

RIVISTA ITALIANA DI DIRITTO DEL LAVORO

Fondata da ALDO CESSARI, già diretta da GIUSEPPE PERA e da PIETRO ICHINO



Direttore responsabile
RAFFAELE DE LUCA TAMAJO

Condirettori
ARTURO MARESCA PATRIZIA TULLINI

Comitato scientifico
MARIA VITTORIA BALLESTRERO - BRUNO CARUSO - CARLO CESTER - MAURIZIO CINELLI
LUISA CORAZZA - GIUSEPPE FERRARO - EDOARDO GHERA - PIETRO ICHINO
ORONZO MAZZOTTA - MASSIMO PALLINI - ROBERTO ROMEI - FRANCESCO SANTONI
JESUS CRUZ VILLALÓN - MAXIMILIAN FUCHS - ANTOINE LYON CAEN - ALAN NEAL

 **GIUFFRÈ**
GIUFFRÈ FRANCIS LEFEBVRE

estratto
2/23

INDICE SOMMARIO

PARTE PRIMA

DOTTRINA

In omaggio a Riccardo Del Punta

RICCARDO DEL PUNTA, *Diritto del lavoro e valori* 151

Il punto su....

MARIA VITTORIA BALLESTRERO, *Stabilità percepita e decorrenza della prescrizione dei crediti retributivi* 161
Perceived stability and the starting date of the statute of limitations for wage claims.

Saggi

PIETRO ICHINO, *A che cosa serve il dialogo tra giuslavoristi ed economisti del lavoro*. 183
The importance of labor law scholars and labor economists sharing views

STEFANO BELLOMO, *Lavoro e dignità economica: giustizia retributiva ed interventi di sostegno al reddito e all'occupabilità*. 215
Work and economic dignity: wage justice and income and employability support interventions

ROSA DI MEO, *La (tortuosa via della) stabilità del lavoro nella giurisprudenza costituzionale e di legittimità* 243
The (winding way of) job stability in constitutional and legitimacy case-law

PARTE SECONDA
NOTE A SENTENZA**Rapporto di lavoro**

DANIELA DEL DUCA, <i>L'incertezza nella certezza: quali conseguenze quando manca l'impugnazione della certificazione?</i>	232
ANNAMARIA DONINI, <i>L'applicazione indistinta del comports è discriminatoria se la malattia è riconducibile a disabilità</i>	254
MARCELLA MIRACOLINI, <i>Ambito di comparazione e fungibilità delle mansioni nel licenziamento collettivo</i>	264
GIUSEPPE ANTONIO RECCHIA, <i>Non maleducazione, ma molestia: la Cassazione avalla il licenziamento per giusta causa per insulti omofobi</i>	276
ALESSANDRO RICCOBONO, <i>I permessi ex l. n. 104/1992: tempi di assistenza e tempi di vita dei lavoratori caregiver</i>	290
MARIANNA RUSSO, <i>Il whistleblowing non è uno scudo generalizzato. O forse sì?</i>	300
CARLO VALENTI, <i>Il patto di prova e la specificità del rinvio per relationem alle declaratorie contrattuali</i>	311
MICAELA VITALETTI, <i>Il divieto di conversione dei contratti a termine nelle fondazioni lirico sinfoniche tra norme imperative e «nullità virtuali»</i> . .	338

Diritto della previdenza sociale

CLAUDIO DE MARTINO, <i>Imposizione contributiva e rinuncia all'indennità sostitutiva del preavviso</i>	348
--	-----

Diritto sindacale

GIOVANNI GUGLIELMO CRUDELI, <i>Licenziamento collettivo a bacino ristretto e controllo sindacale</i>	360
EVA LACKOVÁ, <i>Opacità degli algoritmi e decreto trasparenza: il sindacato fa la sua parte.</i>	373

PARTE TERZA**OSSERVATORIO*****Profili contributivi e fiscali***

- Somme erogate a titolo transattivo: profili fiscali e contributivi (di L. A. COSATTINI) 27

Legislazione in materia di lavoro

- La raccomandazione UE sul reddito minimo. Le novità giuslavoristiche della legge di bilancio e del decreto milleproroghe (di M. CORTI e A. SARTORI) 53

Rassegna Bibliografica (a cura di R. DE LUCA TAMAJO e L. TEBANO) 61

Recensioni 61

F. MARTELLONI legge G. ZAGREBELSKY, *La lezione*, Einaudi, Torino, 2022 . . 61

Schede 65

Segnalazioni di volumi stranieri 68

SAGGI

PIETRO ICHINO

Emerito di diritto del lavoro nell'Università degli Studi di Milano

A CHE COSA SERVE IL DIALOGO
TRA GIUSLAVORISTI ED ECONOMISTI DEL LAVORO (*)

SOMMARIO: 1. La difficile comunicazione fra sapere giuridico e sapere economico, a dispetto della loro marcata complementarità. — 2. L'acontrattualismo originario del diritto del lavoro e il suo superamento: dal monopsonio strutturale a quello dinamico e le sue nuove manifestazioni. — 3. Due teorie circa la ragion d'essere economica essenziale del contratto di lavoro. — 4. Il contributo dell'economia per mettere a fuoco l'elemento essenziale della causa del contratto, costituito dal suo contenuto assicurativo. — 5. La limitazione contrattuale o legislativa della facoltà di recesso dell'imprenditore: *property rules* vs. *liability rules*. — 6. Un contributo della micro-economia alla definizione della nozione di giustificato motivo oggettivo di licenziamento. — 7. *Segue*. Il *severance cost* come "filtro automatico" delle scelte imprenditoriali in materia di licenziamento e trasferimento.

1. *La difficile comunicazione fra sapere giuridico e sapere economico, a dispetto della loro marcata complementarità.* — Per quasi tutto il secolo passato la comunicazione tra i cultori del diritto del lavoro e quelli dell'economia del lavoro — pur auspicata da un autorevolissimo giuslavorista come Gino GIUGNI — è stata di fatto pressoché assente. È potuto così accadere che le rispettive

(*) Questo saggio riproduce una parte della voce *Contratto di lavoro (diritto ed economia)* in corso di pubblicazione nel volume *Il contratto di lavoro, Enc dir*, 2023, a cura di Riccardo DEL PUNTA - Roberto ROMEI - Franco SCARPELLI, alla quale si rinvia per una trattazione più ampia della materia.

ortodossie si siano nettamente contrapposte: ciò che era considerato positivo, auspicabile per il buon funzionamento del mercato del lavoro nella cultura dominante degli uni era considerato come negativo e indesiderabile nella cultura dominante degli altri e viceversa. Solo negli anni '90, in ritardo di circa un ventennio rispetto allo sviluppo dell'approccio di *law and economics* nei settori civilistico e commercialistico, anche in quello lavoristico ha incominciato ad aprirsi qualche spazio di dialogo tra i due mondi e — in mezzo a mille difficoltà, non solo inerenti alle profonde differenze tra i rispettivi linguaggi — ha mosso i primi passi quello che oggi indichiamo come l'approccio di *labour law and economics* (1).

Nella comunità giuslavoristica italiana l'approccio multidisciplinare giuridico-economico non ha tardato a incontrare forti resistenze, suscitando anche contrapposizioni aspre che si sono tradotte in veri e propri infarti del dialogo tra i suoi sostenitori e i suoi detrattori. Una parte dei giuslavoristi lo ha ostracizzato imputandogli di ridurre questa branca del diritto a mero ingranaggio del sistema economico, di subordinare il perseguimento dei valori costituzionali della dignità, libertà, sicurezza di chi vive del proprio lavoro alla compatibilità con l'efficienza produttiva aziendale o del sistema nel suo complesso; si è parlato, a proposito di diritto ed economia del lavoro, dello scontro fra due «carissimi nemici» (2):

(1) L'incipiente apertura reciproca si è manifestata, in Italia, sul versante giuslavoristico con l'avvio della pubblicazione da parte di questa Rivista, dalla metà degli anni '90, sulla base di una programmazione e di una selezione accurate, di studi di economisti stranieri e italiani circa la ragion d'essere economica del diritto del lavoro e gli effetti economici delle sue norme; sull'altro versante con l'inserimento in un nuovo *Manuale di economia del lavoro* (BRUCCHI LUCHINO, il Mulino, 2001) di un capitolo dedicato a *Economia e diritto del lavoro*; sul piano delle strutture universitarie con l'istituzione, nel 1999, del Dipartimento di Scienze del Lavoro dell'Università degli Studi di Milano e la nascita dei primi corsi di laurea in Diritto ed Economia. Nel panorama internazionale l'espressione più rilevante sul piano editoriale dell'approccio di *Labour Law and Economics* è costituita dal secondo volume della *Encyclopaedia of Law and Economics, Labor and Employment Law and Economics*, a cura di K.D. DAU-SCHMIDT - S.D. HARRIS - O. LOBEL, Edward Elgar Pub., 2009, contenente tra gli altri i contributi di alcuni degli Autori di cui altri scritti in argomento erano stati tradotti e pubblicati nel ventennio precedente da questa Rivista; all'interesse degli economisti per questo approccio, su entrambi i lati dell'Atlantico, non sembra però aver fatto riscontro un interesse altrettanto vivo da parte dei giuslavoristi.

(2) U. ROMAGNOLI, *Divagazioni sul rapporto tra economia e diritto del lavoro*, LD, 2005, 527, che però conclude il proprio scritto ricordando le parole di Hugo

di un ordinamento giuridico orgogliosamente geloso della propria «autorità assiologica», contrapposto frontalmente a un sistema economico impegnato in una difesa gelosa della pretesa oggettiva ineluttabilità dei propri meccanismi e impermeabile ai valori sanciti dalla Costituzione (3). Con la denuncia di una «subordinazione del diritto del lavoro all'economia», che si starebbe verificando, e con un appello ai giuslavoristi a respingere l'invasore (4), è stata evocata una sorta di duello mortale tra spirito e materia, dal cui esito dipenderebbe che il lavoro sia ridotto a una «merce», oppure sia riconosciuto come fattore essenziale dell'autorealizzazione ed emancipazione della persona umana. Quella denuncia si è poi accompagnata a un invito alla riscoperta e difesa dell'autonomia della materia non solo nei confronti della scienza economica, ma anche nei confronti del diritto civile, nel quale essa rischierebbe di essere riassorbita (5).

SINZHEIMER, 535, secondo cui «il diritto del lavoro non ha senso isolatamente considerato», ma proprio perché «esso è complementare all'economia [...] un suo rinnovamento non è possibile senza rinnovare l'ordinamento economico complessivo».

