

CAPITOLO I

IL DIALOGO TRA ECONOMIA E DIRITTO DEL LAVORO (*)

SOMMARIO - 1. – Introduzione. - 2. Il fatto e la norma. La ripartizione dei compiti fra l'economista e il giurista. - 3. Le possibili ragioni d'essere economiche dell'ordinamento giuridico e del contratto di lavoro nell'impresa. - 4. Dove e come la conoscenza del diritto è necessaria per l'analisi economica in materia di lavoro. - 5. Dove e come la conoscenza dell'economia è necessaria per l'interpretazione e l'applicazione della norma giuslavoristica.

1. – Introduzione

La difficoltà di comunicazione fra economisti e giuristi è particolarmente marcata nella materia del lavoro, dove i rispettivi approcci “ortodossi” tradizionali appaiono reciprocamente impermeabili più di quanto accada in altri campi. Per superare questa difficoltà è necessario innanzitutto chiarire in linea generale la distinzione fra l'oggetto degli studi economici e quello degli studi giuridici: distinzione questa – cui è dedicato il § 2 – indispensabile per qualsiasi discorso su di una possibile cooperazione fra economisti e giuristi senza reciproche invasioni di campo. Il § 3 intende poi mostrare come la scienza economica sia già pervenuta da tempo a porre alcune premesse concettuali fondamentali per tale cooperazione - particolarmente nella materia del lavoro -, individuando e spiegando le possibili ragioni d'essere economiche dell'ordinamento giuridico, dell'intervento autoritativo dello Stato nei rapporti tra gli individui e del contratto di lavoro nell'impresa. Il discorso prosegue con l'individuazione di alcuni profili di utilità della conoscenza del diritto del lavoro per l'analisi economica (§ 4) e, viceversa, dei profili di utilità dei risultati della ricerca economica per l'interpretazione e l'applicazione del diritto del lavoro (§ 5); e si conclude con alcune considerazioni sul contributo che dalla cooperazione fra giuristi ed economisti può venire alla delimitazione ma al tempo stesso al rafforzamento del ruolo del diritto del lavoro (§ 6).

2. - Il fatto e la norma. La ripartizione dei compiti fra l'economista e il giurista

Differenza di oggetto, e non soltanto di metodo, fra diritto ed economia. – La realtà dei rapporti sociali è costituita da un intreccio di *essere* socio-economico (l'insieme dei comportamenti tenuti dai soggetti, nella loro obbiettività storica) e di *dover essere* giuridico (l'insieme delle norme di

(*) Questo capitolo è tratto, con qualche adattamento marginale e i necessari aggiornamenti, dal saggio pubblicato in RIDL, 2001, I, 165-201 e dal cap. XXII del manuale BRUCCHI LUCHINO, Economia del lavoro, 2^a ed., Bologna, il Mulino, 2003.

comportamento rese effettive dalle rispettive sanzioni), in dialettica continua fra loro. Si può dire, in via di prima approssimazione, che l'economista e il giurista focalizzano la propria attenzione rispettivamente sull'uno e sull'altro polo dialettico di questa realtà.

Rientrano nell'*essere* studiato dall'economista non soltanto i rapporti economici che sono oggetto delle c.d. "analisi positive", ma anche gli effetti delle possibili misure di politica economica, che sono oggetto delle c.d. "analisi normative" (si tratta pur sempre del funzionamento effettivo del sistema economico: se verrà adottata una determinata misura, *di fatto* si produrranno determinati risultati e non altri: donde l'indicazione delle misure necessarie per conseguire i risultati voluti). Altra cosa, sul piano concettuale, è la "norma" intesa come *dover essere* giuridico - oggetto esclusivo dello studio del giurista in quanto tale -, che si colloca in un suo mondo astratto tutto intessuto di nessi di natura deontologica.

È vero che nel linguaggio proprio del diritto, come in quello proprio dell'economia e di altre branche del sapere, il punto d'arrivo almeno tendenziale del ragionamento è sempre espresso in una proposizione riconducibile allo schema "se è A, ne consegue B". Ma la differenza, secondo la teoria del diritto di cui H. Kelsen (1) ha proposto la costruzione più compiuta, sta nel nesso che lega la condizione alla conseguenza: mentre per l'economista il nesso è di natura causale ("se è A, è necessariamente B") (2), per il giurista il nesso è di natura deontologica ("se è A, *deve* essere B"), cioè si fonda su di una norma, la quale trae sempre la propria validità – secondo schemi logici peculiari del mondo del *dover essere* giuridico – da una norma superiore (3).

Per comprendere meglio questa distinzione, si pensi alla proposizione "qui non si può far lavorare ragazzi minorenni": collocata nel mondo dell'*essere*, quella proposizione significa che l'ingaggio di minorenni non è materialmente possibile, ad esempio perché essi vanno tutti a scuola e non ve n'è alcuno disponibile per lavorare; collocata nel mondo del *dover essere*, invece, la stessa proposizione significa che far lavorare i minorenni è vietato: materialmente si potrebbe, ma *non si deve* farlo; se lo si fa si contravviene a un comando.

Lo studio economico degli effetti della norma giuridica e l'uso giuridico dell'analisi economica. - Diverso dal *dover essere* che è "posto" mediante la norma è anche l'*essere* degli effetti prodotti dalla norma, che come tale in larga parte si presta a costituire oggetto dei modelli teorici e delle misurazioni empiriche degli economisti. Si parla in proposito di "analisi economica del diritto":

(1) H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Wien, Verlag Franz Deuticke; trad. it.: *La dottrina pura del diritto*, a cura di G. Losano, Torino, Einaudi, 1966

(2) Sul problema dell'accertamento del rapporto causale v. il capitolo 20 di BRUCCHI LUCHINO, *Economia del lavoro*.

(3) Sempre secondo la teoria kelseniana, al vertice dell'ordinamento giuridico sta la "norma fondamentale", che non trae la propria validità da alcuna norma sovraordinata e per questo si distingue nettamente dalle norme giuridiche: essa costituisce un punto di contatto ineliminabile tra *dover essere* giuridico ed *essere* dei rapporti sociali.

è questo il versante economico del nuovo comparto accademico che va sotto il nome di *law and economics*. L'altro versante del *law and economics*, quello giuridico, che possiamo indicare col termine "uso giuridico dell'analisi economica", consiste nell'utilizzazione dei risultati delle indagini dell'economista da parte del giurista per lo svolgimento del suo compito peculiare, cioè per l'interpretazione e l'applicazione della norma; torneremo a parlarne nel § 5.

Qui occorre sottolineare che gli studi di *law and economics* non possono essere considerati come tutti appartenenti a una disciplina a sé stante, con un suo oggetto unitario e un suo metodo peculiare: l'analisi degli effetti della norma svolta dall'economista e l'uso dell'analisi economica nell'interpretazione della norma da parte del giurista costituiscono due attività nettamente distinte, ancorché fra loro strettamente comunicanti e – come vedremo più precisamente nelle pagine seguenti - reciprocamente necessarie.

Lo studio economico del "perché" della norma giuridica. – Gli economisti si propongono di spiegare secondo il loro metodo, quindi in termini utilitaristici, anche *il perché* delle istituzioni giuridiche, del nascere delle singole norme, del modo in cui esse concretamente funzionano (si possono spiegare in termini utilitaristici anche le grandi scelte costituzionali su cui si fondano i principi dell'uguaglianza e della solidarietà): negli ultimi trent'anni è venuta consolidandosi una nuova branca della scienza economica, dedicata allo studio positivo "del mercato delle regole", la quale va sotto il nome di *political economy* (4). Del resto, anche i sociologi, gli antropologi, gli psicologi, gli storici, i politologi e i cultori di altri campi del sapere aspirano a studiare e spiegare quegli stessi fenomeni utilizzando i rispettivi metodi e i rispettivi armamentari concettuali. Ma non per questo i suddetti non giuristi attentano alla peculiarità dell'oggetto della scienza giuridica (intesa nell'accezione più stretta del termine che si è sopra precisata), la quale resta sola a studiare e custodire l'intima coerenza logica di un sistema di norme, di precetti rivolti al comportamento umano.

Questa coerenza costituisce pur essa un valore; e anche l'opzione per questo valore, il perché della sua universalità, sono oggetto di un sapere diverso dal sapere giuridico inteso in senso kelsenianamente stretto: se ne occupano i filosofi, i sociologi e gli storici del diritto. Ma i meccanismi interni della coerenza sistematica dell'ordinamento non sono conoscibili se non con gli strumenti del sapere giuridico: quando dall'*essere* dei comportamenti umani, in particolare dallo "scegliere" compiuto dal legislatore, si passa al *dover essere* che ne consegue, la parola passa al giurista e a lui soltanto. È opera sua l'individuazione del sistema dei principi (*dogmatica*) e, in rigorosa coerenza con esso,

(4) Si presti attenzione a non confondere la *political economy* con l'altra branca della scienza economica – di cui si è fatto cenno poco sopra - che chiamiamo correntemente "politica economica", la quale si occupa invece delle cosiddette "analisi normative", cioè delle misure che devono essere adottate se si vogliono raggiungere determinati risultati.

l'interpretazione delle singole regole poste dal legislatore (*ermeneutica*), al fine della loro applicazione alle fattispecie concrete.

Compiti del giurista diversi dalla dogmatica e dall'ermeneutica. – Quelli testé indicati sono i compiti essenzialmente propri del giurista, inteso nel senso kelsenianamente “puro” di cui si è detto sopra (5). Vi sono poi anche altri compiti, nei quali il giurista può mettere a frutto la propria peculiare conoscenza dell'ordinamento giuridico, oltre che la propria eventuale esperienza pratica nelle funzioni di avvocato, giudice, notaio, consulente di legislatori o di operatori pratici, e che pertanto gli vengono comunemente attribuiti: mi riferisco in particolare alla redazione di testi normativi (progetti di legge, regolamenti amministrativi, ecc.) o di atti negoziali. Su quest'ultimo terreno, però, la distinzione delle competenze tra giurista ed economista sfuma; qui non si tratta di verificare la validità giuridica della norma e di andare alla ricerca del suo contenuto precettivo, ma di scegliere e costruire quel contenuto stesso: opera nella quale è, certo, sempre necessario l'uso di una buona tecnica normativa – tipicamente posseduta dal giurista - che riduca al minimo il possibile contenzioso interpretativo futuro, ma è sovente necessaria anche la capacità di previsione precisa degli effetti della norma, che, a seconda dei casi e delle materie, può essere prerogativa dell'economista, così come del sociologo, dello storico, del politologo, dello psicologo, o del cultore di altri campi del sapere.

