oltre oceano; in secondo luogo sembra intravedersi, almeno *in nuce*, un diverso modo di intendere l'ambiente sociale della Comunità, valorizzando il ruolo delle istituzioni comunitarie in campo sociale. L'interprete percepisce, nel percorso seguito dalla Corte e negli esiti della sentenza, l'intento di bilanciare i due valori in conflitto, onde può dirsi che con *Albany* il metodo di risoluzione del conflitto, basato sul modello «regola-eccezione», raggiunge un diverso schema di composizione, fondato non tanto sul temperamento quanto sul bilanciamento tra i sistemi normativi (109). Il percorso seguito dalle istituzioni si arricchisce di interventi funzionali alla promozione e tutela di valori sociali anche laddove questi ultimi si traducono in forme limitative della concorrenza nel mercato.

— Per vero non sono mancati in dottrina coloro che sottolineano come nel caso *Albany* sia del tutto assente il linguaggio dei diritti fondamentali (110); tuttavia-

(108) Corte di Giustizia Ce 21 settembre 2000, C-222/98, *Racc.*, 2000, p. 7111. Per una completa ricostruzione del caso vedi S. Evju, *Collective agreements and competition law. The Albany puzzle, and Van der Woude*, in *Int. Journ Comp. L. L. Ind. Rel.*, 2001, p. 165.

(109) Altri ha detto che in *Albany* la tecnica di decisione della Corte è stata quella del «bilanciamento fra politiche diverse della Comunità, in questo caso fra politiche orientate al funzionamento del mercato e politiche sociali, ritenute dalla Corte di pari rango», M. Barbera, *La Carta di Nizza e le politiche sociali*, in M. Napoli (a cura di), *La Carta di Nizza. I diritti fondamentali dell'Europa*, Vita e Pensiero, Milano, 2004, pp. 53 ss. Cfr. A. Allamprese, *Diritto comunitario della concorrenza e contratti collettivi*, in *Lav. giur.*, 2000, p. 33; C. Vigneau, *De la soustraction des accords collectifs aux regles communautaire de la concurrence*, *Jcp*, 2001, p. 1036; P. Ichino, *Lezioni di diritto del lavoro*, cit., p. 170, che indica la soluzione del bilanciamento tra il principio del *favor* per la libera concorrenza e quello della protezione del lavoratore.

(110) M. Roccella, *La Carta dei diritti fondamentali: un passo avanti verso l'Unione politica*, in *Lav. dir.*, 2001, p. 340; vedi inoltre G. Leone, *La nozione di impresa e le sue ricadute sui diritti sociali nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, cit., p. 1015; C. Lazzari, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione e le relazioni industriali: il diritto di contrattazione collettiva*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2001, p. 644.

a, è indubbio che attraverso *Albany* e *Van der Woude* sono stati aperti nuovi decisivi spiragli di riflessione sui rapporti di forza tra la politica sociale e le dinamiche del mercato concorrenziale. In quella decisione la politica sociale non ha più un ruolo residuale nel processo di creazione di un'Europa integrata e, al contempo, sembra ridefinirsi quella visione gerarchica dei diritti che poneva al vertice del sistema sovranazionale i valori economici a scapito di quelli sociali. Il caso *Albany* lasciava quindi immaginare un'evoluzione della giurisprudenza della Corte di Giustizia nella direzione di un definitivo superamento dello schema concettuale fondato sul rapporto tra norma (diritto della concorrenza) ed eccezione (diritto del lavoro), a favore di un giudizio più articolato, basato sul bilanciamento tra principi cui viene assegnato pari valore.

Ma il contratto collettivo si presenta(va) allora, nel panorama normativo comunitario, come espressione dell'esercizio di un diritto ancora in attesa di definitiva consacrazione. Questo spiega sia l'utilizzo da parte dei giudici di Lussemburgo del metodo dell'eccezione, sia l'indicazione – peraltro imprecisa – dei limiti dell'immunità di cui gode la contrattazione collettiva rispetto alla normativa *antitrust*. Nell'ordinamento comunitario la contrattazione collettiva assume oggi un rilievo del tutto diverso: un rilievo costituzionale, che ha avuto i suoi primi momenti di emersione dapprima con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea – ove è sancito il diritto di negoziare e concludere contratti collettivi dei lavoratori e dei datori di lavoro «conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali» (art. 28) – e, in seguito, definitiva consacrazione nella Costituzione europea.