(3) In questo senso v. per tutti, ultimamente, A. PERULLI - V. SPEZIALE, *Dieci tesi sul diritto del lavoro*, il Mulino, 2022, 27, dove si denuncia la pretesa, che sarebbe intrinsecamente propria dell'approccio di *labour law and economics*, di «far prevalere la logica unilaterale dell'economia e del mercato sulle ragioni del lavoro e della democrazia industriale» attraverso una «feroce critica economicistica al diritto del lavoro». Sostanzialmente nello stesso senso S. GIUBBONI, *Anni difficili*, Giappichelli, 2020; e in precedenza L. MARIUCCI, *Riflessioni su "L'idea del diritto del lavoro, oggi"*, *LD*, 2016, 131-139, dove si denunciano «le univoche tendenze regressive del diritto del lavoro» conseguenti al fatto che «tutto diventa relativo, [...] tutto è sottoposto alla logica ferrea dei numeri, della misurazione quantitativa alla stregua della analisi economica del diritto». In senso critico su questo modo di vedere il rapporto tra cultura economica e giuslavoristica v. invece, tra gli altri, R. DEL PUNTA, *L'economia e le ragioni del diritto del lavoro*, *DLRI*, 2001, 3-45; R. DEL PUNTA - B. CARUSO, *Il diritto del lavoro e l'autonomia perduta*, *LD*, 2016, 645-678; e, specificamente in risposta al saggio di S. GIUBBONI, cit. *supra*, M. PALLINI, *Anni difficili... anche per il Law and Economics*, *LDE*, 2021, n. 2.

(4) Così V. SPEZIALE, *La mutazione genetica del diritto del lavoro*, *CSDLE*, *It*, n. 322/2017, 2, il quale parla di «una vera e propria mutazione genetica che altera il dna della materia», dovuta al fatto che «l'economia [...] ha letteralmente invaso il diritto del lavoro [...] la subordinazione del diritto del lavoro all'economia è ormai un dato di fatto indiscutibile». Nello stesso senso in precedenza *Id.*, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra law and economics e vincoli costituzionali*, *CSDLE*, *It*, n. 259/2015, 5-7. Scritti, entrambi, nei quali peraltro l'A. sostiene che l'assoggettamento in corso del diritto del lavoro sarebbe nei confronti di un'economia travisata, erroneamente interpretata.

(5) V. per esempio il dibattito promosso nel 2016 da *LD* sul tema *Autono-*

L'idea che questo saggio intende sostenere è invece che, proprio e soprattutto nella materia del lavoro, tra cultura giuridica e scienza economica possa e debba instaurarsi un dialogo, che è indispensabile per entrambe. Nella consapevolezza che, per un verso, la definizione dell'economista come colui che studia l'essere dei rapporti economico-sociali (e l'efficacia delle misure adottate per correggerli) e del giurista come colui che studia il loro giuridico dover essere consente di escludere in radice una contraddizione tra i loro punti di approdo: la possibilità del conflitto nasce solo nel momento in cui uno dei due pretende di sconfinare nel campo di competenza dell'altro. Quando si parla di «asserzioni normative» contenute nello scritto di un economista, la «normatività» cui ci si riferisce è cosa del tutto diversa da quella di cui si occupa il giurista: si parla cioè dell'accertamento di un nesso di coerenza pratica tra l'obiettivo di benessere sociale perseguito dal *policy maker* e le misure adottate per perseguirlo; ma non è l'economista, in quanto tale, a stabilire l'obiettivo di benessere sociale (6). Anche la nozione di «efficienza» cui fa riferimento l'economista, il cd.

mia e subordinazione del diritto del lavoro, introdotto da uno scritto di U. ROMAGNOLI, 567-569, con interventi, tra gli altri, di L. MARIUCCI, 585-644, R. DEL PUNTA e B. CARUSO, cit. nella nota 3, A. LYON-CAEN, 679-706, V. BAVARO, 707-718, V. SPEZIALE, 719-728, che esordisce con la denuncia di «una vistosa subordinazione di questo ramo del diritto all'economia». Quel dibattito è poi proseguito nel corso del 2017 sul sito www.pietroichino.it, con interventi, oltre che di chi scrive, di M.V. BALLESTREIRO, B. CARUSO, L. CORAZZA, A. PADOA SCHIOPPA, R. DEL PUNTA, M. SALVATI. Su questo dibattito v. ora anche M. CORTI, *Diritto del lavoro e scienza economica*, *ADL*, 2023, 20-36.

(6) R. DEL PUNTA - B. CARUSO, *Il diritto del lavoro e l'autonomia perduta* cit., 654, rimproverano bonariamente alla scienza economica di assumere talvolta l'atteggiamento di una «smaccata prescrittività»; lo stesso rimprovero le muove assai più ruvidamente L. MARIUCCI, *Culture e dottrine del giuslavorismo*, cit., 593. Questo rimprovero potrebbe, a ben vedere, essere esteso a qualsiasi studio avente per oggetto la coerenza tra obiettivi perseguiti e risultati conseguiti da una disposizione legislativa; ma in questo caso la prescrittività sta nell'affermazione del tipo «se vuoi ottenere A, devi adottare la misura H», oppure «se vuoi ottenere B, la misura K non è efficace»; non è l'economista, bensì il *policy maker* a stabilire se l'obiettivo da perseguire è A o B. Questo è ben sintetizzato da K.D. DAUSCHMIDT - S.D. HARRIS - O. LOBEL nell'introduzione al volume enciclopedico da loro curato, *Labor and Employment Law and Economics* cit., dove si osserva che l'approccio di *labour law and economics* coltivato nel libro si propone non di stabilire gli obiettivi, ma di spiegare «il retroterra economico, le motivazioni e le implicazioni della disciplina legislativa dei rapporti di lavoro, così che ricercatori, insegnanti, decisori pubblici, avvocati e giuristi in tutto il mondo siano posti nella condizione migliore per compiere le loro scelte» (XXV; tr. mia).

«ottimo paretiano», è la soluzione di un conflitto di interessi che produce soltanto miglioramento nella posizione di una parte dei soggetti coinvolti, senza peggiorare la posizione di alcuno; ma lo studio della soluzione in questo senso «efficiente» da parte dell'economista non ha la pretesa di vietare al *policy maker* scelte diverse, anche non paretianamente efficienti (scelte, cioè, dalle quali qualche soggetto sia penalizzato) (7). Adempiendo il compito che gli è proprio, l'economista si pone in realtà al servizio della razionalità e dell'efficacia della norma stessa (8).

I giuslavoristi che si oppongono all'«invasione» del proprio campo da parte della scienza economica le imputano la pretesa di sostituire al sistema dei valori fatto proprio dall'ordinamento giuridico il valore unico dell'efficienza. In realtà gli economisti riconoscono l'esistenza di diverse possibili allocazioni efficienti delle risorse, tra le quali la scelta deve avvenire sulla base della funzione del benessere sociale preferita dal *policy-maker*, dal decisore politico. Per altro verso, la conoscenza dell'essere dei rapporti di lavoro, dei loro meccanismi, è indispensabile a chi stabilisce gli obiettivi e come perseguirli, se vuole produrre norme capaci di portare risultati coerenti con quegli obiettivi; ma è utile talvolta anche in sede di interpretazione e applicazione delle norme medesime, dal momento che la materia che esse regolano è essenzialmente lo scambio di beni e servizi (9).

Si osservi, infine, che proprio la scienza economica e in particolare l'economia del lavoro, lungi dal negare le disfunzioni del

(7) Per questo motivo appare concettualmente insostenibile la contrapposizione tra l'«efficienza» proposta dall'economista (che è soltanto l'affermazione di un nesso di coerenza pratica tra una misura e l'obiettivo di benessere cui essa tende) e i valori costituzionali, sostenuta da V. SPEZIALE, *La mutazione genetica* cit., 48, secondo il quale gli studi ispirati all'approccio di *law and economics* «escludono dal proprio ambito di elaborazione (o gli attribuiscono un ruolo secondario) valori ed obiettivi diversi dalla efficienza, dal rapporto costi/benefici, o dalla finalità di massimizzazione del benessere».

(8) In questo senso v. M. NOVELLA, *Analisi economica e interpretazione nel diritto del lavoro*, *q. Riv.*, 2002, I, 317. Nello stesso senso R. PESSI, *Economia e diritto del lavoro*, *ADL*, 2006, 449. Ed è ancora, a ben vedere, un ragionamento economico che si colloca in questa ottica di razionalità quello proposto dai detrattori dell'approccio di *labour law and economics* quando contestano le nuove tendenze del diritto del lavoro, sottolineando l'inutilità delle nuove misure rispetto all'obiettivo dell'aumento dell'occupazione.

(9) V. ancora M. NOVELLA, *op. cit.*, §§ 3 e 4.

mercato, dispiegano convintamente grande impegno nell'individuare e nel misurarne gli effetti, fornendo argomenti di grande rilievo, anche sul piano del diritto 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 (10): tutte "testimonianze a discarico" nel processo che ormai da un quarto di secolo si celebra in varie sedi contro le rigidità che sarebbero prodotte dal diritto del lavoro.

L'approccio di *labour law and economics*, dunque, non è affatto pregiudizialmente contrario all'intervento regolativo, e in particolare alla regolazione inderogabile: esso critica se del caso l'eccesso della regolazione eteronoma, ma anche il suo difetto, in riferimento a un determinato obiettivo di benessere della collettività (11).

Certo, utilizzare i modelli economici per la valutazione dell'efficacia delle norme giuridiche comporta necessariamente accettare che in essi il lavoro sia considerato anche come oggetto di uno scambio, quindi come una merce cui corrisponde un prezzo; ciò che può far apparire l'argomento economico come contrastante con la *political correctness* giuslavoristica. Ma questo non deve spaventare il giuslavorista geloso difensore della dignità e libertà della persona: il modello economico è indispensabile per mettere a fuoco un determinato aspetto del fenomeno, che pure deve essere studiato e capito se non si vogliono chiudere gli occhi su una parte rilevantissima 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 anche se si è convinti che il lavoro non sia soltanto una merce (12).

(10) Cfr. S. DEAKIN - F. WILKINSON, *Il diritto del lavoro e la teoria economica: una rivisitazione*, *DLRI*, 1999, 603. Almeno sotto questo punto di vista mi sembra ineccepibile quanto R. DEL PUNTA afferma in *Epistemologia breve del diritto del lavoro*, *LD*, 2013, 45: «il diritto del lavoro è fatto anche di economia, così come di tante altre ragioni e giustificazioni»; e oggi più che mai esso deve abbandonare la pretesa di una autosufficienza totalizzante — che l'A. attribuisce a una ispirazione originaria hegeliana filtrata dalla cultura marxista — per aprirsi non solo al sapere degli economisti, ma anche a diverse altre branche del sapere umano.