Che su questi terreni sia utile l'interazione fra i contributi che possono venire da tutte le scienze sociali, e in primo luogo da quelle giuridiche ed economiche, è ovvio e universalmente riconosciuto. Ciò che è, invece, assai meno ovvio è che tale utilità, e in particolare quella della collaborazione tra economisti e giuristi, possa manifestarsi anche sul terreno peculiare dell'analisi economica e su quello peculiare della dogmatica e dell'ermeneutica giuridica. Nel paragrafo che segue vediamo come un contributo fondamentale in proposito sia stato dato da un grande economista contemporaneo.

3. – Le possibili ragioni d'essere economiche dell'ordinamento giuridico e del contratto di lavoro nell'impresa

(5) Non abbiamo qui lo spazio per dar conto della discussione che ha visto contrapporsi nell'ultimo mezzo secolo alla corrente “normativista” di matrice kelseniana la corrente del c.d. “realismo giuridico” - K. OLIVECRONA (*Law as Fact*, London, Oxford Univ. Press, 1939; trad. it.: *Il diritto come fatto*, Milano, Giuffrè, 1967), A. ROSS (*On Law and Justice*, London, Stevens & Sons 1958; trad. it.: *Diritto e giustizia*, Torino, Einaudi, 1965:) -, la quale concepisce il diritto essenzialmente come l'insieme delle decisioni dei giudici. Quale che sia l'opzione teorico-filosofica a questo proposito, sta di fatto, comunque, che anche nell'ambito della concezione “realistica” del diritto il compito peculiare del giurista resta pur sempre quello di prevedere il contenuto della decisione del giudice sul caso concreto; e poiché la magistratura ispira – almeno tendenzialmente - le proprie decisioni a un sistema logico di precetti e al contenuto delle regole che possono esserne dedotte, anche l'opera del giurista, intesa secondo la concezione “realistica” del diritto, finisce per consistere in qualche cosa di molto simile, se non identico, alla dogmatica e all'ermeneutica praticate dal giurista “kelseniano”.

La norma giuridica come strumento per il risparmio di costi di transazione. – Un ordinamento giuridico sarebbe necessario anche in una situazione in cui qualsiasi rapporto di collaborazione tra i membri della società potesse essere regolato mediante accordo fra gli interessati con costi negoziali trascurabili, in condizioni di concorrenza bilaterale e di perfetto equilibrio fra le parti nella disponibilità delle informazioni: anche in una siffatta situazione occorrerebbe, infatti, un ordinamento che stabilisse almeno le dotazioni iniziali di ciascuno e a ciascuno assicurasse la necessaria sicurezza personale, che garantisse l'esecuzione corretta dei contratti con prestazioni differite nel tempo, che impedisse le frodi. Ma poiché la situazione descritta è puramente teorica e nella realtà il funzionamento efficiente dei mercati è sovente impedito da costi negoziali eccessivi, da rilevanti asimmetrie informative, da situazioni di monopolio o da altri fattori di inefficienza dei mercati stessi, l'ordinamento giuridico può essere chiamato a svolgere un ruolo ulteriore e diverso, rispetto a quello elementare di cui si è appena detto: in una situazione di inefficienza del mercato, il sostituirsi dell'intervento legislativo all'autonomia privata nella regolamentazione di determinate materie può essere – e molto sovente effettivamente è – la soluzione più razionale.

Alla spiegazione razionale della necessità economica dell'ordinamento giuridico come conseguenza di una disfunzione dei mercati ha dato un contributo fondamentale R.H. COASE (1960), cui per questo è stato assegnato il premio Nobel nel 1991: un contributo dal quale ha preso le mosse lo studio economico dell'"organizzazione" come alternativa al mercato (6) e che assume una particolare rilevanza, come vedremo tra breve, per i rapporti tra economia e diritto del lavoro. L'idea centrale di C. – comunemente indicata, ma non da lui, come "teorema di Coase" – è che se il coordinarsi tra i soggetti mediante accordi non costasse nulla, se cioè i soggetti i cui interessi sono direttamente o indirettamente coinvolti in una determinata situazione o attività non dovessero spendere alcun tempo, denaro o fatica per apprendere tutte le informazioni necessarie, conoscersi tra loro, incontrarsi, negoziare e stipulare il contratto fra di loro e poi controllare che esso venga attuato correttamente, si determinerebbe automaticamente la migliore allocazione delle risorse, indipendentemente dall'attribuzione del diritto originario sulle risorse stesse a un soggetto o all'altro; non ci sarebbe dunque alcun bisogno di un intervento autoritativo volto a regolare le attività private e i rapporti tra gli individui. Poiché, però, nella realtà i costi di transazione esistono e sono talvolta proibitivi, è necessario che il coordinamento dei soggetti sia determinato per via non contrattuale, ma autoritativa o "amministrativa"; donde la funzione dello Stato e della legge per la regolazione delle attività umane, come *second best*. Questa funzione – avverte C. – non deve però mai spingersi al punto di produrre costi superiori rispetto ai costi di transazione che l'intervento autoritativo mira a evitare. E dove i

(6) V. nota 8.

costi di transazione possano essere eliminati o adeguatamente ridotti, lo Stato deve astenersi dall'intervento autoritativo per consentire il ritorno al *first best* (7).

Se per un verso la teoria di C. porta a una considerazione critica del ruolo dello Stato e del diritto nell'economia, per altro verso essa pone in luce la sottovalutazione da parte degli economisti "ortodossi" della necessità economica della regolazione mediante lo strumento della legge: lo strumento legislativo era stato in precedenza considerato – soprattutto dalla c.d. "scuola di Chicago", a cui pure C. apparteneva - prevalentemente o esclusivamente come un corpo estraneo rispetto al sistema economico, perturbatore di equilibri ottimali altrimenti raggiungibili attraverso il libero mercato; non si considerava che proprio in conseguenza dei costi di transazione (concetto a cui sono riconducibili anche le asimmetrie informative) vi sono problemi che il mercato, se abbandonato a se stesso, risolverebbe in maniera assai più inefficiente di quanto non possa fare l'intervento autoritativo dello Stato. Ai suoi colleghi economisti "ortodossi" C. rimprovera dunque la scarsa aderenza dei vecchi modelli alla realtà, che deriva dalla mancata considerazione dei costi di transazione e dalla obliterazione della ragion d'essere economica del diritto (8). Almeno per la prima parte il messaggio è stato pienamente recepito dagli economisti, e particolarmente dagli economisti del lavoro: nell'ultimo ventennio la loro riflessione – anche quando si è ispirata a una impostazione rigorosamente "marginalista" o "neoclassica" - si è fortemente concentrata sulle inefficienze del libero mercato causate dai costi di transazione e in particolare delle asimmetrie informative.

Impresa e contratto di lavoro come strumenti per il risparmio di costi di transazione o per la ripartizione razionale del rischio. - Al pari dello Stato, anche l'impresa nasce, secondo COASE, dalla necessità di sostituire una "relazione di autorità" all'insieme delle transazioni che altrimenti sarebbero di volta in volta necessarie per il coordinamento dei fattori della produzione. In questo ordine di idee il contratto di lavoro subordinato svolge la funzione peculiare di consentire all'imprenditore di adattare via via unilateralmente il contenuto della prestazione lavorativa alle mutevoli esigenze contingenti, senza necessità di ricontrattarlo di volta in volta con il collaboratore; l'elemento essenziale di questo tipo di contratto è qui dunque individuato nell'assoggettamento della prestazione al potere direttivo del creditore.

(7) R.H. COASE (*The Problem of social Cost*, Univ. Chicago Press, 1960; trad. it. in *Impresa, mercato e diritto*, Bologna, il Mulino, 1995, p. 222): "è mia convinzione che ... i responsabili delle decisioni politiche abbiano sovrastimato i vantaggi che derivano dalla regolazione governativa. Ma questa opinione, anche se giustificata, non può andar oltre il suggerimento che la regolazione governativa dovrebbe essere ridotta. Non ci dice dove dovrebbe essere tirata la linea di confine".

(8) R.H. COASE (*The Firm, the Market and the Law*, 1988; trad. it. in *Impresa, mercato e diritto*, Bologna, il Mulino, 1995, p. 45). Proprio su questo terreno – avverte C. - rimane da compiere "il lavoro più formidabile ... quello che si propone di svolgere la nuova disciplina di *law and economics*. Le interrelazioni tra il sistema economico e il sistema legale sono estremamente complesse e molti degli effetti causati dal cambiamento nel diritto sul funzionamento del sistema economico ... ci sono ancora nascosti" (p. 72).

A questa concezione si contrappone quella proposta nei primi decenni del secolo scorso da un altro economista, F.H. KNIGHT (1921), secondo il quale all'origine del rapporto di lavoro subordinato nell'impresa sta invece la differenza di propensione al rischio dei soggetti del rapporto stesso: in una situazione di incertezza circa le sopravvenienze che possono influire sulla produttività e sulla redditività del lavoro, il soggetto più sicuro dei propri mezzi e capacità organizzative, più informato e più propenso al rischio offre al soggetto più sprovveduto, più timido e insicuro, la garanzia di un reddito costante, acquisendo in cambio la facoltà di appropriarsi dei risultati del lavoro. Instauratosi questo rapporto *lato sensu* assicurativo, che genera di per sé l'indifferenza del produttore "assicurato" circa la produttività e la redditività dell'attività svolta, si comprende come questi sia ben disposto a concedere la facoltà di organizzare e dirigere il lavoro da lui svolto all'altro produttore: sarà infatti soltanto quest'ultimo a soffrire le conseguenze di eventuali errori nella direzione e organizzazione dell'attività comune. La subordinazione, intesa nel senso dell'assoggettamento del prestatore al potere direttivo e organizzativo del creditore, è dunque spiegata, secondo questa teoria, come conseguenza normale - ancorché non strettamente necessaria - di un rapporto assicurativo che si instaura fra il creditore e il debitore della prestazione lavorativa a causa della loro differente propensione al rischio.

Per un verso, le due teorie menzionate portano a due nozioni differenti del contratto di lavoro nell'impresa, entrambe suscettibili di essere utilizzate dal legislatore in due momenti diversi:

- in sede di definizione della fattispecie – cioè dell'insieme omogeneo di rapporti – alla quale il diritto del lavoro si applica; ed è indispensabile *per il giurista* avere chiaro quale dei due modelli economici costituisce la fattispecie di riferimento a cui riferire la disciplina dettata dall'ordinamento;
- oppure in sede di definizione degli effetti che si ricollegano alla fattispecie: il nostro ordinamento, ad esempio, ricollega inderogabilmente alla fattispecie individuata dall'elemento della subordinazione (secondo una costruzione corrispondente alla concezione coasiana) un contenuto assicurativo del contratto (corrispondente alla costruzione knightiana); ed è soltanto facendo riferimento a tale contenuto assicurativo che il giurista può spiegare compiutamente il nesso di corrispettività che lega la retribuzione alla prestazione lavorativa, in un rapporto nel quale la retribuzione deve essere corrisposta anche quando la prestazione lavorativa viene meno per un impedimento sopravvenuto, oppure diventa inutile per l'impresa.