L'autonomia collettiva in materia di lavoro, ormai costituzionalmente tutelata nell'ordine giuridico sovranazionale, è in grado di opporre, quindi, una capacità di resistenza al diritto della concorrenza qualitativamente diversa rispetto al passato, e consente di rileggere le ragioni e gli spazi dell'immunità che deve essere garantita alla contrattazione collettiva. Se prima della costituzionalizzazione l'autonomia collettiva doveva confrontarsi ad armi impari con le logiche della razionalità economica, oggi è la teoria economica che dovrà prendere sul serio le ragioni del diritto del lavoro, e confrontarsi con un assetto normativo talmente mutato da individuare in un diritto sociale fondamentale un limite «originario e non superabile» al diritto comunitario della concorrenza (111). Di conseguenza, il confronto tra il diritto del lavoro e le logiche economiche della concorrenza, che ha permesso di riflettere sulla costruzione di uno spazio sovranazionale nel quale ciascun sistema normativo è parte integrante dell'ordine giuridico comunitario, non potrà più esaurirsi in un gioco a somma zero, *id est* nell'applicazione del diritto della

(111) M. Barbera, *La Carta di Nizza e le politiche sociali europee*, in Aa.Vv. *La Carta di Nizza. I diritti fondamentali dell'Europa*, M. Napoli (a cura di), Vita e Pensiero, Milano, 2004, p. 53.

concorrenza a danno del diritto del lavoro (112), ma dovrà seguire percorsi giuridicamente vincolati dalla Costituzione e rispettare le priorità definite sulla base dei criteri di bilanciamento tipici della tradizione giurisprudenziale europea e comunitaria.

6. — *Le prospettive evolutive* — I nuovi percorsi intrapresi dalla Comunità europea, nel segno di un pluralismo o politeismo dei valori comunitari e di una valorizzazione dei diritti sociali fondamentali, consentono di individuare inedite modalità di composizione del rapporto tra il diritto del lavoro e il diritto della concorrenza (113).

Anzitutto muta il quadro normativo di riferimento, poiché la Costituzione europea introduce vincoli e limiti al dispiegarsi delle mere logiche economiche e della libera concorrenza. Riflettendo sulle tesi che interpretano le costituzioni come vincoli e come strumenti che rientrano nelle strategie dell'obbligarsi preventivo (114), viene da chiedersi se il nuovo dettato costituzionale comunitario presenti caratteristiche tali da determinare un'evoluzione sostanziale nella garanzia costituzionale dei diritti fondamentali europei. In considerazione del fatto che «la funzione delle norme costituzionali dovrebbe essere quella di contrastare proprio gli aspetti della cultura e della tradizione di un paese che hanno più probabilità di produrre conseguenze dannose attraverso il processo politico ordinario di quello stesso paese» (115), il processo di costituzionalizzazione dell'Unione europea dovrebbe rappresentare un vincolo al prevalere delle politiche di sviluppo della dimensione economica a scapito di quella sociale (116).

Si tratta quindi di indagare, alla luce del nuovo contesto entro il quale si con-

(112) In altri termini il diritto del lavoro tenta di «far penetrare nell'economia i germi di garanzie normative attinenti alla tutela del lavoratore», B. Veneziani, *Nel nome di Erasmo da Rotterdam. La faticosa marcia dei diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in *q. Riv.*, 2000, p. 789, mentre il diritto della concorrenza dimostra di poter convivere, pur in certi casi forzatamente, con i postulati della solidarietà, confermando l'assunto secondo il quale elevati *standard* sociali possono riflettersi positivamente sui mercati e sulle loro logiche di funzionamento. In questa prospettiva S. Deakin, F. Wilkinson, *Il diritto del lavoro e la teoria economica: una rivisitazione*, cit., p. 587.