(11) Cfr. S.J. SCHWAB, *Law-and-Economics Approaches to Labour and Employment Law*, *IJLLIR*, vol. 33, 2017, 115-144, § 4.7.

(12) Cfr. sul punto R. DEL PUNTA, *Valori del diritto del lavoro ed economia di*

È indispensabile anche per difendere chi lavora dal pericolo a cui il mercato può esporlo, facendolo però in modo efficace ed evitando o riducendo al minimo gli effetti secondari non desiderabili dell'intervento. Su questo terreno il ragionamento economico nella sua crudezza può giovare assai più di una chiusura conformistica del discorso giuridico al contributo della scienza economica.

Ha comunque una visione distorta di quest'ultima chi le attribuisce una incapacità di comprendere il valore di beni appartenenti alla sfera spirituale e morale: al contrario, tutto ciò che ha un valore per la persona — anche il bene esistenziale apparentemente meno suscettibile di quantificazione o di monetizzazione — è rilevante per la scienza economica. Essa stessa però avverte che tutto presenta un costo: anche ciascuno dei valori costituzionali — dignità, libertà, riservatezza, salute e sicurezza personale, ecc. — può implicare un costo in termini di sacrificio di un altro valore; essa quindi aiuta il *policy maker*, così come l'interprete della norma, a compiere a ragion veduta le proprie scelte di bilanciamento tra costi e benefici, ivi compreso il bilanciamento tra gli stessi valori perseguiti (13). In ogni caso, non fa un buon servizio ai valori costituzionali chi si preclude di conoscere il loro impatto sul sistema economico, perché così si preclude anche la conoscenza degli ostacoli che si oppongono alla loro implementazione e la scelta migliore circa il come difenderli.

Per concludere su questo punto, nessun duello mortale fra diritto ed economia: al contrario una fondamentale complementarità fra di essi. Dall'economia può venire un contributo essenziale — sia nel momento della creazione della norma, sia in quello della sua interpretazione — al rafforzamento della capacità del diritto di produrre effettivamente un essere economico corrispondente al

mercato, CSDLE, It, n. 395/2019: «rassegnarsi all'evidenza che il lavoro è anche una merce, e che quello che importa è che essa sia scambiata a condizioni eque, non implica che tale mercificazione possa essere integrale».

(13) S.J. SCHWAB, *op. cit.*, § 4.6. In proposito v. anche R. DEL PUNTA, *Epistemologia breve del diritto del lavoro cit.*, 44: «È [...] anzitutto per una ragione di intima coerenza col proprio statuto epistemologico che il diritto del lavoro deve ammettere l'economia al tavolo dei suoi formanti, a maggior ragione in quanto essa non concerne soltanto la selezione dei fini [...], ma anche l'idoneità dei mezzi utilizzati ovvero sia il profilo dell'efficacia materiale delle norme».

dover essere posto dalla norma e soprattutto ai valori posti dai principi costituzionali.

2. *L'accontrattualismo originario del diritto del lavoro e il suo superamento: dal monopsonio strutturale a quello dinamico e le sue nuove manifestazioni.* — Il diritto del lavoro nasce in Europa all'indomani della prima rivoluzione industriale all'insegna del rifiuto della costruzione civilistica classica del rapporto tra impresa e lavoratore come frutto di un libero incontro delle rispettive volontà negoziali: «il contratto di lavoro è la foglia di fico che nasconde la dittatura del padrone sull'operaio». Questa icastica invettiva contro la pretesa dei giuristi liberali di considerare la persona che vive del proprio lavoro come titolare di un'autonomia negoziale viene coniata da KARL MARX in riferimento a un mercato del lavoro nel quale l'azienda industriale sorge come una «cattedrale nel deserto» della disoccupazione o sottoccupazione agricola; un deserto nel quale il proletario non ha alternative: accettare le condizioni stabilite dall'impresa è il solo modo per sottrarsi alla fame e alla miseria. Il mercato del lavoro generato dalla prima rivoluzione industriale corrisponde in modo pressoché perfetto al modello del monopsonio strutturale, nel quale un solo compratore di manodopera, di fronte a una miriade di venditori, può stabilire il prezzo; e — l'economia insegna — l'imprenditore monopsonista tende a stabilirlo ben al di sotto dell'utilità che è in grado di trarre dal lavoro acquistato (dove la rendita monopsonistica), acquistando peraltro una quantità di lavoro inferiore rispetto a quella che verrebbe acquistata in un mercato del lavoro concorrenziale. In questo contesto, parlare di «contratto di lavoro» — avvertivano i giuslavoristi di quella prima stagione — è una finzione, perché nell'incontro fra padrone e operaio non si esprime alcuna libertà negoziale effettiva, bensì soltanto una situazione di soggezione di fatto di chi vive del proprio lavoro nei confronti dell'impresa.

Questo spiega l'orientamento originario della dottrina tedesca nel senso di individuare l'origine del rapporto di lavoro non in un contratto, ovvero in un incontro delle volontà negoziali delle due parti, ma nel mero fatto dell'*eingliederung*, cioè dell'inserimento della persona nell'organizzazione aziendale. La dottrina giuslavoristica italiana inizialmente si divide tra coloro che intendono radicare comunque il rapporto di lavoro nel diritto civile dei

contratti (14) e coloro che invece, sulla scorta della dottrina tedesca, scelgono un'impostazione marcatamente acontrattualistica, basata sull'idea che l'autonomia negoziale del lavoratore — se pure di una autonomia negoziale in senso proprio si può parlare — sia limitata alla scelta binaria circa la costituzione o no del rapporto, il quale è per il resto interamente regolato dalla legge, dal contratto collettivo o dal regolamento aziendale (15). Questa seconda impostazione sembra fatta propria anche dal legislatore italiano nel codice civile del 1941-42, dove non figura mai l'espressione «contratto di lavoro subordinato», o «dipendente», e la materia non è collocata nel libro IV dove è collocata quella degli altri contratti, ma nel successivo, «del lavoro»; mentre l'applicazione dell'intera disciplina del rapporto sembra discendere dal mero fatto dell'«inserimento» della persona nell'organizzazione aziendale. In questa obliterazione del contratto sembra curiosamente manifestarsi un punto di contatto fra l'ideologia del codificatore italiano degli anni '30 e '40 e quella marxista; ma la realtà è che le filosofie cui l'a-contrattualismo può ispirarsi sono più d'una.

Negli anni '50 e '60 la contrapposizione in seno alla dottrina giuslavoristica fra contrattualisti e acontrattualisti si fa particolarmente accesa (16); ma nel frattempo la struttura del mercato del lavoro è radicalmente mutata rispetto a quella delle origini. Già negli anni '20 e '30 in America e in Europa la struttura del mercato del lavoro si era lasciata alle spalle il monopsonio strutturale originario, presentando sul lato della domanda una sempre più rigogliosa pluralità di imprese interessate a ingaggiare lavoratori. Anche in questa nuova situazione, beninteso, si possono osservare rilevanti distorsioni di tipo monopsonistico; ma esse non si presentano più nella forma tipica del monopsonio strutturale, bensì in quella del monopsonio dinamico, nascente da asimmetrie informa-

(14) Il riferimento è soprattutto a L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, prima ed., Soc. Ed. Libreria, 1901.

(15) V. soprattutto P. GRECO, *Il contratto di lavoro*, Utet, 1939, la cui concezione acontrattualistica del rapporto è seguita in epoca repubblicana da S. PUGLIATTI, *Proprietà e lavoro nell'impresa*, *RGL*, 1954, I, 135-152; R. SCOGNAMIGLIO, *Lezioni di diritto del lavoro*, Cacucci, 1963, e *Intervista*, *q. Riv.*, 1994, I, 8-11.

(16) Rinvio in proposito a I *primi due decenni del diritto del lavoro repubblicano*, in R. DEL PUNTA - R. DE LUCA TAMAJO - G. FERRARO - P. ICHINO, *Il diritto del lavoro nell'Italia repubblicana*, Giuffrè, 2008, 15-47, anche per i riferimenti bibliografici.

tive, difetti di mobilità delle persone, difetti di servizi di formazione adeguati. La situazione di radicale assenza di qualsiasi spazio effettivo di espressione di una libertà negoziale, cui si riferisce l'invettiva anticontrattualistica marxiana citata all'inizio di questo paragrafo, non corrisponde più alla realtà del mercato del lavoro del secolo XX.

Negli anni '80 anche la legislazione italiana — come già da tempo quelle di numerosi altri grandi Paesi dell'occidente sviluppato — incomincia a riconoscere esplicitamente l'autonomia negoziale della persona prestatrice di lavoro. Il primo atto della svolta è costituito dal riconoscimento, pur ancora osteggiato dalla sinistra politica e sindacale, della pattuizione individuale circa la riduzione dell'estensione temporale della prestazione nell'arco della giornata, della settimana o dell'anno (l. 19 dicembre 1984 n. 863). Chi scrive visse, per così dire, dal di dentro questa vicenda legislativa e può testimoniare che il motivo fondamentale della netta opposizione da parte del partito comunista — il quale in Parlamento votò contro la legge — stava proprio nel rifiuto del riconoscimento di una pattuizione individuale circa l'estensione e la collocazione del tempo di lavoro, con possibilità di scostamento rispetto al modello standard fissato dal contratto collettivo, non soltanto all'inizio del rapporto ma addirittura anche in costanza di esso.

Fatto sta che, poco dopo, il tema dell'autonomia negoziale individuale del lavoratore viene assunto come tema centrale del X Congresso nazionale dell'associazione dei giuslavoristi, svoltosi nel 1991, poi di nuovo nell'assise del 2004 (17). Da allora l'idea che il lavoratore sia un *capite deminutus* capace soltanto di decidere se lavorare o no (e forse neppure quello), comunque giuridicamente incapace di negoziare le condizioni del proprio rapporto di lavoro, può dirsi, almeno nella cultura giuslavoristica italiana, definitivamente abbandonata (18); le norme legislative che riconoscono aspetti rilevanti dell'autonomia negoziale individuale in materia di

(17) *Autonomia individuale e rapporto di lavoro. Atti del X Congresso nazionale di diritto del lavoro, Udine, 10-12 maggio 1991*, Giuffrè, 1994; *Autonomia individuale e autonomia collettiva alla luce delle più recenti riforme. Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro, Abano Terme-Padova, 21-22 maggio 2004*, Giuffrè, 2005.