Per altro verso, ciascuna delle due teorie menzionate fornisce un quadro concettuale comunque indispensabile *per l'analisi economica* di fenomeni giuridici di importanza cruciale. Così, ad esempio, sulla teoria dell'impresa come strumento organizzativo necessario per il risparmio di costi di transazione possono fondarsi modelli capaci di spiegare il fenomeno del decentramento produttivo che si realizza mediante una vasta gamma di contratti (dove l'alternativa *make or buy* è risolta

dall'imprenditore attraverso un bilanciamento fra costi di transazione esterni che non variano e costi organizzativi interni che crescono col crescere delle dimensioni dell'azienda) (9); e la stessa teoria può fornire criteri razionali di valutazione delle restrizioni poste dalla legge o dalla contrattazione collettiva in materia di decentramento produttivo (v. in proposito anche § 5). La concezione del contratto di lavoro come strumento per la ripartizione razionale del rischio tra datore e prestatore suggerisce invece l'utilizzazione del modello *principal/agent* per studiare non soltanto i meccanismi di determinazione delle retribuzioni nei casi in cui il primo non ha il pieno controllo della prestazione del secondo, ma anche i criteri di scelta del lavoratore tra subordinazione e autonomia e dell'imprenditore nell'alternativa *make or buy*, nonché le determinanti e gli effetti delle disposizioni legislative o collettive che assicurano in varia misura la stabilità del rapporto (v. ancora § 5), accentuando corrispondentemente la collocazione del rischio degli eventuali impedimenti in capo all'imprenditore (10).

*

Abbiamo visto in questo paragrafo alcuni schemi concettuali dei quali l'economista può avvalersi per inquadrare tre fenomeni giuridici di importanza cruciale in materia di lavoro: l'intervento autoritativo dello Stato, l'impresa e il contratto di lavoro. Il paragrafo che segue si propone di mostrare quando e come, nello studio di tali fenomeni, possa essere utile o addirittura indispensabile all'economista una conoscenza non soltanto elementare del diritto che regola la materia.

4. - Dove e come la conoscenza del diritto è necessaria per l'analisi economica in materia di lavoro

Anche al di fuori del campo della *political economy* e di quello dell'analisi economica del diritto (v. § 2), è dunque sempre più diffusa tra gli economisti la consapevolezza della necessità, al fine di una migliore definizione, classificazione, messa a fuoco e comprensione dei fenomeni studiati, di una conoscenza non superficiale della regolamentazione giuridica dei fenomeni stessi; e questa esigenza si manifesta in modo particolarmente evidente nel campo dell'economia del lavoro. Non si tratta di perseguire una maggiore analiticità della rappresentazione della realtà sociale, che potrebbe

(9) Il riferimento fondamentale in proposito è O.E. WILLIAMSON, *Markets and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implications*, New York, Free Press, 1975; Id. *Le istituzioni economiche del capitalismo*, 1985; tr. it. Milano, Angeli, 1987. Per gli sviluppi della discussione, nel campo della scienza economica e dell'organizzazione, e per gli ulteriori riferimenti alla letteratura precedente, v. R. GIBBONS, *Taking Coase seriously*, Ithaca, New York, Cornell Un. Press., 1999; J. FREEMAN *Efficiency and Rationality in Organizations*, Ithaca, New York, Cornell Un. Press., 1999. In campo giuslavoristico v. invece R. DEL PUNTA, *Mercato o gerarchia? I disagi del diritto del lavoro nell'era delle esternalizzazioni*, DML, 2000, pp. 49-67.

andare a scapito della comprensione globale dei fenomeni: neppure una comprensione globale sintetica può prescindere dal fatto che la realtà sociale è costituita da un intreccio inestricabile di “essere” e di “dover essere” giuridico.

Esaminiamo questo punto più da vicino.

Quando all’economista serve conoscere il diritto del rapporto individuale di lavoro. - Se osserviamo una persona recarsi tutte le mattine a lavorare presso una azienda, la prima cosa che siamo indotti a pensare è che si tratti di un dipendente di quella azienda. Ma può trattarsi anche di un collaboratore autonomo obbligato in modo continuativo alla prestazione in quell’orario, oppure di un libero professionista a cui è comodo recarsi presso l’azienda cliente sempre in quel determinato orario, di un parente del titolare che presta la propria opera nell’ambito dell’impresa familiare, di un associato in partecipazione, di un socio che ha conferito in società il proprio lavoro, del dipendente di un’altra impresa distaccato per qualche motivo presso l’azienda in questione, di un praticante volontario che presta la propria opera gratuitamente, o di un neo-laureato impegnato in uno *stage* di addestramento o con indennità di formazione o “borsa lavoro” a carico di un soggetto terzo. Poiché a ciascuno dei suddetti tipi contrattuali si applica una disciplina giuridica diversa, in parte inderogabile e in parte a carattere dispositivo (cioè derogabile mediante pattuizione difforme tra le parti: v. riquadro 1), il difetto di considerazione della differenza tra gli assetti contrattuali può pregiudicare la comprensione esatta dei comportamenti delle parti e quindi l’apprezzamento del loro significato sul piano economico. L’economista che non sia anche un po’ giurista, o non disponga dell’aiuto del giurista, rischia di non impostare su di una tassonomia corretta le ricerche empiriche e i propri modelli teorici.

In riferimento all’ordinamento italiano attuale, e più in generale agli ordinamenti europeo-continentali, una distinzione particolarmente importante per le grandezze economiche coinvolte e molto discussa tra i giuslavoristi, ma non sempre adeguatamente considerata dagli economisti, è quella che corre tra subordinazione e mera “dipendenza” del lavoratore nei confronti dell’imprenditore (v. ancora riquadro 1, dove viene anticipato e riassunto un discorso che verrà sviluppato nel capitolo IV e ivi particolarmente nel § 5).

RIQUADRO 1

È “meglio” essere lavoratori subordinati o lavoratori autonomi?

Inderogabilità di una norma, nella nostra materia, significa che il lavoratore non può rinunciare alla protezione offertagli da quella norma. Se egli non può rinunciare a quella singola protezione, parrebbe che a maggior ragione debba essergli precluso di rinunciare in blocco a tutte le protezioni disposte dall’ordinamento. Eppure, quando il lavoratore sceglie di stipulare un con-

(10) V. in proposito il capitolo 10 di BRUCCHI LUCHINO, *Manuale di economia del lavoro*, 2002². Ivi i riferimenti alla letteratura economica in argomento. Sul versante giuridico v. ancora R. DEL PUNTA, op. cit. nella nota prec.

tratto di lavoro autonomo invece che di lavoro subordinato, egli rinuncia in blocco a quasi tutte le tutele. È questo il motivo per cui una parte dei giuslavoristi sostiene che non debba essere riconosciuta alle parti individuali alcuna libertà di scelta negoziale: la qualificazione del rapporto come subordinato o autonomo dovrebbe – secondo questa corrente dottrinale - dipendere esclusivamente dal dato fattuale (l’“inserimento” di fatto del lavoratore nell’azienda) e non dal dato contrattuale, cioè dalla volontà negoziale espressa dalle parti all’atto della costituzione del rapporto.

La nostra Corte di Cassazione non la pensa così: può dirsi ormai consolidato il suo orientamento nel senso che la qualificazione del rapporto come subordinato o autonomo dipende essenzialmente dall’assoggettamento contrattuale del lavoratore al potere direttivo dell’imprenditore, cioè dalla effettiva pattuizione – tacita o esplicita - fra le parti individuali di un obbligo continuativo di obbedienza del primo nei confronti del secondo. In questo ordine di idee, dunque, è il lavoratore a determinare la natura del rapporto, con la sua scelta contrattuale di assoggettarsi o no a quell’obbligo di obbedienza. E, a seconda della scelta contrattuale delle parti, la stessa attività lavorativa a carattere continuativo può svolgersi in regime di subordinazione o di autonomia.

Del resto – anche volendosi collocare in una logica puramente protettiva degli interessi del lavoratore - nessuno può dire che sia, in generale, “migliore” la posizione del lavoratore subordinato rispetto a quella del lavoratore che svolga la stessa attività in regime di autonomia: in conseguenza della diversa disciplina dei due tipi di rapporto, a parità di ogni altra condizione il lavoratore subordinato goda di una retribuzione unitaria minore ma più sicura, il lavoratore autonomo di una retribuzione unitaria più elevata ma con maggiore rischio in caso di sopravvenienze negative. Quale dei due assetti contrattuali sia “migliore” per il singolo lavoratore dipende da molte circostanze, tra le quali in primo luogo la sua propensione al rischio e l’entità del “premio assicurativo” di fatto addossato al lavoratore stesso se la prestazione si svolge in forma subordinata.

Resta da chiedersi perché l’insieme delle protezioni inderogabili sia stato limitato dall’ordinamento fino allo scorso anno soltanto nell’area del lavoro subordinato. Tutte le ragioni di natura economica che possono essere individuate per l’intervento protettivo nei confronti dei lavoratori subordinati (asimmetrie informative, situazioni di dipendenza economica conseguenti al carattere continuativo ed esclusivo del rapporto) potrebbero essere adottate a giustificazione dello stesso intervento protettivo nei confronti dei collaboratori continuativi autonomi operanti in via esclusiva o prevalente per un unico committente (v. in proposito P. ICHINO, 1996, cap. III, e 2000, cap. V). Questo spiega la tendenza del diritto del lavoro italiano - come di quello della maggior parte degli altri Paesi europei e dello stesso ordinamento comunitario - a estendere la propria area di applicazione anche ai rapporti di collaborazione autonoma caratterizzati da continuità e “monocommittenza”: tendenza che è culminata nella riforma molto incisiva della materia delle collaborazioni autonome attuata con gli artt. 61-69 del decreto legislativo 10 settembre 2003 n. 276 (sulla quale v. cap. III, § 12).