(113) Cfr. N. Walker, *The Idea of Constitutional Pluralism*, in *Mlr*, 2002, pp. 317 ss.

(114) J. Elster, *Ulisse liberato. Razionalità e vincoli*, Il Mulino, Bologna, 2004, p. 230.

(115) C. Sunstein, *Constitutionalism, Prosperity, Democracy*, in *Constitutional Political Economy*, 2, p. 385, al quale rinvia J. Elster, *Ulisse liberato. Razionalità e vincoli*, Il Mulino, Bologna, 2004, p. 223.

(116) Questa è stata la prospettiva rispetto alla quale si è scritto, con riferimento alla Costituzione italiana, che «nessuna singola finalità primaria può da sola caratterizzare un sistema complesso come la costituzione economica, nella quale sono analizzabili tre scopi fondamentali: economicità, giustizia sociale, libertà individuale. Tra questi valori vi è un rapporto di tensione che, mediante la regola del diritto, deve essere convertito in un rapporto di equilibrata integrazione», L. Mengoni, *Persona e mercato. Lezioni*, G. Vettori (a cura di), Cedam, Padova, 1996, p. 39. Cfr. A. Baldassarre, *Costituzione e teoria dei valori*, in *Pol. dir.*, 1991, p. 639.

fronteranno il diritto del lavoro e il diritto della concorrenza, i modi di composizione degli equilibri e dei rapporti di forza tra la dimensione sociale e la dimensione economica nella cornice comunitaria. Guardando al conflitto tra le discipline emergono nuove prospettive di risoluzione che si avvalgono non più del modello esclusivo regola-eccezione, ma rinviano al bilanciamento quale strumento ideale di composizione del conflitto in un sistema equiordinato di diritti (117). Ed è in questa prospettiva che si assiste a una rivisitazione dei modelli normativi adottati al fine di introdurre un sistema di garanzie dei diritti sociali fondamentali che sia efficiente e impermeabile all'influenza delle leggi del mercato. Emergono, pur gradualmente, i presupposti per costruire un sistema in cui convivono valori potenzialmente contrastanti, uno spazio costituzionale pluralista nel quale possano coesistere sub-sistemi normativi di diversa *ratio*, nella direzione di una nuova dimensione valoriale della costruzione comunitaria (118). Come dire che l'ordinamento comunitario sviluppa gradualmente una tensione costante verso l'affermazione di valori altri da quelli economici, onde il modello «regola-eccezione» si trasforma trovando il proprio superamento in un modello «regola-regola» in cui non è dato *a priori* individuare il risultato della ponderazione dei principi in campo, e in cui è addirittura possibile che gli obiettivi sociali prevalgano su quelli economici.

Guardando oltre il conflitto, alla ricerca di percorsi di coesistenza pacifica tra le discipline, sembra sfumare l'immagine *hobbesiana* dell'antitesi naturale tra il diritto del lavoro e il diritto della concorrenza; gli imperativi del mercato si attenuano e riconoscono valori non economici, quali la solidarietà, l'equità, la giustizia. Al contempo, la disciplina giuridica del lavoro non si sottrae alla sfida dell'efficienza, né si sottrae a svolgere la sua funzione di garanzia dello sviluppo efficiente dei mercati. Il tipo di modello da promuovere prevede quindi un disegno costituzionale che tenga conto della necessaria coesistenza, nell'ordinamento

(117) Ed è soprattutto per effetto della Carta dei diritti incorporata nel testo del trattato costituzionale che si aprono nuovi scenari interpretativi per la Corte di Giustizia la quale, come altri osserva, può ora intraprendere «la strada maestra, che è quella del bilanciamento dei valori, non quella dell'integrazione economica», M. Cartabia, *I diritti fondamentali e la cittadinanza dell'Unione*, in F. Bassanini, G. Tiberi (a cura di), *La Costituzione europea*, Il Mulino, Bologna, 2004. Nonostante le letture critiche che hanno accolto l'elaborazione della Carta dei diritti, non può negarsi che si tratti di un documento la cui portata innovativa va ricercata nell'aver fatto di principi – che trovano espressione prevalente nelle Costituzioni degli Stati membri – il contenuto di una Carta dei diritti. V. M. D'Antona, *La politica sociale nell'iniziativa della Commissione Cee: utopia o realtà?*, in B. Caruso, S. Sciarra (a cura di), *Opere*, I, Giuffrè, Milano, 2000.