(18) Di questo abbandono e del ruolo che nel determinarlo ha svolto il dialogo tra cultura giuslavoristica e cultura economica danno conto, in riferi-

lavoro si moltiplicano e la *capite deminutio* tipica del diritto del lavoro delle origini viene sostituita da limitazioni variamente calibrate delle aree di negoziabilità delle condizioni di lavoro tra impresa e singolo lavoratore, peraltro temperate da ampi spazi di derogabilità delle limitazioni stesse mediante pattuizioni stipulate dal lavoratore in una sede protetta. È, del resto, proprio uno dei maggiori esponenti dell'acontrattualismo dei decenni precedenti, di fronte ai nuovi sviluppi del diritto del lavoro, ad aggiornare la propria visione affermando che mentre il diritto civile «nasce dalla libertà», il diritto del lavoro «cammina verso la libertà» (19), cioè opera per restituire progressivamente alla persona che vive del proprio lavoro le prerogative e le libertà proprie di ogni altro soggetto.

L'ordinamento, dunque, non si rassegna al difetto di libertà sostanziale di cui soffre tipicamente la parte debole del rapporto, ma intende neutralizzarlo e dove possibile radicalmente eliminarlo. Questo è il compito che l'art. 3 della Costituzione assegna solennemente alla Repubblica: «rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana» e in particolare la sua autonomia negoziale. Nella misura in cui questo fondamentale compito viene assolto, il diritto del lavoro può riavvicinarsi al diritto civile e riscoprire le radici che ad esso lo legano (20).

Le situazioni in cui le distorsioni del mercato giustificano la limitazione dell'autonomia negoziale individuale devono essere individuate e delimitate con precisione, proprio perché quella limitazione è costituzionalmente giustificata soltanto dalla necessità di correggere quelle distorsioni. Si osservi tuttavia come, per altro verso, le stesse distorsioni del mercato possano verificarsi anche al di fuori dell'area del lavoro subordinato, in tutti i casi nei

mento a un panorama internazionale, S. DEAKIN - F. WILKINSON, *Il diritto del lavoro e la teoria economica: una rivisitazione*, *DLRI*, 1999, 588-622.

(19) R. SCOGNAMIGLIO, *Conclusioni*, in *Diritto del lavoro e categorie civilistiche*, a cura di G. SANTORO-PASSARELLI, Giappichelli, 1992, 149.

(20) Rinvio in proposito a *Il percorso tortuoso del diritto del lavoro tra emancipazione dal diritto civile e ritorno al diritto civile*, relazione al convegno dell'Associazione dei civilisti italiani sul tema *Il diritto civile e "gli altri"*, *q. Riv.*, 2012, I, 59-107.

quali la persona che vive del proprio lavoro operi in una posizione di sostanziale dipendenza economica dal creditore (sono quelli che nel linguaggio del diritto europeo vengono indicati come casi di «falso lavoro autonomo»); il che può giustificare l'estensione parziale o totale a questi casi delle protezioni originariamente dettate per il solo lavoro subordinato. Anche qui il dialogo tra economia e diritto del lavoro si rivela indispensabile, nella misura in cui la definizione dell'area in cui la protezione è necessaria e costituzionalmente giustificata si fonda essenzialmente su di una categoria propria della scienza economica, qual è quella del «lavoro economicamente dipendente».

Può forse concettualmente ascriversi alla nozione di monopsonio dinamico anche il fenomeno, che sta notevolmente diffondendosi, dell'imposizione contrattuale al prestatore di lavoro di un obbligo di non concorrenza per il periodo immediatamente successivo alla cessazione del rapporto. La limitazione, che nel corso del rapporto ne deriva, della possibilità di scegliere un'impresa diversa produce nel rapporto negoziale tra le parti una situazione sostanzialmente molto simile alla tipica distorsione monopsonistica; e l'esperienza pratica insegna che nella fase della stipulazione del contratto la persona interessata per lo più non è pienamente consapevole del costo che può derivarle dal vincolo la cui sottoscrizione le viene proposta. Donde l'opportunità di una disciplina legislativa o collettiva della materia che protegga la persona dagli effetti di una accettazione incauta del vincolo (21).

3. *Due teorie circa la ragion d'essere economica essenziale del contratto di lavoro.* — Quasi tutte le trattazioni di diritto del lavoro nel secolo XX si aprivano con una delimitazione del campo dell'intervento protettivo dell'ordinamento all'area dei rapporti di lavoro caratterizzati dalla subordinazione, cioè dall'assoggettamento del prestatore a un penetrante potere direttivo e di controllo del creditore sulle modalità di svolgimento dell'attività lavora-

(21) In proposito v. ora *Una nuova agenda statunitense di contrasto al monopsonio nei mercati del lavoro*, a cura di L. LUISETTO - L. NOGLER, *Quaderni, Fondazione Giacomo Brodolini*, 2022, con contributi di H. HOVENKAMP, S. NAIDU, E.A. POSNER, G. WEYL.

tiva (22). Solo negli ultimi anni del '900 ha incominciato a porsi il problema dell'estensione delle protezioni al lavoro prestato da una persona in modo continuativo ed esclusivo o prevalente a favore di un altro soggetto anche in assenza dell'assoggettamento pieno a eterodirezione. Questo assoggettamento ha costituito dunque per lungo tempo, e costituisce tuttora, il tratto distintivo essenziale del contratto che costituisce la fattispecie di riferimento principale del diritto del lavoro. Di esso nel corso del XX secolo sono state date principalmente due spiegazioni economiche, entrambe — come vedremo — rilevanti per il diritto del lavoro: la prima perché pone in evidenza una parte essenziale del contenuto del contratto di lavoro (non sempre messa bene a fuoco dai giuslavoristi); la seconda perché individua un elemento scelto dal legislatore italiano, come dal legislatore e/o dalla giurisprudenza di quasi tutti gli altri Stati europei, per la definizione del contratto.

Secondo la prima, proposta all'inizio degli anni '20 del secolo scorso da F.H. KNIGHT (23), all'origine del rapporto di lavoro subordinato sta 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 sprovvisto, più timido e insicuro, la garanzia di un reddito costante indipendentemente dall'andamento della produttività e redditività del rapporto, 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 del lavoro svolto, si comprende come questi sia ben disposto a concedere la facoltà di organizzare e dirigere il lavoro stesso all'altro produttore: sarà infatti soltanto quest'ultimo — finché l'impresa è in grado di andare avanti e comunque non sopravvenga una causa di cessazione del rapporto — a soffrire le conseguenze di eventuali

(22) V. per tutte F. CARINCI - R. DE LUCA TAMAJO - P. TOSI - T. TREU, *Diritto del lavoro, Il rapporto di lavoro subordinato*, Utet, 1998, 2; F. LUNARDON, *La subordinazione*, in *Diritto del lavoro*, diretto da F. CARINCI, vol. II, Utet, 1998, 3.

(23) *Risk, Uncertainty and Profit*, Chicago-London, 1971 (ed. originale 1921).

errori nella direzione e organizzazione dell'attività comune. «Stante la natura umana come la conosciamo — osserva F.H.K. (24) — sarebbe impraticabile o molto insolito per una persona garantire a un'altra un determinato risultato delle azioni di quest'ultima senza acquisire il potere di dirigere il suo lavoro». La subordinazione, intesa nel senso dell'assoggettamento del prestatore al potere direttivo e organizzativo del creditore, è dunque spiegata qui 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.

Radicalmente diversa è la spiegazione del meccanismo economico alla base del rapporto di subordinazione proposta negli anni '30 (e rielaborata mezzo secolo più tardi) da R. COASE (25), che lo considera come una forma di organizzazione del lavoro essenzialmente finalizzata a un risparmio di costi di transazione: l'imprenditore, inteso come colui che combina fra loro i fattori produttivi, per evitare di dover rinegoziare a ogni passo le modalità di svolgimento delle prestazioni di chi con lui collabora e poterle invece conformare alle esigenze che via via si presentano, *quotidie et singulis momentis*, con il puro e semplice esercizio unilaterale di un proprio potere direttivo, negozia con il lavoratore una volta per tutte un suo obbligo di obbedienza; così «un solo contratto si sostituisce a un'intera serie di contratti», che sarebbe molto più costosa. Per quanto questo possa apparire oggi paradossale, la teoria dei costi di transazione individua la ragion d'essere del lavoro subordinato nella sua peculiare flessibilità, in contrapposizione alla maggiore rigidità del lavoro acquisito di volta in volta nel libero mercato (dovuta appunto ai costi di transazione).

In questo ordine di idee, fermo restando l'assoggettamento del lavoratore al potere direttivo dell'imprenditore, l'assunzione da parte di quest'ultimo del rischio circa la produttività o la redditività del lavoro costituisce un elemento normale, ma non necessario: nulla vieta di pensare a una coniugazione dell'obbligo di

(24) *Ivi*, 270 (tr. mia).

(25) *The Nature of the Firm*, in *Economica*, 1937, 386-405; *The Firm, the Market and the Law*, The Un. Chicago Press, 1988; tr. it. R. COASE, *Impresa mercato e diritto*, il Mulino, 1995.

obbedienza con forme di retribuzione in tutto o in parte collegate all'andamento della produttività o alla redditività del lavoro. Secondo questa teoria, la tendenza dell'impresa a "inglobare" i propri collaboratori trasformandone l'attività in lavoro subordinato è motivata dalla differenza fra costi di transazione esterni e costi organizzativi interni: finché questa differenza mantiene il segno positivo, cioè finché i costi di transazione esterni necessari per rinegoziare di volta in volta le modalità della collaborazione sono superiori ai costi organizzativi interni, l'imprenditore ha interesse a perseguire la combinazione dei fattori produttivi all'interno dell'impresa, intesa come luogo dove si esercita il suo potere direttivo.

Nella prima spiegazione, quella proposta da F.H. KNIGHT, ad assumere rilievo essenziale nella genesi del tipo contrattuale è la copertura assicurativa offerta dall'imprenditore al lavoratore, essendo il potere direttivo del primo sul secondo soltanto una conseguenza per così dire naturale, ma non necessaria, di tale allocazione del rischio; in quella proposta da R. COASE assume invece rilievo essenziale l'assoggettamento della prestazione al potere direttivo dell'imprenditore, essendo soltanto normale ma non necessario che il corrispettivo del lavoro sia costituito da una retribuzione insensibile alle sopravvenienze che influiscono positivamente o negativamente sulla redditività del rapporto per l'impresa.