Difetti non privi di rilevanza pratica, negli studi economici, possono manifestarsi non soltanto per l'imprecisione della distinzione fra i numerosi tipi legali del contratto di lavoro, ma anche per l'imprecisa messa a fuoco di altri aspetti giuridici del rapporto. Vediamo più da vicino come questo possa accadere in due campi, diversi da quello della qualificazione del contratto, che assumono particolare rilievo per lo studio dei rapporti individuali di lavoro: quello della retribuzione e quello della cessazione del rapporto.

Accade sovente di vedere ignorate dall’economista le differenze di regolamentazione legislativa o contrattuale dell’impatto sulla retribuzione degli impedimenti sopravvenuti della prestazione. Il giuslavorista distingue innanzitutto, a questo proposito, il “salario” (retribuzione oraria o a cottimo,

fino a qualche tempo fa tipica del rapporto di lavoro operaio, soggetta a sospensione nel caso di sospensione dell'attività lavorativa), dallo "stipendio" (retribuzione mensile tipica del lavoro impiegatizio fin dalle origini e oggi estesa alla maggior parte dei rapporti di lavoro operaio, insensibile alle interruzioni contingenti dell'attività lavorativa); e all'interno delle due grandi categorie distingue i vari possibili regimi applicabili in relazione ai singoli possibili impedimenti "soggettivi" (quali la malattia o la maternità) od "oggettivi" (quali la sospensione dell'attività per cause di forza maggiore, per crisi di mercato, ecc.). Si osservi come la varietà dei regimi possibili in riferimento agli impedimenti eventuali della prestazione sia cosa concettualmente diversa rispetto alla varietà dei regimi possibili in riferimento all'impegno profuso dal lavoratore e alla sua incidenza sul risultato del lavoro.

Nello studio economico delle politiche retributive non dovrebbe, inoltre, essere trascurata l'incidenza delle differenze di trattamento di fonte legislativa, o viceversa dei vincoli posti dall'ordinamento in tema di parità di trattamento, i quali andrebbero tenuti concettualmente distinti dai divieti di discriminazione, diretta o indiretta (11). La materia è stata oggetto, nell'ultimo ventennio, di una produzione legislativa assai rilevante e di una ricca elaborazione giurisprudenziale, che ha visto particolarmente impegnate le Corti superiori (comunitaria, costituzionale e di cassazione): lo studio del comportamento di imprese e lavoratori su questo terreno non può evidentemente prescindere, né per la parte in cui esso si conforma ai vincoli posti dall'ordinamento, né per la parte in cui esso vi contravviene. In riferimento alle nuove norme e agli orientamenti giurisprudenziali determinatisi in proposito, inoltre, la dottrina giuslavoristica ha elaborato una classificazione dei criteri di differenziazione dei trattamenti più articolata rispetto a quella elaborata dagli economisti, cui questi ultimi potrebbero utilmente attingere per la costruzione dei propri modelli e l'impostazione delle ricerche empiriche (12).

Nello studio economico della mobilità del lavoro ha un'importanza cruciale non soltanto la conoscenza precisa della disciplina limitativa dei licenziamenti, ma anche e soprattutto – ciò di cui è meno diffusa la consapevolezza – la conoscenza precisa dei comportamenti dei giudici in proposito: quando, come accade in questo campo, la materia è disciplinata da norme estremamente generiche ed elastiche (quali quelle che definiscono la giusta causa e il giustificato motivo di licenziamento), sono i

(11) L'obbligo di parità di trattamento, inteso nel suo significato giuridico più rigoroso, impone di trattare situazioni uguali in modo uguale e situazioni diverse in modo corrispondentemente diverso; il divieto di discriminazione impone invece di ignorare un determinato elemento di diversità fra due situazioni e dunque di trattare in modo uguale situazioni (per quel particolare aspetto) diverse: v. *infra*, cap. 7.

(12) V. ancora *infra*, cap. 7.

giudici a determinare il contenuto precettivo della norma; e la rigidità effettiva del vincolo può essere misurata con precisione soltanto attraverso lo studio delle loro decisioni (13).

A maggior ragione è necessaria all'economista una conoscenza raffinata degli orientamenti giurisprudenziali in materia di legittimità del licenziamento per qualsiasi ricerca sugli effetti della protezione della stabilità del posto di lavoro sul funzionamento del mercato del lavoro: un caso esemplare di studio di questo genere è costituito dall'analisi della giurisprudenza in materia di licenziamento in funzione dell'individuazione del nesso causale tra protezione della stabilità e sviluppo del ricorso al lavoro temporaneo tramite agenzia svolta da D. AUTOR (2003).

È importante per la ricerca economica anche la distinzione tra le molteplici possibili forme di cessazione del rapporto diverse dal licenziamento: dimissioni per giusta causa, che sovente andrebbero assimilate sul piano economico al licenziamento, dimissioni prive di motivazione espressa, risoluzione consensuale del rapporto (alla quale andrebbero assimilate le dimissioni incentivate) (14). Sul versante del recesso unilaterale del lavoratore, inoltre, meriterebbero un'attenzione assai maggiore da parte degli economisti le clausole dei contratti individuali volte a legare all'impresa i lavoratori più professionalizzati: in particolare patti di non concorrenza, clausole di durata minima e clausole di allungamento dei termini di preavviso delle dimissioni, sovente rafforzate con la previsione di penali di importo rilevante per il caso di inadempimento. Con il diffondersi di queste clausole hanno assunto maggior rilievo anche gli orientamenti giurisprudenziali circa i requisiti di validità delle stesse: sarebbe interessante misurarne l'incidenza sui comportamenti effettivi; uno studio approfondito del funzionamento del mercato del lavoro nelle zone della professionalità medio-alta dovrebbe comunque tenerne conto.

(13) V. in proposito A. e P. ICHINO, M. POLO, *L'influenza delle condizioni del mercato del lavoro regionale sulle decisioni dei giudici in materia di licenziamento*, qui in appendice al cap. X.

(14) È molto frequente anche la grave imprecisione lessicale consistente nell'uso del termine "rescissione" come sinonimo di "risoluzione", oppure di "recesso unilaterale". A norma degli artt. 1447 e 1448 cod. civ., che si applicano alla generalità dei contratti, esclusi quelli di lavoro, la rescissione del contratto non può essere disposta unilateralmente dal soggetto interessato, ma è disposta su sua richiesta dal giudice, quando questi ravvisi una sproporzione fra le prestazioni corrispettive determinata dallo stato di bisogno di una delle parti, del quale l'altra parte abbia approfittato. Il diritto del lavoro si distingue dal diritto comune dei contratti proprio perché contro lo squilibrio nell'assetto dei reciproci interessi pattuito dalle parti esso prevede *rimedi diversi dalla rescissione*, volti a consentire il mantenimento in vita del rapporto: applicazione autoritativa di standard minimi, determinazione equitativa della retribuzione da parte del giudice, limiti massimi di orario di lavoro, e così via. Un'altra imprecisione terminologica che ricorre sovente negli scritti economici in materia di licenziamenti, come del resto nel linguaggio comune, consiste nell'uso del termine "giusta causa" quale sinonimo di "giustificato motivo": si tratta invece di due nozioni diverse, definite rispettivamente dall'art. 2119 cod. civ. (giustificazione del licenziamento - o delle dimissioni - *in tronco*) e dall'art. 3 della legge n. 604/1966 (giustificazione del licenziamento *con preavviso*, che in precedenza non richiedeva alcuna giustificazione): v. in proposito riquadro 2.

Quando all'economista serve conoscere il diritto sindacale. – Fin qui si è parlato dello studio dei rapporti individuali di lavoro. Un discorso analogo può proporsi per lo studio dei rapporti collettivi.

Gli economisti indicano comunemente con l'espressione "monopolio sindacale dell'offerta di lavoro" la situazione nella quale il trattamento dei lavoratori è disciplinato inderogabilmente dal contratto collettivo negoziato da un sindacato o una coalizione di sindacati (v. in proposito il riquadro 3, su contrattazione collettiva e tutela della concorrenza), distinguendo il caso del sindacato che si fa carico degli interessi degli *insiders* e di quelli degli *outsiders* (*encompassing trade-unionism*) da quello in cui il sindacato opera invece in funzione degli interessi dei primi, contro la concorrenza dei secondi; è assai raro, però, che vengano precisati i diversi possibili significati che l'espressione "monopolio sindacale" assume sul piano economico a seconda del regime giuridico di efficacia soggettiva dei contratti collettivi a cui essa si riferisce: può trattarsi di efficacia generalizzata (*erga omnes*) e splicitamente prevista dalla legge, oppure di efficacia generalizzata risultante di fatto da applicazioni giurisprudenziali più o meno costanti; oppure ancora di efficacia limitata in linea di diritto agli iscritti alle associazioni stipulanti, che può essere estesa di fatto anche ai non iscritti per ragioni pratiche ma può anche non esserlo; oppure infine di efficacia estesa a lavoratori iscritti e non iscritti, ma soltanto nell'ambito delle aziende iscritte all'associazione imprenditoriale stipulante.

La conoscenza precisa delle prerogative attribuite dall'ordinamento alla contrattazione collettiva e del modo in cui esse vengono effettivamente esercitate è indispensabile anche per lo studio degli effetti delle norme di legge suscettibili di essere derogate mediante accordo sindacale (secondo una scelta di tecnica legislativa che è stata largamente praticata in Italia a partire dalla fine degli anni '70 e che va sotto il nome di "garantismo flessibile"). Così, ad esempio, una ricerca economica sul fenomeno del contratto a termine in Italia nell'ultimo decennio non dovrebbe prescindere dal fatto che l'art. 23 della legge n. 56/1987 ha attribuito all'autonomia collettiva il potere di derogare *ex ante* al divieto posto dalla legge n. 230/1962 e quindi deve fare riferimento prioritario agli sviluppi effettivi della contrattazione collettiva su questa materia (quanto al periodo successivo alla riforma del contratto a termine, attuata con il decreto legislativo 6 settembre 2001 n. 368, la ricerca economica non può prescindere dallo studio degli sviluppi effettivi della giurisprudenza in questo campo, dal momento che ora l'individuazione del "giustificato motivo" di apposizione del termine è sottoposta (soltanto) al controllo *ex post* da parte del giudice del lavoro).

Un interesse notevole per l'economista presenta infine la c.d. "legislazione di sostegno" al sindacato nelle imprese di maggiori dimensioni e in particolare l'insieme delle norme che assoggettano l'esercizio di determinate facoltà da parte dell'imprenditore alla contrattazione con le rappresentanze sindacali, alla luce della teoria di R. COASE che individua nel risparmio di costi di transazione la

funzione essenziale dell'istituto dell'impresa (v. § 3). Se con il crescere delle dimensioni dell'azienda l'imprenditore perde progressivamente il potere di disporre unilateralmente dell'organizzazione del lavoro, dovendo negoziare via via sempre più estesamente le proprie scelte con le controparti sindacali, questo sposta verso il basso il punto di indifferenza dell'imprenditore nell'alternativa tra *make* e *buy* (v. ancora § 3) e quindi presumibilmente incide sul fenomeno della segmentazione dell'impresa (v. in proposito nota 8).