(118) In questa prospettiva v. S. Giubboni, *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale dell'integrazione europea*, Il Mulino, Bologna, 2003, p. 230. Viene quindi manifestandosi un sistema equiordinato dei diritti sociali e dei diritti economici nel quale principi e valori antinomici si confrontano in un quadro normativo non più aprioristicamente sbilanciato a favore delle logiche del mercato. Cfr. M. Barbera, *Dopo Amsterdam. I nuovi confini del diritto sociale comunitario*, cit., p. 89.



sovranaZIONALE, di valori sociali ed economici, di diritti in apparenza contrapposti ma, in realtà, complementari e interdipendenti. Come dire che l'attenuazione del conflitto si realizza attraverso un *nuovo atteggiarsi del concorso*: in origine il diritto del lavoro e il diritto della concorrenza concorrevano per la costruzione di un mercato sovranazionale, in quanto strumenti di razionalizzazione della competizione economica; oggi i due sistemi normativi concorrono per realizzare uno sviluppo sostenibile fondato sulla coesione economica e sociale. Del resto, come altri ha detto, «il successo della modernizzazione economica mondiale dipende non solo dalla internazionalizzazione dei rapporti economici ma anche dalla valorizzazione della coesione sociale e della solidarietà» (119).

Se è vero che il linguaggio dei diritti funziona come un contenitore che può assumere diversi abiti ed esiti giuridici (120), la Costituzione europea appare il fondamento ideale dal quale attingere per la regolazione del sistema socio-economico comunitario, nel quale si vengono definendo nuovi incontri, aggiustamenti e compromessi, bilanciamenti e vie di coesistenza tra i diritti (121). La frontiera attuale riguarda la creazione di un ordine giuridico comunitario in grado di promuovere il dialogo tra diritti dotati di pari rango e dignità, pur secondo uno schema peculiare che riflette, necessariamente, la diversa storia dell'ordinamento comunitario rispetto a quello degli Stati membri. Tale processo coinvolge, inevitabilmente, il diritto del lavoro e il diritto della concorrenza, non solo nel senso del bilanciamento tra le ragioni della disciplina lavoristica e quelle del mercato concorrenziale, ma altresì riconoscendo le possibili interferenze di logiche sociali in precetti di natura economica (122). Rilevano in tal senso le questioni occupazionali e la realizzazione del progresso sociale che possono, in taluni casi, risultare motivi giustificativi per limitare il campo di applicazione del diritto della concorrenza, oltre al fatto che si traducono in altrettanti fattori di promozione dello sviluppo e della crescita dei sistemi; le clausole sociali e gli interventi per garantire uno sviluppo sostenibile attraverso la promozione dei diritti fondamentali (123); i tentativi di inserire obiettivi sociali nelle norme di regolazione della

(119) T. Treu, *Compiti e strumenti delle relazioni industriali nel mercato globale*, in *Lav. dir.*, 1999, p. 193.

(120) M. R. Ferrarese, *Il diritto al presente*, Il Mulino, Bologna, 2002, p. 168.

(121) V. M. V. Ballestrero, *Brevi osservazioni su Costituzione europea e diritto del lavoro italiano*, in *Lav. dir.*, 2000, pp. 547 ss.; F. Carinci, A. Pizzoferrato, «Costituzione» europea e diritti sociali fondamentali, in *Lav. dir.*, 2000, p. 281; S. Sciarra, *La costituzionalizzazione dell'Europa sociale. Diritti fondamentali e procedure di soft law*, Wp Csdle «Massimo D'Antona», n. 24/2003; S. Giubboni, *Diritti e politiche sociali nella «crisi» europea*, Wp Csdle «Massimo D'Antona», n. 30/2004, p. 2.