La dottrina giuslavoristica europea, dal canto suo, era pervenuta all'individuazione dell'obbligo di obbedienza del lavoratore come elemento essenziale della figura del lavoro subordinato nell'impresa fin dagli inizi del secolo, ben prima che la ragion d'essere economica del vincolo contrattuale della subordinazione venisse spiegata con il risparmio dei costi di transazione (26). Ed è anche sulla scorta di questa dottrina che il legislatore italiano, al pari di quanto era già avvenuto in altri Paesi (27), ha poi costruito la definizione del rapporto di lavoro subordinato nel codice civile del

(26) Per la dottrina italiana v. L. BARASSI, *Il contratto di lavoro* cit., la cui tesi circa il tratto distintivo della fattispecie di riferimento del diritto del lavoro determinerà l'orientamento dottrinale dominante negli anni '20 e '30.

(27) Nell'art. 1 della legge belga 10 marzo 1900 compare la definizione dell'operaio subordinato come lavoratore che «s'engage à travailler sous l'autorité, la direction et la surveillance d'un chef d'entreprise ou patron, moyennant une

1941-1942, in contrapposizione a quello di lavoro autonomo, facendo coincidere con questi confini quelli del campo di applicazione dell'ordinamento protettivo. È accaduto così che l'elemento dell'assoggettamento a eterodirezione abbia assunto la funzione di individuazione del tipo legale del lavoro subordinato nell'impresa, mentre l'obbligo di sicurezza a carico del creditore della prestazione nei confronti del lavoratore è stato invece — progressivamente nell'arco del secolo, e in varia misura in relazione alle diverse categorie — imposto come conseguenza inderogabile della qualificazione della fattispecie in termini di lavoro subordinato.

Detto questo, oggi sarebbe però un errore considerare il contenuto assicurativo come un mero effetto accessorio riconnesso dall'ordinamento al contratto di lavoro subordinato: con l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, infatti, la garanzia dinamica della sicurezza della persona che lavora e della sua famiglia è assunta a parte essenziale della funzione economico-sociale attribuita dall'ordinamento al contratto, ovvero della sua causa. La mancata considerazione e comprensione di questo dato di fondamentale importanza nella nostra materia è alla base di qualche aporia dottrinale e giurisprudenziale, sulla quale torneremo a suo luogo.

È agevole osservare come ciascuna delle teorie menzionate, quella coasiana e quella knightiana, contribuisca a individuare una parte essenziale della causa del contratto di lavoro, la quale non può considerarsi limitata al mero scambio di lavoro contro retribuzione ma, in forza degli articoli 2, 3, 4, 35, 36, 38 e 41 Cost., si arricchisce di una funzione ulteriore di grande rilievo: quella di istituire un contesto nel quale la persona che vive del proprio lavoro possa realizzarsi pienamente, essendole garantiti il reddito necessario per il mantenimento della famiglia e una ragionevole, ancorché non illimitata, copertura assicurativa contro le possibili sopravvenienze negative (28).

remunération à fournir par celui-ci» (definizione tuttora in vigore, essendo stata poi ripresa nella legge 3 luglio 1978).

(28) Nel senso della necessità di un congruo contenuto assicurativo del contratto di lavoro, ma al tempo stesso della necessità di un limite di questa «copertura assicurativa», v. B.E. KAUFMAN, *Labor law and employment regulation: neoclassical and institutional perspectives*, in *Labor and Employment Law and Economics* cit., 43.

4. *Il contributo dell'economia per mettere a fuoco l'elemento essenziale della causa del contratto costituito dal suo contenuto assicurativo.* — La parte più squisitamente e immediatamente “mercantile” della funzione economico-sociale del nostro contratto è quella più diffusamente riconosciuta nei manuali e trattati di diritto del lavoro: il programma concordato tra le parti dello scambio — destinato a durare per un tempo indeterminato o determinato — fra prestazione di attività eterodiretta e retribuzione. Se, però, la causa del contratto di lavoro subordinato si riducesse a questo, la sola apprezzabile differenza rispetto alla causa del contratto di lavoro autonomo consisterebbe nell'assoggettamento pieno dell'attività lavorativa al potere direttivo del creditore; l'ordinamento costituzionale invece, come si è appena visto, attribuisce al contratto di lavoro subordinato una funzione essenziale aggiuntiva rispetto a quella dello scambio tra lavoro eterodiretto e retribuzione: la funzione, cioè, di dare alla persona che vive del proprio lavoro inserito in un'azienda altrui la ragionevole sicurezza di una continuità del reddito nonostante le possibili oscillazioni della redditività dell'attività aziendale e nonostante ogni impedimento personale suscettibile di paralizzare la prestazione.

Un modello economico fondato su di una asimmetria informativa tra datore e prestatore spiega perché in un mercato del lavoro abbandonato a sé stesso la domanda di sicurezza dei lavoratori resterebbe per lo più inespressa, non si tradurrebbe cioè in pattuizione di un contenuto assicurativo del contratto: il rischio finirebbe così coll'essere collocato sulla parte che è ad esso tipicamente più avversa, perché meno capace di sopportarlo; e al tempo stesso l'impresa non potrebbe trarre profitto dalla propria capacità di produrre e offrire sicurezza. In altre parole, quell'“acquisto di sicurezza” da parte dei lavoratori in cambio di un “premio assicurativo” pagato in termini di minor retribuzione, che conviene a entrambe le parti, ha dei problemi a prodursi spontaneamente (29). Ciò spiega perché tutti gli ordinamenti statali inter-

(29) La prima formalizzazione di questa spiegazione della ragion d'essere dell'intervento autoritativo in materia di ripartizione del rischio contrattuale fra soggetti asimmetricamente informati sul rischio stesso è stata proposta da P. AGHION - B. HERMALIN, *Legal Restrictions on Private Contracts Can Enhance*

vengano in qualche misura — sia pure in forme e misure molto diverse — a imporre inderogabilmente un contenuto assicurativo del rapporto di lavoro, attraverso la limitazione della facoltà di recesso unilaterale dei datori di lavoro. E dove, come negli U.S.A., non vi provvede la legge, sono i giudici a «costruire» quella limitazione sulla base delle clausole generali di correttezza e buona fede o di prevalenza di un interesse pubblico (30).

5. *La limitazione contrattuale o legislativa della facoltà di recesso dell'imprenditore: property rules vs. liability rules.* — La “polizza assicurativa” contenuta nel contratto di lavoro poggia, oltre che sulla insensibilità alle sopravvenienze dello “zoccolo” invariabile della retribuzione, sulla limitazione della facoltà di recesso dell'imprenditore: quanto più estesa è la limitazione, tanto maggiore è il costo della sopravvenienza negativa di cui quest'ultimo è obbligato a farsi carico mantenendo in vita il rapporto di lavoro nonostante che esso prosegua in perdita. Il contratto o la legge possono disporre questa limitazione in modi diversi, dei quali i principali sono riconducibili a due categorie: quella delle *liability rules* e quella delle *property rules* (non assumendo qui rilievo la categoria delle *inalienability rules*) (31). Alla prima categoria si può ascrivere la tecnica normativa consistente nell'imporre all'imprenditore recedente l'obbligo di un preavviso di licenziamento o indennità sostitutiva, e/o di una tassa o contributo, e/o di pagare alla persona licenziata un'indennità; quest'ultima opzione può concretarsi in un obbligo di indennizzo che scatta automaticamente, indipendentemente dal motivo del recesso, oppure in un obbligo che scatta soltanto a seguito di un giudizio circa la fonda-

Efficiency, *Journal of Law, Economics and Organization*, 1990, n. 2, 381-409. Per una discussione in proposito in chiave di *Law and Economics* v. J.H. VERKERKE, *Labor Contract Law*, *New Law and Economics Dictionary*, Palgrave, 1998, tr. it.: *Un approccio di Law and Economics alla questione della libertà di licenziamento negli Stati Uniti*, q. *Riv.*, 1998, I, 293-315.

(30) V. in proposito A.B. KRÜGER, *The Evolution of Unjust-Dismissal Legislation in the United States*, *ILRR*, 1991, n. 4, 644-660; J.H. VERKERKE, *Labor Contract Law* cit.; ID., *Discharge*, in *Encyclopaedia of Law and Economics*, *Labor and Employment Law and Economics* cit., 452-3.

(31) Secondo la notissima *summa divisio* concettuale proposta da G. CALABRESI - A.D. MELAMED, *Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral*, *Harvard Law Review*, vol. 85, 1972, 1089-1128.

tezza del motivo stesso. Alla seconda categoria — quella delle *property rules* — può ascriversi invece la tecnica normativa consistente nell'attribuire al lavoratore il diritto alla reintegrazione nel posto, salvo il caso di sua colpa grave o comunque di un motivo di recesso ritenuto dal giudice o dall'arbitro sufficientemente grave: è questa l'opzione (fatta propria dall'ordinamento italiano per le imprese di dimensioni medio-grandi fra il 1970 e il 2012) (32) che, in riferimento ai casi nei quali la sopravvenienza negativa addotta dall'imprenditore non sia ritenuta dal giudice sufficiente per configurare una giustificazione, dà luogo a un regime cd. di *job property* (33).

Il difetto principale di un regime di *job property* — per lo più ignorato da chi si propone di fondarlo su di un diritto fondamentale della persona — è che esso può applicarsi soltanto a una parte della forza-lavoro, e neppure a una parte maggioritaria (si calcola che in Italia negli anni '80 e '90 godessero di questo regime circa 5,5 milioni di dipendenti di imprese private e 3,5 di impiegati pubblici, su una forza-lavoro complessiva di 22-23 milioni). Si tratta dunque di un regime per sua natura generatore di un marcato dualismo in seno alla forza-lavoro, i cui tratti richiamano immediatamente il modello *insider/outsider* proposto negli anni '80 da Assar LINDBECK e Dennis J. SNOWER (34): un dualismo che, se generato dalla legge dello Stato, appare non facilmente conciliabile con il principio costituzionale dell'uguaglianza e parità di opportunità tra i cittadini. Che la limitazione dei licenziamenti attuata mediante una

(32) È la tesi che mi sono proposto di argomentare in *Il lavoro e il mercato*, Mondadori, 1996, 103-142, poi più approfonditamente nel cap. XVI, in *Il contratto di lavoro*, *Tratt CM*, vol. III, Giuffrè, 2003.

(33) Questa proposta di classificazione della tecnica di limitazione della facoltà di recesso del datore di lavoro consistente nella comminatoria della reintegrazione della persona licenziata è stata contestata da L. NOGLER, *La nuova disciplina dei licenziamenti ingiustificati alla prova del diritto comparato*, *DLRI*, 2012, 665, cui aderiscono V. SPEZIALE, *La mutazione genetica* cit., 53-54, e S. GIUBBONI, *Anni difficili* cit., sulla base di quello che a me sembra un evidente travisamento della nozione di *liability rule*: mi sono proposto di mostrarlo nella *Lettera aperta a Stefano Giubboni sull'evoluzione della disciplina dei licenziamenti*, *LDE*, n. 2/2021, § 4, citando in proposito il libro di G. CALABRESI, *The Future of Law & Economics. Essays in Reform and Recollection*, Yale Univ. Press, 2016; su questo punto v. anche M. PALLINI, *op. cit.*, § 3.