*

Se quelli esaminati nelle pagine che precedono sono i principali profili di utilità della conoscenza del diritto del lavoro e sindacale per l'economista, che ci è dato individuare alla luce degli sviluppi attuali del dialogo tra le due discipline, ancor più numerosi e promettenti appaiono in questa luce i profili di utilità della scienza economica per il giuslavorista.

5. - Dove e come la conoscenza dell'economia è necessaria per l'interpretazione e l'applicazione della norma giuslavoristica

La conoscenza precisa degli effetti di una norma, ottenibile soltanto attraverso l'analisi economica, può essere utile o addirittura indispensabile al giurista, nello svolgimento del compito che gli è essenzialmente proprio, in tutti i casi in cui l'argomentazione può o deve tenere conto delle conseguenze dell'applicazione della norma stessa. Questo è vero non soltanto nei sistemi di *common law* (caratterizzati dall'adattamento ai casi pratici - che viene operato di volta in volta dai giudici - di principi e regole enunciati nei precedenti giurisprudenziali) ma anche in quelli di *civil law* (caratterizzati invece dalla codificazione del diritto positivo, alla quale i giudici dovrebbero, in linea teorica, rigorosamente attenersi). È dunque gravemente inesatta – come vedremo più puntualmente tra breve – la tesi secondo cui, mentre nei sistemi di *common law* il ragionamento economico è immediatamente rilevante per la decisione del giudice, che deve “creare” la regola pratica caso per caso, nei sistemi di *civil law* la rilevanza del ragionamento economico sarebbe limitata alle scelte di politica legislativa (*de iure condendo*), poiché in sede di decisione delle controversie i giudici dovrebbero limitarsi a desumere la regola pratica dal diritto codificato (*de iure condito*) (15).

Nelle pagine che seguono esaminiamo più da vicino i diversi profili di rilevanza dei risultati dell'analisi economica del diritto per l'opera – tipicamente ed esclusivamente propria del giurista: v. § 2 - di interpretazione e applicazione della norma.

(15) In senso contrario v. P. LOI (*L'analisi economica del diritto e il diritto del lavoro*, DLRI, 1999, pp. 547-585), secondo la quale “i principi dell'analisi economica del diritto ... non possono essere presi in considerazione in una analisi giuslavoristica” positiva – volta cioè all'interpretazione del diritto vigente – mentre “possono dare un contributo importante nella definizione delle politiche del lavoro” (p. 552).

Possibile rilevanza dell'analisi economica degli effetti di una norma quando il perseguimento di certi risultati piuttosto che di altri sia vincolato da una norma di rango superiore. – Le conseguenze dell'applicazione possono assumere un rilievo determinante, innanzitutto, per il controllo della conformità o compatibilità di una norma legislativa nazionale ordinaria con una norma di rango superiore, che imponga al legislatore il perseguimento di determinati risultati, oppure gli vieti di perseguirne o produrne di fatto determinati altri. Ad esempio, se una norma costituzionale, comunitaria o di diritto internazionale impone un divieto di porre ostacoli all'accesso al lavoro di una determinata categoria di lavoratori, o addirittura un obbligo per lo Stato di promuovere tale accesso, l'analisi economica degli effetti di una norma legislativa ordinaria può essere assai rilevante – anche nel contesto di un ordinamento di *civil law* - per il controllo della sua conformità al precetto sovraordinato, consentendo di accertare se essa effettivamente garantisce le pari opportunità o produce effetti diversi (per un caso concreto in cui questo problema si pone v. il riquadro 2, dove viene anticipato un discorso che verrà sviluppato più ampiamente nel capitolo VII).

RIQUADRO 2

Una questione in tema di tutela antidiscriminatoria in favore dei lavoratori migranti

La Convenzione dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro n. 143/1975 obbliga l'Italia, che l'ha ratificata nel 1981, a promuovere e garantire la parità di opportunità nel mercato del lavoro in favore degli stranieri immigrati legittimamente (artt. 10 e 12 lett. g).

Nell'ottica giuslavoristica tradizionale, la garanzia della "parità di opportunità" si coniuga perfettamente e senza attriti con il divieto di differenziare i trattamenti. In questo ordine di idee, pertanto, appare perfettamente coerente con la Convenzione n. 143/1975 l'art. 41 della legge italiana 6 marzo 1998 n. 40, che vieta qualsiasi discriminazione ai danni dello straniero, proibendo agli imprenditori di riservare ai lavoratori stranieri un trattamento inferiore rispetto ai lavoratori indigeni. Se però si esamina la questione dal punto di vista del funzionamento effettivo del mercato del lavoro, il discorso si complica: di fatto, l'imposizione generalizzata di uno standard di trattamento minimo uguale per tutti costituisce sovente un ostacolo per l'accesso al lavoro del lavoratore immigrato da un Paese straniero, soprattutto quando si tratti di un Paese economicamente meno sviluppato. L'analisi economica porta a dire che la promozione di condizioni di pari opportunità può, talvolta, richiedere che non si applichi un divieto di differenziazione del trattamento, poiché questo di fatto può ridurre la possibilità dei lavoratori appartenenti a un gruppo svantaggiato di competere nel mercato con gli altri. In questa ottica l'art. 41 della legge n. 40/1998 potrebbe essere visto come una norma posta a protezione dei lavoratori italiani contro la concorrenza degli extracomunitari, configurandosi così un contrasto fra questa norma nazionale e la Convenzione n. 143/1975, che protegge l'interesse dei lavoratori migranti.

Nel febbraio 2000, per iniziativa del Comune di Milano, è stato stipulato un accordo collettivo locale che prevede la possibilità, per le imprese cui sia stato conferito dal Comune l'appalto di determinati servizi, di assumere lavoratori extracomunitari con livelli di tutela della stabilità inferiori rispetto agli standard generali. Il Comune e le confederazioni firmatarie dell'accordo sostengono che esso mira a favorire l'accesso al lavoro regolare dei lavoratori extracomunitari, in piena aderenza al principio enunciato nella Convenzione O.I.L. n. 143/1975; la Cgil ha rifiutato invece di sottoscriverlo, sostenendo che esso viola il divieto di discriminazione posto dalla legge n. 40/1998. Entrambe le tesi sono probabilmente fondate: il problema nasce da un attrito sostanziale fra la garanzia di pari opportunità e il divieto di trattamenti differenziati.

Per una ricerca econometrica sui possibili effetti delle norme antidiscriminatorie sulla possibilità di accesso al lavoro degli appartenenti alle categorie che si intendono proteggere (in questo caso donne e neri nel Civil Rights Act statunitense), v. OYER e SHAEFER, 2002.

È la stessa legge ordinaria (n. 125/1991, art. 4; n. 40/1998, art. 41), del resto, ad attribuire esplicitamente rilievo diretto alla “prova statistica” - e quindi all’analisi econometrica - per l’accertamento giudiziale della c.d. “discriminazione indiretta”.

I risultati dell’analisi economica degli effetti dell’applicazione di una norma possono, inoltre, assumere un rilievo determinante per la scelta, fra diverse interpretazioni possibili, di quella più coerente con il principio costituzionale, comunitario, o di diritto internazionale, cui la norma stessa intenda dare attuazione. Qui è particolarmente evidente il meccanismo logico mediante il quale il risultato dell’indagine di politica economica (“se si adotta la misura M^1 , ne consegue l’effetto E^1 ; se si adotta la misura M^2 , ne consegue l’effetto E^2 ”) viene recepito sul piano del “dover essere” giuridico (“poiché la norma di rango superiore impone di perseguire l’effetto E^1 e non l’effetto E^2 , la norma di rango inferiore, il cui tenore letterale è compatibile sia con la misura M^1 , sia con la misura M^2 , deve essere interpretata nel primo senso e non nel secondo”).

Anche questo è un problema che si pone sovente in riferimento alle norme legislative contenenti una regola di parità di trattamento finalizzata a proteggere una determinata categoria svantaggiata di lavoratori, quando non viene chiarito se la “parità” debba intendersi nel senso della *perfetta commisurazione*, oppure invece nel senso della *insensibilità*, del trattamento alla produttività effettiva della prestazione (per un caso di questo genere v. il riquadro 3, dove è in parte anticipato un discorso sviluppato nel cap. VII).

RIQUADRO 3

Una questione in materia di tutela dei lavoratori disabili

La nostra Costituzione impone allo Stato l’obbligo di promuovere l’avviamento al lavoro dei lavoratori disabili (art. 38 Cost., 3° comma) e di rimuovere gli ostacoli alla loro eguaglianza effettiva con gli altri lavoratori (art. 3 Cost.). In attuazione di questi principi costituzionali, l’art. 10, 1° c., della legge 12 marzo 1999 n. 68 attribuisce ai lavoratori disabili il diritto all’applicazione degli stessi standard di trattamento legislativi e collettivi applicabili ai lavoratori normodotati. Si pone in proposito la questione se la legge abbia inteso imporre al datore di lavoro di riservare al disabile lo stesso trattamento che è riservato al normodotato svolgente le stesse mansioni, indipendentemente dall’eventuale minore rendimento derivante in concreto dalla menomazione, oppure abbia inteso garantire al disabile soltanto un trattamento proporzionato al suo rendimento effettivo (con possibilità, pertanto, di un trattamento inferiore a quello del normodotato svolgente le stesse mansioni, nel caso in cui la menomazione riduca il rendimento).

I risultati dell’indagine economica teorica ed empirica sugli effetti della norma, interpretata nel senso della proporzionalità oppure invece nel senso dell’insensibilità del trattamento al minor rendimento, potrebbero assumere un notevole rilievo ai fini dell’opzione fra le due interpretazioni: se infatti potesse affermarsi che la regola dell’insensibilità del trattamento costituisca un ostacolo all’inserimento del disabile nel tessuto produttivo, questo fornirebbe un argomento assai forte a so-

stegno dell'interpretazione contraria, in quanto produttiva di effetti più coerenti con i principi costituzionali ispiratori della legge n. 68/1999.

Si segnala in proposito lo studio di D. ACEMOGLU e J. ANGRIST (1998), che attribuisce alla legge statunitense del 1991 sulla parità di trattamento dei lavoratori disabili un effetto depressivo sulle possibilità effettive di inserimento al lavoro degli appartenenti alla categoria destinataria della protezione.