(122) Sul confronto dialettico equilibrato «in una cornice di più forte radicamento dei diritti fondamentali» vedi G. Perone, *Verso una Costituzione sociale europea? Presupposti, obiettivi ed efficacia della Carta dei diritti fondamentali*, in *Dir. lav.*, 2001, p. 108.

(123) Viene maturando, anche in ambito internazionale, l'idea che la libertà di mercato non può ridursi in libertà dalle imposizioni, libertà di competizione, libertà di accesso, implicando vi-

concorrenza. Il rinvio all'esperienza francese potrebbe operare da monito, non fosse altro perché la *Loi economic* del 2001 può leggersi come l'esempio di una «contaminazione» virtuosa delle dinamiche sociali nel diritto della concorrenza (v. *retro*, par. 1). Viene dunque manifestandosi un nuovo «contratto sociale» nel quale equità e giustizia possono convivere con le sfere di un'economia non più «armata» e il compromesso diviene la giustificazione razionale della pianificazione e produzione normativa (124). La convergenza, basata sui principi di un'economia sociale di mercato eterocorretta ed eterocompensata, esalta l'esigenza di un'operazione culturale di impatto transnazionale, capace di diffondere i valori sociali nell'economia globale, dando rilievo a quei principi di «etica sociale» il cui valore è indipendente dalle regole di convenienza economica e dalle logiche della concorrenza (125).

---

ceversa una sorta di *regulation*, vale a dire «creazione di regole rivolte alla composizione degli interessi in gioco secondo una logica democratica», G. Alpa, *La cd. giuridificazione delle logiche dell'economia di mercato*, cit., p. 735. Cfr. G. Arrigo, *Sull'inserimento di una clausola sociale negli Accordi commerciali internazionali*, in *q. Riv.*, 1994, p. 389; P. Fabris, *Diritti sociali e regole del mercato*, in *Lav. giur.*, 1996, p. 628; S. Sciarra, *How global is labour law? The perspective of social rights in the European Union*, in Aa.Vv., *Advancing theory in labour law and industrial relations in a global context*, 1998, p. 105.

(124) A. Perulli, *Diritto del lavoro e globalizzazione. Clausole sociali, codici di condotta e commercio internazionale*, Cedam, Padova, 1999, p. 119.

(125) R. Foglia, G. Santoro Passarelli, *Profili di diritto comunitario del lavoro*, Giappichelli, Torino, 1996, p. 40.

# RIVISTA GIURIDICA DEL LAVORO E DELLA PREVIDENZA SOCIALE

*Fondata da Aurelio Becca e da Ugo Natoli  
già diretta da Luciano Ventura e da Giorgio Ghezzi*

**ANNO LVI - 2005 - N. 1**

*Trimestrale  
gennaio-marzo 2005*

---

ALLEVA, EPIFANI, ROMAGNOLI, SMURAGLIA:  
**IN MEMORIA DI GIORGIO GHEZZI**

*Dottrina*

**P. ALLEVA**, PROPOSTE DI RIFORMA DEL LAVORO  
**C. SMURAGLIA**, PREVENZIONE E RESPONSABILITÀ DEL DATORE  
**C. LA MACCHIA**, I CONTRATTI COLLETTIVI SUCCESSIVI  
ALLA RIFORMA DEL MERCATO DEL LAVORO **L. MENGHINI**, IN TEMA  
DI LAVORO GRATUITO **A. ALLAMPRESE**, LA RIFORMA  
DELL'ORARIO DI LAVORO **M. PIVETTI**, SULLA TUTELA IN FORMA SPECIFICA