(34) *The Insider/Outsider Theory. Theory of Employment and Unemployment*, Cambridge Mass., MIT Press, 1988.

property rule abbia un effetto depressivo sui livelli occupazionali (e in particolare un effetto depressivo maggiore rispetto alla tecnica fondata sulla *liability rule*) è controverso; e questo ben si capisce, dal momento che il sensibile aumento della copertura assicurativa a carico dell'impresa può essere compensato dal premio assicurativo implicito pagato dai dipendenti. Tra gli economisti non è controverso, invece, che essa produca in misura maggiore rispetto al regime fondato su di una *liability rule* ben calibrata un peggioramento della qualità della disoccupazione, allungandone la durata per chi ne soffre e dando vita a una vera e propria categoria dei «disoccupati di lunga durata» (35). Altri costi specifici ne derivano non solo per chi ne è escluso, cioè per gli *outsiders* e i *new entrants*, ma anche per la collettività intera, in termini di ostacolo alla mobilità della forza-lavoro (con i conseguenti fenomeni di monopsonio dinamico) e di peggiore allocazione delle risorse umane con conseguente effetto depressivo sulla produttività media del lavoro.

Alle menzionate osservazioni critiche rivolte al regime fondato su di una *property rule*, la corrente di pensiero economico a esso favorevole obietta che questa protezione rigida ha il merito di obbligare gli imprenditori a investire sulla formazione e riqualificazione dei propri dipendenti e di impedire il comportamento opportunistico consistente nel mantenerli in servizio finché sono ritenuti utili per poi scaricarli non appena la loro produttività si riduce per l'avanzare dell'età, oppure nell'«espropriare il lavoratore del frutto dell'investimento specifico da lui compiuto sul suo capitale umano, licenziandolo per non riconoscergli la relativa remunerazione» (36). Tra i meriti del regime di *job property* viene annoverato anche l'investimento che chi ne beneficia è incoraggiato a compiere sulla propria capacità specifica di interagire produttivamente con l'organizzazione aziendale. Questi argomenti favorevoli non spiegano, tuttavia, perché gli stessi effetti benefici

(35) OCDE, *Protection de l'emploi et performance du marché du travail*, in *Perspectives de l'emploi*, 1999, 51-86; Id., *Les coûts d'ajustement liés aux échanges sur les marchés du travail des pays de l'Ocde: quelle est leur ampleur véritable?*, *ivi*, 2005, 25-82.

(36) Così L. SACCONI, *Using new institutional economics and the capability approach to make sense of layoff/dismissal law reforms*, relazione alla XIII Conferenza annuale della Società Italiana di Diritto ed Economia, Roma, 15 dicembre 2017.

non possano essere perseguiti anche mediante una *liability rule*, la quale consente di determinare e modulare con precisione l'entità del vincolo secondo gli obiettivi di politica sociale ed economica di volta in volta perseguiti, ma anche — se necessario — in relazione alle circostanze specifiche.

Non constano, poi, risposte convincenti all'osservazione secondo cui il regime fondato sulla *property rule* è insuscettibile di applicazione generalizzata ed è quindi diretto generatore del dualismo di protezioni delle persone che lavorano, di cui si è detto sopra. Vero è che il dualismo delle protezioni si verifica diffusamente anche là dove la protezione è attuata mediante una *liability rule*; ma in questo caso una universalizzazione della protezione stessa è quanto meno pensabile, attraverso una appropriata modulazione del vincolo, mentre una universalizzazione della *property rule* non è ragionevolmente concepibile.

Quando la limitazione della facoltà di recesso del datore è stabilita mediante la sanzione reintegratoria, la copertura assicurativa offerta dal contratto protegge integralmente il prestatore contro il rischio del licenziamento vietato, consentendogli di essere lui stesso a stabilire liberamente il prezzo del posto di lavoro, allo stesso modo in cui un proprietario può stabilire liberamente il prezzo del bene posseduto. L'unico limite della copertura assicurativa che si concreta in questo apparato sanzionatorio è costituito dalla valutazione che il giudice o arbitro può dare della mancanza del lavoratore stesso o del motivo economico addotto dal datore a giustificazione del recesso; ma la combinazione delle norme sostanziali e processuali vigenti in Italia tra il 1970 e il 2012, con la possibilità che dalla soccombenza anche in un solo grado del giudizio derivasse un costo elevatissimo per il datore, determinava una dilatazione abnorme della copertura di fatto goduta dal lavoratore, tale da assimilare il regime di stabilità del rapporto di lavoro nel settore privato al regime di sostanziale inamovibilità proprio del settore pubblico.

Se il regime è invece fondato su di una *liability rule*, una scelta può consistere nell'affidare al giudice di determinare l'indennizzo caso per caso in misura corrispondente al valore effettivo del sacrificio patito dalla persona licenziata (è stata questa, per esempio, l'opzione dell'ordinamento francese fino al 2015); un'altra scelta può essere quella della predeterminazione legislativa dell'en-

tà dell'indennizzo secondo un meccanismo rigido, in misura corrispondente a un danno medio, o in misura inferiore, o anche in misura superiore in funzione punitiva, a seconda delle valutazioni del *policy maker* (37). La predeterminazione entro un minimo e un massimo costituisce l'opzione corrispondente ai regimi di limitazione della facoltà di licenziamento — salvo il caso in cui il motivo del recesso sia ritenuto non soltanto quantitativamente insufficiente ma illecito, per esempio perché discriminatorio o di rappresaglia — oggi vigenti in tutta l'UE, in Gran Bretagna e in alcuni Stati degli USA.

In Italia quest'ultimo regime è stato introdotto con una riforma dell'apparato sanzionatorio in materia di licenziamenti attuata in due tempi, con la l. n. 92/2012 e il d.lgs. n. 23/2015, che hanno limitato la reintegrazione al solo caso del motivo discriminatorio o comunque illecito o della totale insussistenza del motivo stesso (economico o disciplinare). E hanno stabilito i limiti minimo e massimo dell'indennizzo cui il datore viene condannato nel caso in cui il motivo addotto (in sé lecito) sia ritenuto dal giudice in qualche misura sussistente, ma non sufficiente a giustificare il licenziamento. La scelta inizialmente compiuta con il d.lgs. n. 23/2015 di predeterminare rigidamente l'entità dell'indennizzo in funzione dell'anzianità di servizio è stata corretta dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 194/2018, in contrasto con la decisione assunta invece il 5 agosto 2015 dal *Conseil Constitutionnel* francese sulla omologa legge d'oltralpe (38).

La nuova disciplina fa ancora riferimento alla nozione di «giustificato motivo» che compare nell'art. 3 della l. n. 604/1966, sulla quale era imperniato anche il regime precedente: nozione della quale la dottrina giuslaboristica ha sempre avuto difficoltà a dare una nozione unitaria. Il dialogo tra giuristi ed economisti può aiutare non poco il superamento di questa difficoltà.

(37) Cfr. in proposito G. CALABRESI, *The Future of Law & Economics. Essays in Reform and Recollection* cit., 117-130, che dedica a questa possibile modulazione della *liability rule* l'intero sesto capitolo.

(38) La sentenza può leggersi in *q. Riv.*, 2018, II, 1031, con commento di M.T. CARINCI, *La Corte costituzionale ridisegna le tutele del licenziamento ingiustificato nel Jobs Act: una pronuncia destinata ad avere un impatto di sistema*, 1059-1070, e mio, *Il rapporto tra il danno prodotto dal licenziamento e l'indennizzo nella sentenza della Consulta*, 1050-1059.

6. *Un contributo dell'economia alla definizione della nozione di giustificato motivo oggettivo di licenziamento.* — Il giuslavorista che, in riferimento all'ordinamento italiano, affronta la questione della nozione di «giustificato motivo oggettivo» incontra fin dai primi passi un ostacolo apparentemente insuperabile: dottrina e giurisprudenza sono da tempo fermissime nell'escludere la «funzionalizzazione dell'impresa», cioè l'obbligo in capo all'imprenditore di orientare le proprie scelte “in funzione” di un interesse pubblico, sociale, o comunque distinto dal proprio interesse economico individuale. Corollario del rifiuto della «funzionalizzazione dell'impresa» è la regola — costantemente affermata dalla dottrina e dalla giurisprudenza delle Corti superiori — della insindacabilità delle scelte di gestione aziendale compiute dall'imprenditore. Senonché la regola del controllo sul giustificato motivo oggettivo del licenziamento, come su quello del trasferimento del lavoratore, sembra sancire esplicitamente proprio la necessità di un sindacato giudiziale sulle scelte gestionali dell'imprenditore, che a sua volta presuppone l'esistenza di un criterio di valutazione diverso rispetto a quello del puro e semplice interesse dell'imprenditore (39).

Fin dagli esordi della regola del controllo sul giustificato motivo la dottrina si è proposta di superare questo ostacolo affermando che il giudice deve solo accertare l'effettività della scelta gestionale adottata dall'imprenditore e il nesso causale tra questa e il licenziamento (40). Senonché a ben vedere questa opzione teorica implica l'azzeramento del contenuto assicurativo del rapporto. Chi l'ha proposta per primo ne era ben consapevole: «In altre parole — egli concludeva — l'interesse del lavoratore alla conservazione del posto non può non cedere innanzi alle scelte imprenditoriali di cui si è detto, soprattutto perché niente autorizza ad addossare al datore di lavoro il costo della manodopera comunque eliminabile e

(39) Sull'apparente contraddizione fra il rifiuto della funzionalizzazione dell'impresa e il controllo giudiziale sul giustificato motivo oggettivo di scelte quali il licenziamento o il trasferimento, rinvio alle considerazioni svolte in *Il percorso tortuoso del diritto del lavoro* cit., 103-104.

(40) È la soluzione proposta da G. PERA a conclusione della sua relazione alle giornate di studio AIDLASS del 1968 su *Il licenziamento nell'interesse dell'impresa*, ora in *Scritti di Giuseppe Pera*, Giuffrè, 2007, vol. I, 219-220. Questa soluzione è stata pressoché universalmente fatta propria dalla dottrina successiva, ma — come vedremo — solo attraverso un suo grave travisamento.

riducibile con modificazioni tecnico-produttive» (41). Come dire che se la scelta dell'imprenditore di recedere dal contratto è effettivamente e genuinamente motivata dal suo interesse a eliminare anche la minima perdita attesa dalla prosecuzione del rapporto, e non nasconde motivi diversi illeciti, il giudice non può che prenderne atto (42). Ma questo significa, appunto, azzerare il contenuto assicurativo del rapporto; ciò che, come si è visto (§ 3), nel nostro ordinamento costituzionale è incompatibile con una parte essenziale della causa del contratto di lavoro.