L'importanza cruciale che la scienza economica può oggi assumere nel diritto del lavoro e nel diritto sindacale si coglie altresì quando si affronta la questione della compatibilità della negoziazione collettiva delle condizioni di lavoro, nonché dell'estensione *erga omnes* dei suoi effetti ad opera dell'ordinamento statale, con la tutela della libertà di concorrenza e il divieto di abuso di posizione dominante di cui agli artt. 81, 82 e 86 (nuova numerazione) del Trattato istitutivo della Comunità europea. Una soluzione della questione in senso favorevole alla compatibilità tra i principi di autonomia collettiva e di tutela della concorrenza può essere elaborata e argomentata solidamente, in riferimento all'ordinamento comunitario, soltanto sulla base della precisa individuazione delle peculiarità strutturali che impediscono al mercato del lavoro di assumere il carattere del mercato perfettamente concorrenziale: sulla base, cioè, di un ragionamento in cui siano utilizzati schemi concettuali essenzialmente propri della scienza economica. Ed è proprio il difetto di utilizzazione di quegli schemi concettuali che rende, invece, assai poco stringenti e persuasive le argomentazioni a cui ha fatto finora ricorso la giurisprudenza comunitaria in questo campo (v. il riquadro 4, dove è anticipato un discorso che verrà sviluppato nella terza sezione del capitolo III).

RIQUADRO 4

Contrattazione collettiva e tutela della concorrenza nell'ordinamento comunitario

La Corte di Giustizia della Comunità europea ha affrontato il caso di un'impresa tessile (la Albany International) che rifiutava di contribuire a un fondo di previdenza integrativa istituito da un contratto collettivo reso efficace per tutte le imprese del settore, secondo l'ordinamento nazionale olandese. L'impresa denunciava, in quel caso, la lesione del principio comunitario della libertà di concorrenza, derivante dalla disposizione collettiva che vincolava tutte le imprese del settore al regime assicurativo gestito da un unico ente; ma nel trattare la questione la Corte si è mostrata ben consapevole del fatto che, al di là del caso specifico, i profili di possibile contrasto fra contrattazione collettiva e libertà di concorrenza tra imprese sono assai numerosi e rilevanti (torneremo più ampiamente su questa sentenza nel terzo capitolo).

Questioni analoghe erano state affrontate più volte in passato dalle Corti nazionali e federali statunitensi e risolte secondo impostazioni via via diverse. La Corte di Giustizia europea ha risolto la questione affermando che "quando il contratto collettivo sia finalizzato a migliorare il trattamento dei lavoratori, esso deve considerarsi escluso dal campo di applicazione della disciplina comunitaria della concorrenza" (sentenza 21 settembre 1999, Albany).

I primi commentatori (16) hanno subito osservato come questa sentenza ponga diversi problemi di grande rilievo: innanzitutto quello di stabilire che cosa debba intendersi per "migliora-

(16) Tra i quali v. in particolare L. DI VIA, *Considerazioni sull'applicabilità delle disposizioni antitrust alla contrattazione collettiva*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2000, pp. 279-310; P. ICHINO, *Contrattazione collettiva e antitrust: un problema aperto*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2000, pp. 635-648; M. PALLINI, *Il rapporto problematico*

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

Così, ad esempio, il contratto collettivo nazionale italiano per il settore dei servizi di pulizia 24 ottobre 1997 prevede l’obbligo per l’impresa che subentri in un appalto in questo settore di assorbire tutto il personale impiegato dall’appaltatrice precedente; una norma analoga è contenuta nel c.c.n.l. per il settore dei servizi aeroportuali (ultimo rinnovo: 16 marzo 1999) e nel decreto legislativo 13 gennaio 1999 n. 18, art. 14, in relazione al quale la Commissione U.E. ha avviato contro l’Italia una procedura di infrazione davanti alla Corte di Giustizia. Disposizioni di questo genere producono l’effetto di garantire una posizione monopolistica al gruppo dei lavoratori attualmente svolgenti il servizio appaltato; e in un settore labour intensive come quello dei servizi di pulizia o quello dei servizi aeroportuali, attribuire una posizione monopolistica a un gruppo di lavoratori nel mercato del lavoro produce pressoché esattamente lo stesso effetto che attribuire una posizione monopolistica a un’impresa nel mercato dei servizi (cfr. in proposito anche la sentenza della Corte di Giustizia 10 dicembre 1991, Merci Convenzionali Porto di Genova).

Un contratto collettivo (come del resto la legge) può produrre indirettamente effetti di indebita limitazione della concorrenza fra imprese, pur mirando direttamente alla protezione dell’interesse dei lavoratori attualmente in attività, anche col porre di fatto ostacoli all’innovazione tecnologica (cfr. in proposito ancora la sentenza della Corte di Giustizia 10 dicembre 1991).

La questione della compatibilità del principio di autonomia collettiva con la tutela della libertà di concorrenza introduce a una questione di più vasta portata: quella del temperamento della protezione degli interessi dei lavoratori con la protezione degli interessi dei consumatori o utenti, che in questi termini generali finora si è posta soltanto come questione di politica legislativa (*de iure condendo*), ma sempre più si imporrà anche come questione relativa al diritto vigente (*ius conditum*) e in particolare alla compatibilità di norme nazionali in materia di lavoro con norme comunitarie.

I diversi significati pratici assunti dal principio costituzionale della tutela del lavoro nel mercato originario e nel mercato maturo. - Il diritto del lavoro è nato in funzione della correzione delle distorsioni monopsonistiche tipiche del mercato del lavoro originario a tutte le latitudini e longitudini (v. capitolo 2). Questo spiega il carattere universale dello sviluppo, nel corso dell’ultimo secolo, dell’intervento dello Stato o della contrattazione collettiva volto a stabilire standard minimi inderogabili di trattamento dei lavoratori, diffusamente considerato come fattore indispensabile di progresso sociale. Ma lo sviluppo economico degli ultimi decenni, con il moltiplicarsi delle imprese, il diversificarsi della domanda di manodopera nei settori secondario e terziario e il ridursi o annullarsi della riserva di manodopera agricola sottooccupata, ha modificato profondamente la struttura del

mercato del lavoro, facendo sì che essa conservi una connotazione monopsonistica simile a quella originaria soltanto in alcune limitate zone geografiche o in alcuni settori produttivi particolari. È potuto accadere, così, che sia venuta meno, ancorché soltanto in parte (17), la ragion d'essere di interventi protettivi originariamente finalizzati alla correzione di una distorsione monopsonistica del mercato; è potuto accadere, ad esempio, che una normativa di sostegno alla coalizione sindacale, originariamente emanata per contrastare il potere monopsonistico imprenditoriale, si sia di fatto trasformata strada facendo in uno strumento di mera autodifesa dei lavoratori occupati regolari contro la concorrenza esterna: degli *insiders* contro gli *outsiders* (v. cap. II). E sovente le difese dei lavoratori occupati regolari contro la concorrenza esterna possono servire indirettamente e surrettiziamente anche ai loro datori di lavoro per proteggersi dalla concorrenza di altre imprese.

Nel porre la “tutela del lavoro in tutte le sue forme e applicazioni” come principio generale dell'ordinamento repubblicano (art. 35 Cost.) e nel prevedere che le coalizioni sindacali maggioritarie potessero negoziare le condizioni di lavoro con effetti generali nell'ambito di ciascun settore (art. 39 Cost.), il legislatore costituente pensava sicuramente alla necessità di correzione delle distorsioni monopsonistiche tipiche del mercato del lavoro di un Paese – quale era l'Italia alla metà degli anni '40 - nel quale la rivoluzione industriale era ancora largamente incompiuta. Ed è ancora in quella fase dello sviluppo del Paese che è venuto consolidandosi l'orientamento giurisprudenziale secondo il quale gli standard retributivi minimi previsti dal contratto collettivo nazionale di un settore devono essere assunti come parametri per la determinazione della “giusta retribuzione” (art. 36 Cost.) di tutti i lavoratori appartenenti allo stesso settore (così realizzandosi di fatto, per la parte attinente ai livelli salariali, l'efficacia *erga omnes* dei contratti collettivi nazionali, nonostante che non sia mai stata data attuazione al meccanismo particolare previsto dall'art. 39 per la generalizzazione degli effetti della contrattazione collettiva). Questa applicazione dell'art. 36 Cost. corrisponde ancora oggi a un orientamento consolidato dei giudici del lavoro; ma nella dottrina giuslavoristica affiorano in proposito i primi dubbi, proprio in considerazione del fatto che non si può più dare per scontata la coincidenza dell'interesse degli *insiders* - costituenti la quasi totalità degli iscritti alle associazioni sindacali firmatarie dei contratti collettivi - con quello degli *outsiders* (si pensi alla questione della derogabilità nelle regioni meridionali degli standard retributivi previsti dai contratti collettivi nazionali di settore, per favorire l'accesso al lavoro regolare di centinaia di migliaia di disoccupati e occupati irregolari). In

(17) Anche nel mercato del lavoro maturo, caratterizzato da una marcata pluralizzazione della domanda di lavoro, possono manifestarsi distorsioni di natura monopsonistica, per effetto di asimmetrie informative, difetti di mobilità dei lavoratori, situazioni di dipendenza economica in cui essi possono venire a trovarsi in conseguenza del carattere continuativo ed esclusivo dei rapporti di collaborazione (c.d. *monopsonio dinamico*, in contrapposizione al *monopsonio strutturale* costituente la forma tipica del mercato del lavoro delle origini: v. in proposito il capitolo 2). Queste distorsioni possono costituire altrettante giustificazioni razionali per l'intervento correttivo del legislatore o della contrattazione collettiva.

alcuni casi, particolarmente nel settore dell'impiego pubblico e in quello dei servizi di trasporto, la finalizzazione prevalente o esclusiva del contratto collettivo alla tutela dei primi contro la concorrenza dei secondi è evidentissima.

Il problema dell'applicazione corretta dell'art. 36 Cost. – al pari di quello della conciliazione della contrattazione collettiva con la tutela della concorrenza, di cui si è detto sopra - non può, evidentemente, essere risolto prescindendosi dall'individuazione, in riferimento a un contesto determinato, degli interessi concretamente protetti dalla contrattazione collettiva, ovvero degli effetti concretamente da questa prodotti. E anche qui è evidente il contributo decisivo che all'opera del giurista può venire dalla scienza economica.