*Giurisprudenza*

**A. ANDREONI**, IL NUOVO LAVORO A TERMINE  
DAVANTI ALLA CORTE COSTITUZIONALE **F. FABBRI**, SULL'ONERE DELLA PROVA  
**L. MENGHINI**, IL TRASFERIMENTO DI SERVIZI DAL COMUNE  
A UN'AZIENDA MUNICIPALIZZATA



EDIESSE

*Scienze Giuridiche Vol 2*

# RIVISTA GIURIDICA DEL LAVORO E DELLA PREVIDENZA SOCIALE

*Fondata da Aurelio Becca e da Ugo Natoli  
già diretta da Luciano Ventura e da Giorgio Ghezzi*

#### DIRETTORE

*Piergiovanni Alleva*

#### VICE DIRETTORI

*Mario Napoli, Adalberto Perulli, Bruno Veneziani*

#### REDATTORI CAPO

*Amos Andreoni, Ginevra Galli, Carmen La Macchia, Andrea Lassandari*

#### COMITATO SCIENTIFICO E DIRETTIVO

##### TEMI E RUBRICHE

Rapporto di lavoro e tipologie contrattuali  
Mercato del lavoro  
Lavoro e pubbliche amministrazioni  
Diritto comunitario del lavoro  
Diritto sindacale e relazioni industriali  
Sicurezza e diritto penale del lavoro  
Previdenza sociale  
Processo del lavoro

##### COORDINATORI

*Mario Giovanni Garofalo e Gianni Loy  
Giuseppe Ferraro e Patrizia Tullini  
Vittorio Angiolini e Alessandro Garilli  
Bruno Caruso e Massimo Roccella  
Franca Borgogelli e Valerio Speciale  
Raffaele Guariniello e Carlo Smuraglia  
Lorenzo Fassina e Canio Lagala  
Domenico Borghesi e Francesco Fabbri*

#### REDAZIONE

*Andrea Allamprese, Gianni Arrigo, Alessandro Bellavista, Olivia Bonardi, Guido Canestri,  
Gaetano D'Auria, Carlo De Marchis, Antonio Di Stasi, Fabio Fonzo, Fausta Guarriello,  
Luigi Menghini, Massimo Pallini, Antonino Sgroi, Sergio Vacirca, Lucia Valente*

#### Ne fanno inoltre parte

*Gian Guido Balandi, Maria Vittoria Ballestrero, Marco Barbieri, Paolo Boer, Franco Carinci, Maria Teresa Carinci,  
Laura Castelvetti, Valerio Cerritelli, Pasquale Chieco, Maurizio Cinelli, Franco Coccia, Adolfo Di Majo,  
Madia D'Onghia, Germano Dondi, Franco Focareta, Gino Giugni, Enrico Gragnoli, Mariorosario Lamberti,  
Alberto Lepore, Franco Liso, Salvatore Mazzamuto, Giovanni Naccari, Stefano Oriano, Angelo Pandolfo,  
Mara Parpaglione, Alberto Piccinini, Andrea Proto Pisani, Federico Maria Putaturo Donati, Alessandra Raffi,  
Giovanni Roma, Franco Scarpelli, Stefania Scarponi, Maria Luisa Serrano, Ugo Spagnoli, Tiziano Treu*

#### SEGRETERIA DI REDAZIONE

*Maria Clotilde Domenichini*

**Anno 2005**  
INDICE GENERALE  
PARTE PRIMA **Dottrina**



**IN MEMORIA DI GIORGIO GHEZZI (n. 1/2005)**

PIERGIOVANNI ALLEVA	IX
GUGLIELMO EPIFANI	XI
UMBERTO ROMAGNOLI	XV
CARLO SMURAGLIA	XIX

**IN MEMORIA DI GIORGIO GHEZZI (n. 4/2005)  
A un anno dalla scomparsa**

PIERGIOVANNI ALLEVA	IX
FRANCO CARINCI	XV

**SAGGI**

ANDREA ALLAMPRESE Una riflessione sulla recente riforma dell'orario di lavoro	85
PIERGIOVANNI ALLEVA Rappresentanza, rappresentatività, partecipazione. Le proposte metodologiche	495
RENATA ALTAVILLA Le prescrizioni di forma nella disciplina dei contratti di lavoro tra autonomia e controllo	727