Questa implicazione dell'insindacabilità della scelta gestionale dell'imprenditore, come è noto, è stata totalmente ignorata dalla dottrina e soprattutto dalla giurisprudenza successive, le quali hanno sempre coniugato quell'affermazione di principio («il giudice deve solo accertare l'effettività della scelta e il nesso causale») con un effettivo e molto penetrante controllo di merito della scelta imprenditoriale e la conseguente sovrapposizione della valutazione del giudice a quella dell'imprenditore, in funzione del «bilanciamento degli interessi in gioco» (43), contraddicendo nella sostanza — e non di rado in maniera davvero plateale — il principio sempre formalmente ossequiato dell'insindacabilità della scelta imprenditoriale. Altrove mi sono proposto di mostrare — utilizzando l'esempio della sostituzione del fattorino ciclista col fattorino patentato, quello della sostituzione del dattilografo tradizionale con un esperto di videoscrittura, o quello della sostituzione della centralinista monoglotta con quella poliglotta — come la sostanziale

(41) *Op. ult. cit.*, 220 (corsivo nostro).

(42) Perviene allo stesso risultato pratico M.T. CARINCI, *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato*, Cedam, 2005, costruendo il giustificato motivo oggettivo in termini di divieto di abuso del diritto: opzione che implica il considerare idonea a giustificare il licenziamento qualsiasi perdita attesa conseguente alla prosecuzione del rapporto, poiché qualsiasi perdita attesa determina un apprezzabile interesse in sé legittimo dell'imprenditore coerente con la causa del recesso, sufficiente a escludere l'abuso del diritto.

(43) V. in proposito ultimamente anche l'appello di A. PERULLI - V. SPECIALE, *Dieci tesi sul diritto del lavoro cit.*, 73, ad «aprire la scatola nera del processo decisionale che porta alla soppressione del posto di lavoro»: ovvero l'esatto opposto dell'insindacabilità delle scelte gestionali imprenditoriali. Ma a ben vedere l'"apriscatole" è già pienamente in uso: da oltre mezzo secolo l'intero "diritto vivente" in tema di giustificato motivo oggettivo è di fatto in larga parte incentrato sul prevalere della "razionalità" della scelta gestionale decisa dal giudice su quella decisa dall'imprenditore.

obliterazione del principio dell'insindacabilità della scelta imprenditoriale sia nella sostanza ciò che immancabilmente accade nelle aule dei tribunali; e come sotto le massime ricorrenti in questa materia («è legittima la soppressione del posto ma non la sostituzione della persona con un'altra più produttiva», oppure «il licenziamento è legittimo solo se il lavoratore non è riutilizzabile altrove») si nasconda sempre una sostanziale sovrapposizione della scelta gestionale ritenuta corretta dal giudice a quella compiuta dal datore (44). Questo è particolarmente evidente in tutti i casi di applicazione della c.d. regola del *repêchage*: dovunque il giudice, in applicazione di questa regola, si arroghi il compito di decidere se e come una persona, il cui posto precedentemente occupato sia stato soppresso, possa essere utilmente reinserita in altra posizione di lavoro nella stessa azienda, la sovrapposizione di un suo potere di valutazione e scelta gestionale a quello dell'imprenditore è evidentissima.

Se ne deve dunque concludere nel senso dell'impossibilità di conciliare il principio dell'insindacabilità delle scelte gestionali dell'imprenditore, particolarmente in materia di licenziamento, con la necessità costituzionale di un contenuto assicurativo del contratto? No: la conciliazione tra i due principi è possibile; ed è proprio la micro-economia a fornire al giurista gli strumenti concettuali per realizzarla. Affermare — come l'ordinamento costituzionale impone di fare — che il contratto deve in qualche misura fornire sicurezza alla persona che lavora e in particolare proteggerla contro le sopravvenienze capaci di rendere meno produttiva la sua attività significa in sostanza affermare che il contratto deve in quella stessa misura accollare il rischio delle sopravvenienze negative all'imprenditore. Questo equivale a dire che il contratto vieta il recesso dell'imprenditore motivato dalla prospettiva che il rapporto prosegua in perdita, salvo che la perdita attesa superi quella determinata soglia di sopportabilità. Il giustificato motivo oggettivo consiste in questo: una perdita attesa dalla prosecuzione del rapporto, di entità superiore a una soglia predeterminata dalla legge o la cui determinazione caso per caso è affidata dalla legge al giudice.

(44) Rinvio in proposito a *Il contratto di lavoro* cit., 441-448.

La micro-economia insegna che la perdita attesa può essere una perdita risultante in modo esplicito dalla contabilità aziendale (la prosecuzione del rapporto costa tot al mese in più rispetto al ricavato che se ne trarrà), oppure può consistere in un «costo opportunità», costituito dalla perdita della possibilità di avvalersi della migliore alternativa disponibile, quale può essere il dotarsi di una macchina (oppure ingaggiare un'altra persona) che consenta di conseguire un migliore rapporto tra costo e risultato. Nel caso del fattorino ciclista, per esempio, il costo-opportunità è pari alla maggiore produttività del lavoro conseguibile sostituendolo con un fattorino patentato; e in un caso di questo genere il giudice decide circa la sussistenza o no del giustificato motivo del licenziamento valutando in concreto l'entità di questa perdita, nella circostanza data: se la considera tutto sommato modesta dichiara insufficiente il motivo addotto; se ritiene che essa ecceda la soglia di ragionevole supportabilità per l'impresa dichiara che il motivo giustificato sussiste.

Questo discorso porta dunque a definire il giustificato motivo di licenziamento come una perdita che l'imprenditore si attende dalla prosecuzione del rapporto di lavoro, superiore rispetto alla soglia oltre la quale il legislatore o il giudice ritiene non ragionevolmente accollabile la perdita all'impresa: cioè — potremmo dire con altre parole — superiore al “massimale” coperto dalla polizza assicurativa implicita nel contratto (45).

7. Segue. *Il severance cost come “filtro automatico” delle scelte imprenditoriali in materia di licenziamento e trasferimento.* — È ancora l'economia del lavoro a suggerire di sostituire il meccanismo del controllo giudiziale sul giustificato motivo oggettivo con un'indennità dovuta alla persona licenziata, di entità pari alla soglia di

(45) Una costruzione del giustificato motivo oggettivo sostanzialmente convergente con quella qui proposta, fondata principalmente sulla nozione di eccessiva onerosità sopravvenuta, è oggetto della monografia di L. CALCATERRA, *La giustificazione oggettiva del licenziamento. Tra impossibilità sopravvenuta ed eccessiva onerosità*, Ed. Scientifica, 2009. Rifiuta invece recisamente questa nozione del g.m.o. V. SPEZIALE, *La mutazione genetica del diritto del lavoro cit.*, 34, motivando il rifiuto con una asserita incompatibilità del concetto di «contenuto assicurativo implicito del rapporto» con i valori costituzionali, ma senza spiegare il perché di questa asserita incompatibilità.

perdita attesa che l'ordinamento ritiene sopportabile da parte dell'impresa (46), dunque alla copertura assicurativa massima che si vuole imporre come contenuto necessario del contratto di lavoro. L'idea (47) è che se l'impresa è disposta a sopportare un determinato costo per poter sciogliere un rapporto di lavoro, questo conferma ("rivela") una perdita effettivamente attesa dall'impresa stessa superiore a quel costo; e a quel punto il ruolo del giudice può essere ridotto al solo controllo circa l'inesistenza di motivi illeciti nascosti.

Si osservi come questa soluzione, quando si concreti nell'imposizione di un'indennità dovuta dal datore in qualsiasi caso di licenziamento, sia nettamente più vantaggiosa per la persona interessata rispetto al meccanismo del controllo giudiziale sul giustificato motivo economico, poiché le garantisce il beneficio compensativo in ogni caso (mentre il meccanismo basato sul controllo giudiziale prevede che, nel caso di esito positivo dello stesso, la persona licenziata rimanga con un pugno di mosche in mano, nonostante che essa sia del tutto incolpevole dell'accaduto). Se questa soluzione, di cui è stato detto non a torto che segnerebbe un cambiamento di paradigma del diritto del lavoro (48), non viene adottata non è soltanto per un difetto di dialogo tra i giuslavoristi e gli economisti del lavoro, ma — secondo un'ipotesi maliziosa — anche per una riluttanza dei primi nei confronti di soluzioni che ridimensionano il ruolo del giudice, e dunque anche quello degli avvocati.

(46) O. BLANCHARD - J. TIROLE, *The Optimal Design of Unemployment Insurance and Employment Protection*, NBER working paper, 2004; di cui v. la versione italiana, *Profili di riforma dei regimi di protezione del lavoro*, q. Riv., 2004, I, 161-211. La logica di questa proposta è condivisa, ma solo in una prospettiva *de iure condendo*, da M. PALLINI, *Anni difficili* cit., § 4, e da R. DEL PUNTA, *Un diritto per il lavoro 4.0*, in *Il lavoro 4.0: la Quarta Rivoluzione industriale e la trasformazione delle attività lavorative*, a cura di A. CIPRIANI - A. GRAMOLATI - G. MARI, Un. Press, 2018.

(47) Sulla teoria delle preferenze rivelate in generale v. P. SAMUELSON, *Fondamenti di analisi economica*, Il Saggiatore, 1973 (orig. *Foundations of Economic analysis*, 1947).

(48) A. PERULLI, *Il controllo giudiziale dei poteri dell'imprenditore tra evoluzione legislativa e diritto vigente*, q. Riv., 2015, I, 83-126, dove un siffatto cambiamento di paradigma viene nettamente avvertito; v. partic. 124-125, dove l'A. nega in radice che la tutela costituzionale del lavoro possa essere attuata senza che essa passi attraverso l'opera insostituibile di «mediazione sociale e culturale» del giudice. Nello stesso senso V. SPEZIALE, *op. ult. cit.*

Sta di fatto che i dati sul contenzioso giudiziale in materia di licenziamenti (che, per espressa previsione della l. n. 92/2012, da allora hanno incominciato a essere rilevati in modo sistematico) fanno registrare una diminuzione impressionante del numero dei procedimenti (49). Dato, questo, che andrà accuratamente analizzato per individuarne con precisione, se possibile, le cause e in particolare l'impatto che sul fenomeno possono avere avuto le riforme legislative della materia (per verificare, in particolare, l'ipotesi che a questa vistosa diminuzione abbiano contribuito anche le riforme del 2012 e del 2015, facilitando il raggiungimento spontaneo dell'accordo tra le parti in materia di scioglimento del rapporto con lo stabilire una sorta di "tariffa standard"). Quale che ne sia la causa, il dato indica comunque inequivocabilmente una progressiva riduzione del ruolo del giudice nella gestione della vicenda della cessazione del rapporto di lavoro e un riallineamento, per questo aspetto, del sistema italiano rispetto agli altri Paesi europei (50).