Possibile rilevanza dell'analisi economica del diritto in sede di applicazione delle c.d. "clausole generali": in particolare di quelle in materia di "giusta retribuzione" e di quelle limitative della facoltà di licenziamento. – Alcune norme sono poste dal legislatore nella forma della "clausola generale", cioè di una disposizione molto generica, che sostanzialmente affida all'interprete il compito di specificare il modo in cui devono applicarsi i principi generali dell'ordinamento nel caso specifico. È una clausola generale, ad esempio, quella contenuta nell'art. 1175 cod. civ. che impone al debitore e al creditore di "comportarsi secondo le regole della correttezza"; o quella contenuta nell'art. 1375 cod. civ. che impone alle parti di dare attuazione al rapporto contrattuale "secondo buona fede", o quelle che affidano al giudice la determinazione di un certo trattamento contrattuale "secondo equità". Poiché queste norme costituiscono in sostanza un rinvio riassuntivo ai principi generali, che possono trarsi dalla Costituzione e dagli ordinamenti internazionale e comunitario, per la corretta interpretazione e applicazione delle norme stesse deve richiamarsi tutto quanto si è detto sopra, in questo paragrafo, circa il contributo indispensabile che può venire dalla scienza economica all'opera del giurista.

La questione assume particolare importanza in materia di lavoro, poiché nella Costituzione e nel codice civile sono contenuti diversi rinvii all'equità per la determinazione giudiziale del trattamento dovuto al lavoratore, in assenza di disciplina legislativa o collettiva specifica. La più importante, tra le clausole di questo genere è quella, contenuta nell'art. 36 Cost., che attribuisce al lavoratore il diritto alla "giusta retribuzione" e della cui interpretazione corrente da parte dei giudici del lavoro si è detto sopra. Quell'orientamento giurisprudenziale si è ispirato essenzialmente a una scelta di comune buon senso; ma non è sufficiente il comune buon senso – ed è invece indispensabile una stretta cooperazione fra giurista ed economista - per risolvere in modo razionale e rigoroso i molti problemi che sorgono per l'applicazione di quella norma: quali sono i possibili effetti economici di un intervento che di fatto generalizza l'applicazione delle tariffe stabilite dai contratti collettivi nazionali? e quali sarebbero gli effetti di un intervento del giudice che si discostasse da quelle tariffe (ad esempio, per

tenere conto delle differenze regionali del costo della vita o del tasso di disoccupazione)? quali di questi effetti sono coerenti con i principi costituzionali e quali no?

Un discorso a parte merita un'altra norma, essa pure dettata in forma estremamente generica, che occupa una posizione cruciale nel sistema del diritto del lavoro: quella contenuta nell'art. 3 della legge 15 luglio 1966 n. 604, che vieta il licenziamento non sorretto da giustificato motivo.

Dottrina e giurisprudenza giuslavoristiche si sono lungamente affaticate nel tentativo di definire il giustificato motivo di licenziamento, senza mai pervenire a una soluzione appagante del problema e non riuscendo pertanto a superare un approccio eminentemente casistico; esse hanno sempre, però, considerato indiscutibile la distinzione fra il concetto di *g. m. soggettivo* (inadempimento grave del lavoratore) e quello di *g. m. oggettivo* (esigenza aziendale obbiettiva). Tutto induce a ritenere che l'approccio economico al problema possa consentire al giurista di affinare notevolmente il discorso sull'interpretazione corretta della norma vigente.

L'approccio micro-economico induce, innanzitutto, a mettere in discussione la drastica contrapposizione fra l'accezione "soggettiva" e quella "oggettiva" del giustificato motivo. Vi sono ottimi motivi per ritenere che il licenziamento disciplinare costituisca in realtà una specie particolare del licenziamento per esigenze obbiettive dell'impresa: solo in questo modo può spiegarsi il variare della soglia di tollerabilità delle mancanze del lavoratore in relazione alla situazione congiunturale e all'andamento dell'azienda (A. ICHINO e L. FELLI, 1996).

Lo stesso approccio micro-economico consente, inoltre, di affrontare in modo razionale il problema della definizione del giustificato motivo obbiettivo. La norma contenuta nell'art. 3 della legge n. 604/1966 non specifica quali possano essere le ragioni oggettive suscettibili di giustificare il licenziamento; è pertanto demandato al giudice di valutare caso per caso. La stessa cosa può essere espressa, nel linguaggio degli economisti, con le due seguenti proposizioni:

- il lavoratore può essere licenziato quando dalla prosecuzione del rapporto derivi per l'impresa, in termini di valore atteso, una perdita (risultante da costi contabili o da costi-opportunità, cioè da minor reddito prodotto rispetto a quello che sarebbe prodotto da altro lavoratore disponibile) superiore a una soglia di sopportabilità;

- quale sia questa soglia di sopportabilità, non è stabilito per legge ma è stabilito dal giudice caso per caso.

Dunque, il giustificato motivo oggettivo di licenziamento consiste in una perdita attesa, di importo superiore a una data soglia. Nelle sentenze dei giudici del lavoro su questa materia l'entità della soglia non viene quasi mai precisata; oppure affiora talvolta l'idea ingenua che la soglia sia pari a zero: sussisterebbe il giustificato motivo di licenziamento in tutti i casi in cui il bilancio preventivo della prosecuzione del rapporto potesse considerarsi comunque in perdita, quale che fosse l'entità di

tale perdita. Ma - quando si escluda il licenziamento per motivi di rappresaglia o di discriminazione, che per legge è sempre e comunque nullo - l'imprenditore non licenzia mai un proprio dipendente se il bilancio preventivo del rapporto è in pareggio o in attivo: se egli licenzia è *sempre* perché il bilancio preventivo è in perdita. Se dunque fosse sufficiente qualsiasi perdita attesa per giustificare il licenziamento, ciò equivarrebbe a dire che qualsiasi licenziamento (non dettato da motivi illeciti) è giustificato; non occorrerebbe allora alcuna disciplina limitativa della facoltà di recesso, salvo il divieto del licenziamento determinato da motivi illeciti. La legge è invece intervenuta a limitare la facoltà di licenziamento proprio perché si è voluto evitare che una perdita attesa *qualsiasi* potesse portare al licenziamento: per giustificare il recesso - dice implicitamente la legge - la perdita deve superare un limite di sopportabilità.

Le motivazioni delle sentenze in materia di giustificato motivo oggettivo di licenziamento vengono argomentate secondo schemi molto diversi da quello or ora proposto, espressi con massime più o meno ripetitive, che in verità non lasciano trasparire il ragionamento sul quale effettivamente si fonda la decisione del caso concreto. Ma quel ragionamento, quando porta a negare la legittimità del licenziamento, si fonda sostanzialmente sempre su questa valutazione: “nel caso specifico ritengo che dalla prosecuzione del rapporto di lavoro ci si debba attendere una perdita di entità sopportabile; non si può licenziare per così poco”. Un maggior rigore sul piano economico renderebbe le motivazioni dei giudici in questa materia assai più trasparenti, fornendo oltretutto alle parti un criterio di più agevole applicazione per la soluzione amichevole delle controversie e così contribuendo a ridurre il volume del contenzioso giudiziale.

L'arricchimento del discorso giuridico con gli schemi propri dell'economia consentirebbe anche di leggere la vicenda legislativa, in materia di disciplina limitativa dei licenziamenti, in un modo assai diverso da quello proposto nei manuali di diritto del lavoro (v. in proposito il capitolo X).

L'approccio critico alla questione dell'inderogabilità della norma legislativa o collettiva. - È assai diffusa tra i giuslavoristi l'idea che la caratteristica distintiva del diritto del lavoro rispetto al diritto civile consista nella limitazione dell'autonomia negoziale individuale mediante il regolamento inderogabile del rapporto di lavoro, in considerazione dello squilibrio del potere contrattuale fra le parti del rapporto stesso. La combinazione dell'approccio giuridico con quello economico consente di affinare notevolmente questa idea, definendone con precisione i presupposti e articolandone adeguatamente le conseguenze.

La scienza economica può innanzitutto insegnare al giurista a sostituire la nozione, assai imprecisa e per certi aspetti fuorviante, di “squilibrio di potere contrattuale” con quella di disfunzione del mercato: quest'ultima - assai meglio della prima - è suscettibile di costituire il punto di partenza non soltanto per individuare con precisione la giustificazione razionale dell'intervento autoritativo

del legislatore nei rapporti tra datori e prestatori di lavoro e delimitarne gli ambiti, ma anche per distinguere le materie e le situazioni nelle quali si giustifica l'intervento normativo autoritativo, consistente nell'emanazione di norme inderogabili (*mandatory rules*), dalle materie e situazioni nelle quali si giustifica l'emanazione di norme a carattere soltanto dispositivo (*default rules*).

Può osservarsi in proposito, in linea generale, come l'intervento della legge o della contrattazione collettiva su determinati aspetti del rapporto di lavoro sia giustificato soltanto dagli alti costi di transazione che le parti individuali dovrebbero altrimenti sostenere per la regolamentazione delle numerosissime possibili sopravvenienze del rapporto stesso, stante il suo carattere normale di rapporto di lunga durata (v. § 3). Quando di questo si tratti, logica vorrebbe che alla norma legislativa o contrattuale regolante una determinata sopravvenienza si attribuisca il carattere della disponibilità e non quello dell'inderogabilità: non vi sarebbe, infatti, motivo di impedire alle parti individuali di negoziare esplicitamente, in riferimento a quella materia, un assetto dei reciproci interessi divergente rispetto al regolamento standard.

Per altro verso, proprio dall'armamentario concettuale della scienza economica e in particolare dalla teoria dei giochi possono trarsi argomenti utili per la giustificazione costituzionale dell'imposizione per legge o per contratto collettivo di standard di trattamento minimi inderogabili, pur in situazioni nelle quali da tale imposizione possa derivare un aumento del tasso di disoccupazione, quando questo corrisponda a un interesse condiviso da *insiders* e *outsiders*, costituendo l'unica forma possibile di coordinamento del comportamento dei lavoratori in situazioni di rilevante asimmetria informativa (18). Altri modelli fondati sull'asimmetria informativa tra le parti possono essere utilizzati per giustificare l'imposizione inderogabile di una protezione del lavoratore contro il licenziamento (v. riquadro 3 al capitolo 2 e, più ampiamente, capitolo X).