VANIA BRINO Diritto del lavoro e diritto della concorrenza: conflitto o complementarità?	319
ANTONIO DI STASI Tutela dell'industria e tutela del lavoro. Spunti per una riflessione	545
GIUSEPPE FERRARO Strumenti di qualificazione del rapporto e deflazione del contenzioso	695
LUCIO IMBERTI L'evoluzione dei rapporti di lavoro flessibile attraverso le clausole di parificazione e di non discriminazione	363
CARMEN LA MACCHIA Prime osservazioni sui contratti collettivi successivi alla riforma del mercato del lavoro del 2003	63
ANDREA LASSANDARI La tutela collettiva nell'età della competizione economica globale	263
LUIGI MARIUCCI Dopo la flessibilità cosa? Riflessioni sulle politiche del lavoro	507
LUIGI MENGHINI Le novità in tema di lavoro gratuito	19
MARCELLO PEDRAZZOLI Superamento di quantità nell'anno come dato di fattispecie: lo sventurato caso del «lavoro occasionale»	227
ADALBERTO PERULLI Teoria e prassi del lavoro a progetto	713
MIGUEL RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, SONIA FERNÁNDEZ SÁNCHEZ Federalismo, politica di impiego e autonomie territoriali in Spagna	585

ANTONINO SGROI

Il sistema di previdenza pubblica dopo la legge delega  
n. 243 del 23 agosto 2004

795

CARLO SMURAGLIA

Nuovi fattori di rischio, prevenzione e responsabilità  
del datore di lavoro. Quali regole?

3

## NOTE E COMMENTI

PIERGIOVANNI ALLEVA

Proposte di riforma della legislazione del lavoro  
(in risposta a Pietro Ichino)

121

FABRIZIO BANO

L'«Europa sociale» nel Trattato costituzionale

821

MARIO GIOVANNI GAROFALO, ANTONIO RECCHIA

Le sanzioni contro le discriminazioni  
per orientamento sessuale

615

GIAMPIERO GOLISANO

La collaborazione coordinata e continuativa  
nel settore pubblico

459

MANUEL MAROCCO

I regolamenti regionali in materia di incontro  
tra domanda e offerta di lavoro.Prime indicazioni sul nuovo *status* di disoccupazione

641

MARIO NAPOLI

Un'esemplare legge regionale sui servizi per l'impiego e  
un innovativo piano di politiche attive del lavoro in Valle D'Aosta

137

FABIO PANTANO

Mancato godimento delle ferie e risarcimento del danno

473

MARCO PIVETTI

Ombre e luci della giurisprudenza in tema di tutela  
in forma specifica

145

TIZIANO TREU	
Proposte di riforma del lavoro	417
ANTONIO TRIMBOLI	
Brevi osservazioni sulla tutela penale nella riforma del mercato del lavoro: i cd. reati di somministrazione e di illecita utilizzazione di mano d'opera tra vecchi e nuovi problemi	677
SAMANTHA VELLUTI	
La costituzionalizzazione di nuove forme di <i>Eu governance</i> . La strategia europea per l'occupazione e la sua implementazione tramite il metodo di coordinamento aperto	431
LUCA ZACCARELLI	
La conciliazione monocratica	839

#### DOCUMENTAZIONE

Legge regionale 31 marzo 2003, n. 7 «Disposizioni in materia di politiche regionali del lavoro, di formazione professionale e di riorganizzazione dei servizi per l'impiego»	187
Nell'Europa. Competitività, qualità del lavoro e inclusione sociale. Piano triennale di politica del lavoro e di formazione professionale – 2004-2006	203



417

e  
677

e  
431

839

ria  
e  
187

sociale.

203

Finito di stampare  
nel mese di aprile 2006  
dalla Tipografia O.GRA.RO.  
Vicolo dei Tabacchi, 1 - 00153 Roma