Ma torniamo al diritto vigente: il nostro ordinamento attuale, mentre per un verso sancisce l'insindacabilità delle scelte gestionali dell'imprenditore, per altro verso attribuisce al giudice il compito di controllare la sussistenza del giustificato motivo che l'imprenditore ha addotto a sostegno del licenziamento, cioè la genuinità e ragionevolezza dell'attesa da parte sua di una perdita rilevante in conseguenza della prosecuzione del rapporto, sia essa una perdita in termini contabili o in termini di "costo-opportunità", nonché il carattere "eccessivo" di tale perdita attesa. Secondo la disciplina oggi vigente, esclusi i motivi illeciti nascosti e l'insussistenza radi-

(49) A quanto risulta questi dati — rilevati dal ministero della Giustizia — a tutt'oggi sono stati pubblicati soltanto sul sito *lavoce.info: Che cosa significa la riduzione delle cause di lavoro*, 5 luglio 2022.

(50) Nel libro *Il lavoro e il mercato* cit., avevo dedicato l'ultimo capitolo a quella che allora appariva come una vera e propria «ipertrofia del sistema giuslavoristico» italiano rispetto agli omologhi sistemi europei, dovuta a un eccesso di giuridificazione dei rapporti di lavoro e sindacali e a un conseguente spazio eccessivo riservato ai giudici del lavoro nel sistema delle relazioni industriali. In proposito v. anche la recensione di R. DE LUCA TAMAJO, *Il lavoro e il mercato*, q. Riv., 1997, I, 251-252, dove si sottolinea «l'opportunità di valorizzare forme di giustizia arbitrale o istituti conciliativi atti a ridimensionare il mito del giudice del lavoro come strumento esclusivo di attuazione della legislazione lavoristica, ma soprattutto una rivisitazione culturale di un ruolo forse troppo valorizzato (quale generatore di regole)».

cale del motivo addotto (da cui deriverebbe in entrambi i casi l'applicabilità della sanzione reintegratoria), spetta al giudice stabilire la soglia massima della perdita attesa suscettibile di essere accollata all'impresa.

In un'ottica di *labour law and economics*, tenuto conto dell'effetto prodotto dalla disciplina limitativa dei licenziamenti nel senso di una riduzione del *turnover* e del conseguente aumento della durata dei periodi di disoccupazione (da tenersi ben distinta dal tasso di disoccupazione), si potrebbe pensare che i giudici del lavoro — nell'esercizio della funzione attribuita loro di “quantificare la perdita attesa” suscettibile di configurare il g.m.o. — debbano determinarla in misura più bassa là dove le condizioni del mercato del lavoro sono peggiori, cioè il tasso di disoccupazione è più alto, al fine di favorire il turnover. Si osserva invece un loro comportamento esattamente inverso rispetto a questo: i giudici risultano essere mediamente tanto più severi nella valutazione della legittimità del licenziamento, quanto più alto è il tasso di disoccupazione nel mercato del lavoro della zona (51).

Un modo sensato di stabilire quella soglia consiste nell'assumere come parametro a cui fare riferimento l'entità stessa dell'indennità al cui pagamento il giudice dovrebbe condannare l'impresa se ritenesse insufficiente il motivo addotto per il licenziamento: è infatti ragionevole considerare che il legislatore abbia determinato l'indennità dovuta in funzione di quella soglia. Su questo presupposto, il giudice può attivare il meccanismo della “preferenza rivelata”: se su un importo pari a quell'entità, proposto in apertura del dibattimento in sede di tentativo di conciliazione, l'impresa non si dichiara disponibile a transigere, il giudice può trarne pragmaticamente motivo — senza interferire in alcun modo nelle scelte gestionali né nelle valutazioni *de futuro* dell'imprenditore — per ritenere che nel caso specifico la perdita effettivamente attesa non superi la soglia; con conseguente condanna dell'impresa al pagamento dell'indennità.

(51) V. in proposito i dati emergenti dalla ricerca empirica di A. ICHINO - M. POLO - E. RETTORE, *Are Judges Biased by Labor Market Conditions?*, *Eur. Econ. Review*, 2003, 913-944. Gli stessi Autori avevano proposto precedentemente una prima esposizione dei risultati della loro ricerca in *L'influenza delle condizioni del mercato del lavoro regionale sulle decisioni dei giudici in materia di licenziamento*, *q. Riv.*, 1998, I, 19-47.

Alla soluzione pragmatica testé proposta si obietterà che l'imprenditore può rifiutarla perché è convinto del proprio buon diritto di licenziare il dipendente, ritenendo in buona fede che la perdita attesa dalla prosecuzione del rapporto sia effettivamente di entità superiore. Il problema è che, sul piano pratico, la fondatezza di questo assunto dell'imprenditore è indimostrabile in sede giudiziale, dal momento che esso si basa non su un fatto presente o passato, ma su un evento futuro (la perdita che si verificherà se il rapporto non viene interrotto), come tale non dimostrabile in alcun modo. Il dato paradossale col quale occorre fare i conti, in materia di giustificato motivo oggettivo di licenziamento, è che la legge impone all'imprenditore un onere probatorio tecnicamente non assolvibile: se il giustificato motivo è una perdita attesa, cioè un evento futuro, esso è per definizione oggetto di una valutazione prognostica, per sua natura non suscettibile di prova né documentale né testimoniale. E — se si esclude davvero la sindacabilità delle scelte gestionali dell'imprenditore — il solo modo di cui il giudice dispone per accertare la genuinità della sua previsione consiste nell'applicare il *revelation principle*: verificare cioè quanto egli sia disposto a pagare per ottenere la cessazione del rapporto.

Alla definizione del giustificato motivo oggettivo in termini di perdita attesa è stato obiettato che nella vicenda del licenziamento non è in gioco soltanto l'interesse economico dell'impresa, ma anche “la carne e il sangue” della persona che lavora; e che non si può impedire al giudice di tenerne conto (52). La risposta a questa obiezione è che ciò di cui si discute, quando si discute di giustificato motivo oggettivo di licenziamento, è l'estensione della copertura assicurativa che il contratto deve garantire al lavoratore; la quale è sostanzialmente il limite della perdita economica conseguente a una sopravvenienza negativa nel bilancio del singolo rapporto di lavoro, che il contratto accolla all'imprenditore. È ovvio che questo limite viene stabilito tenendosi conto non solo dell'esigenza di sicurezza economica del lavoratore e della sua famiglia, ma anche del rischio di dispersione della sua professionalità specifica e del

(52) Cfr., fin dagli esordi del dibattito su questo punto, P. ALLEVA, *Il lavoro e il mercato*, q. Riv., 1997, I, 248: «le scelte legislative in tema di vincolo al recesso si muovono su un altro piano, perché nelle cause di licenziamento non si parla del mio e del tuo ma di me e di te».

danno esistenziale che dalla perdita del posto deriva; ma tutto questo deve pur sempre tradursi in un limite della perdita attesa che si ritiene possa essere accollata all'impresa, dunque in una grandezza che si esprime in un valore monetario.

Se si vuole aumentare il contenuto assicurativo del contratto (e non si vuole sostituire la scelta gestionale decisa dal giudice a quella compiuta dall'imprenditore), non c'è altro da fare che aumentare l'entità dell'indennizzo, con il conseguente aumento della soglia di perdita attesa che l'impresa deve accollarsi; ed è quanto il nostro legislatore ha fatto nel 2018, portando il limite massimo dell'indennizzo a 36 mensilità, ben al di sopra di tutti i limiti stabiliti negli ordinamenti degli altri Paesi europei. Ma si tratterà pur sempre, inevitabilmente, di una grandezza espressa in valore monetario, così come è inevitabilmente espresso in un valore monetario il massimale di copertura offerto da qualsiasi altra polizza assicurativa.

A CHE COSA SERVE IL DIALOGO TRA GIUSLAVORISTI ED ECONOMISTI DEL LAVORO. — Riassunto. *Il confronto con gli economisti del lavoro è temuto da una parte dei giuslavoristi, preoccupati del rischio di un asservimento del diritto del lavoro, una sua rinuncia ai propri valori. Il saggio intende invece mostrare come la conoscenza dei modi di essere del lavoro nel vivo del tessuto produttivo sia indispensabile non solo per chi scrive il diritto del lavoro nelle leggi, ma anche per chi lo interpreta, proprio per il migliore perseguimento dei valori propri di questa branca dell'ordinamento giuridico. L'Autore indica tra i frutti più rilevanti del dialogo interdisciplinare l'acquisizione della natura assicurativa del contratto di lavoro. E mostra le conseguenze che da questa acquisizione derivano sul piano dell'interpretazione e applicazione corretta delle norme che limitano la facoltà di recesso dell'imprenditore. Viene esaminata, in particolare la disciplina della materia risultante dalle riforme legislative del 2012 e del 2015, che hanno segnato il passaggio dell'ordinamento italiano da un regime fondato su di una property rule a un regime fondato su di una liability rule; e mostrato come questa riforma realizzi un ordinamento della materia più coerente con il contenuto assicurativo del rapporto contrattuale rispetto al precedente, che presentava più di un aspetto di dubbia ragionevolezza.*

THE IMPORTANCE OF LABOR LAW SCHOLARS AND LABOR ECONOMISTS SHARING VIEWS. — Summary. *Confrontation with labor economists is feared by some labor law scholars, who are concerned about the risk of labor law becoming subservient and abandoning its own values. The purpose of this essay, instead, is to demonstrate that not only legislators, responsible for making new labor law regulations, but all lawyers handling them are required to know the way labor stands in the actual manufacturing base, precisely for the better pursuit of the values proper to this branch of the legal system. In the author's view, one of the most relevant results of this interdisciplinary dialogue is that the insurance function of a dependent employment contract has been pinpointed. The author, hence, highlights the important consequences of this in terms of the correct interpretation and application of the rules limiting the entrepreneur's right of withdrawal. In particular, the discipline of the matter resulting from the legislative reforms of 2012 and 2015 which marked the transition of the Italian legal system from a regime based on a property rule to a regime based on a liability rule is examined: the essay shows that this reform is more consistent with the insurance content of a dependent work employment than the previous discipline, that presents more than one aspect of unreasonableness.*