In riferimento ad altre materie, l'approccio economico può essere indispensabile per chiarire il contenuto giuridico preciso del divieto di pattuizione difforme rispetto alla norma inderogabile. La nozione giuslavoristica di inderogabilità è strettamente legata a quella di *favor* per il lavoratore: un principio generale per il quale – salvo eccezioni – deve darsi la prevalenza alla disposizione (sia essa di fonte legislativa o pattizia) più favorevole per la “parte debole” del rapporto. Per questo il carattere autoritativo della norma giuslavoristica si traduce per lo più in una inderogabilità a senso unico: è vietata soltanto la deroga *in peius*. L'applicazione di questa regola è assai facile quando i termini del confronto sono costituiti da due disposizioni aventi per oggetto l'entità di un compenso, oppure l'estensione temporale di un beneficio; ma l'applicazione della stessa regola diventa difficile, se non

(18) Rinvio in proposito per brevità ad A. ICHINO, P. ICHINO, *A chi serve il diritto del lavoro. Riflessioni interdisciplinari sulla funzione economica e la giustificazione costituzionale dell'inderogabilità delle norme giuslavoristiche*, RIDL, 1994, I, partic. pp. 472-481.

impossibile, quando i termini del confronto sono costituiti da due disposizioni aventi un oggetto più complesso, come ad esempio la copertura di un rischio in cambio di un “premio”, dove la soluzione dipende dalla maggiore o minore avversione al rischio del singolo lavoratore (si pensi al confronto *ex ante* tra una retribuzione modesta ma garantita e una più elevata ma suscettibile di fluttuazioni).

Lo stesso problema si pone nel raffronto tra la posizione complessiva del lavoratore subordinato (cui è imposto un rapporto caratterizzato dalla maggiore sicurezza, “pagata” con un livello retributivo mediamente più basso) e quella del lavoratore autonomo (il cui rapporto è caratterizzato in senso esattamente inverso); e rimanda direttamente alla questione, oggetto di vivace discussione tra i giuslavoristi nell’ultimo decennio, circa gli spazi che devono essere riconosciuti all’autonomia privata, quindi alla libertà formale del lavoratore, nella determinazione del carattere autonomo o subordinato del rapporto di lavoro (v. riquadro 1).

La limitazione della concorrenza fra i lavoratori non è un principio costituzionale, ma soltanto uno strumento, composto da una serie di regole, attraverso cui l’ordinamento si propone di dare attuazione ai principi costituzionali di tutela della persona e del lavoro. Uno strumento in molti casi insostituibile; ma uno strumento che porta *sempre* con sé un pericolo: quello di creare privilegi e rendite parassitarie: “lungo tutto il corso della storia della società, da quella primitiva a quella antica, medioevale e moderna – ammoniva Arthur OKUN (19), che certo non può essere classificato come un acceso liberista - il mercato ha più sovente subito delle limitazioni per salvaguardare il potere e i privilegi per i pochi che per garantire eguali diritti per i molti”. Quando si utilizza questo strumento occorre dunque sempre e di continuo verificare attentamente i presupposti e gli effetti che ne derivano, la loro coerenza con i principi cui si intende dare attuazione; ed è proprio per questa verifica che anche il giurista ha bisogno dell’analisi economica del diritto.

L’obiezione del giuslavorista ortodosso: “il lavoro non è una merce”. - La diffidenza di molti giuslavoristi nei confronti dell’utilizzazione dei risultati dell’analisi economica nel discorso giuridico nasce dall’idea secondo la quale il diritto del lavoro si porrebbe per sua intima natura in contrasto con l’economia del lavoro, perseguendo lo scopo essenziale di sostituire ai suoi meccanismi bruti i meccanismi ispirati ai valori costituzionali: in questa visione diritto ed economia si affrontano come in una sorta di duello mortale tra spirito e materia, tra valori e mercato, dal cui esito dipenderebbe che il lavoro sia ridotto a una “merce”, oppure sia promosso al rango di espressione fondamentale della personalità umana (20).

(19) A. OKUN, *Eguaglianza ed efficienza*, Napoli, Liguori, 1990, p. 22.

(20) Per alcune autorevoli espressioni di questo atteggiamento v. il dibattito alle giornate di studio dell’ASSOCIAZIONE DI DIRITTO DEL LAVORO, *Il diritto del lavoro e le nuove forme del decentramento produttivo*, Milano, Giuffrè, 2000; di cui una sintesi in *RIDL*, 1999, III, pp. 221-236. Si coglie ancora un cospicuo residuo di questo atteggiamento nel sag-

In realtà – come si è visto - è proprio la scienza economica, e in particolare l'economia del lavoro, che individua e studia le disfunzioni del mercato e fornisce argomenti razionali di grande rilievo, anche sul piano costituzionale, a sostegno dell'intervento autoritativo della legge volto a correggere gli effetti dannosi prodotti da situazioni di monopolio o monopsonio, asimmetrie informative, costi di transazione e altri fattori di distorsioni o strozzature, là dove non sia possibile rimuoverne la causa in radice. Per quel che riguarda il nostro campo, in particolare, è vero che numerosi argomenti di natura economica inducono a un ripensamento di certi comparti della tutela giuslavoristica e indicano la via per un perfezionamento delle tecniche normative; ma è la stessa economia del lavoro a fornire – su di un piano logicamente prioritario – numerosi solidi argomenti a sostegno della necessità dell'intervento della legge o della contrattazione collettiva per la regolazione del mercato, e non soltanto nell'interesse di chi in esso offre la propria attività personale, bensì anche, per molti aspetti, nell'interesse specifico delle imprese e nell'interesse della crescita del benessere dell'intera collettività.

Certo, l'utilizzazione dei modelli economici comporta necessariamente che in essi il lavoro sia considerato *anche* come oggetto di uno scambio, quindi come una merce, cui corrisponde un prezzo; ma questo non deve spaventare il giuslavorista: si tratta soltanto di un aspetto del fenomeno, che pure deve essere studiato e capito se non si vogliono chiudere gli occhi su di una parte relevantissima della realtà e non ci si vuol precludere di intervenire efficacemente su di essa. In altre parole, capire il lavoro *come merce*, ovvero studiare i meccanismi del mercato, è indispensabile per poter fare sì che il lavoro non sia *soltanto* una merce, per difendere la persona di cui esso è espressione dal pericolo a cui il mercato può esporla, là dove un pericolo effettivamente esiste, ma farlo in modo efficace ed evitando o riducendo al minimo gli effetti secondari non desiderabili dell'intervento (v. in proposito il riquadro 5).

RIQUADRO 5

Il divieto dei servizi privati di mediazione fra domanda e offerta di lavoro

Una applicazione del principio secondo cui "il lavoro non è una merce", assai diffusa nella seconda metà del secolo XX, era costituita dal divieto dell'attività di mediazione privata fra domanda e offerta di lavoro, che sul piano internazionale era previsto nella Convenzione O.I.L. n. 96/1949. Quel divieto, di fonte legislativa o contrattuale collettiva, ha significato, a seconda dei

gio di P. LOI (cit. nella nota 15), che pure è uno dei primi nei quali l'accademia giuslavoristica si confronta con l'analisi economica del diritto: "ciò che risulta inaccettabile agli occhi del giuslavorista è fondamentalmente l'analisi del rapporto di lavoro in termini puramente economici", perché anche dagli economisti che prendono le distanze dalle teorie liberiste "il mercato è criticato in quanto considerato inefficiente, più che ingiusto. La valutazione dei diritti dei lavoratori in quanto espressione dei valori della persona non rientra affatto tra gli elementi di cui tenere conto ... La teoria che analizza il contratto esclusivamente come strumento efficiente di governo delle relazioni economiche giustifica l'esclusione della considerazione dei diritti fondamentali" (p. 573; v. anche, a p. 570, l'addebito a R. COASE di non avere tenuto conto della "degradazione fisica e psicologica associata al fatto della dipendenza da un datore di lavoro", alla quale i lavoratori non sono in grado di opporsi "a causa della loro posizione di debolezza nel mercato del lavoro").

casi, la nascita di un monopolio statale o di un monopolio sindacale dei servizi di collocamento. In entrambi i casi il monopolio ha sovente prodotto risultati effettivi che ben poco avevano a che fare con la tutela della dignità del lavoro.

In Italia, come in altri Paesi dell'Europa continentale, il regime di monopolio statale dei servizi di collocamento è stato istituito con la legge 29 aprile 1949 n. 264. Questo regime, caratterizzato da una gravissima e conclamata inefficienza degli uffici pubblici preposti al servizio, ha causato un netto privilegio di fatto, nel mercato del lavoro, per i lavoratori già occupati o comunque dotati di una rete estesa di relazioni professionali, parentali o amicali, rispetto a tutti gli altri, riducendo drasticamente la capacità di competere degli outsiders. Tutto induce a pensare – e alcune ricerche economiche empiriche attualmente in corso potrebbero dimostrare - che alla capacità di questi ultimi di inserirsi nel tessuto produttivo abbia giovato assai più la legittimazione dell'attività delle agenzie di fornitura di lavoro temporaneo (attività nella quale più che altrove il lavoro appare trattato come una "merce") che non il divieto drastico della mediazione privata fra domanda e offerta.

La Corte di Giustizia della Comunità Europea è intervenuta nei confronti del regime tedesco e di quello italiano di monopolio pubblico dei servizi di collocamento (rispettivamente sentenze 23 aprile 1991, Macrotron, e 11 dicembre 1997, Job Centre II), stabilendo che si configura una violazione della disciplina comunitaria della concorrenza nel comportamento di uno Stato membro che vieti a qualsiasi altro soggetto l'esercizio dell'attività di mediazione nel mercato del lavoro, quando i servizi pubblici di collocamento non siano in grado di soddisfare per intero con mezzi tecnologicamente aggiornati la domanda dei servizi stessi espressa dal mercato in un suo determinato segmento.

L'orientamento della Corte di Giustizia ha contribuito in modo decisivo a indurre l'O.I.L. a sostituire la Convenzione n. 96/1949 con una nuova (n. 181/1997), che prevede un regime di concorrenza e cooperazione fra servizi di mediazione pubblici e privati nel mercato del lavoro. L'Italia, a sua volta, si è adeguata – sia pur di mala voglia, in un primo tempo - con le leggi n. 196/1997 e n. 469/1997, che hanno rispettivamente consentito l'esercizio, da parte di agenzie private dotate di autorizzazione amministrativa, dell'attività di fornitura di lavoro temporaneo e dell'attività di collocamento. La riforma è stata poi perfezionata con il d. lgs. 10 settembre 2003 n. 276.

Nessun duello mortale, dunque, fra diritto ed economia, ma, al contrario, un contributo essenziale che dall'economia può venire (sia nel momento della creazione della norma, sia in quello della sua interpretazione) al rafforzamento del diritto, cioè della sua capacità di produrre effettivamente un *essere* economico corrispondente al *dover essere* posto dalla norma.