

LABOR

1

Il lavoro nel diritto

Rivista bimestrale

gennaio-febbraio 2024

DIRETTA DA
Oronzo Mazzotta

www.rivistalabor.it

IN EVIDENZA

■ ***Diritto del lavoro e cultura. In memoria di Riccardo Del Punta***

Tiziano Treu, Pietro Ichino, Lorenzo Gaeta, Adalberto Perulli

■ ***La partecipazione nel pensiero di Giorgio Ghezzi***

Lorenzo Zoppoli

■ ***Giurisprudenza commentata***

Chiara Tomiola, Rossella Ciavarella, Silvia Zinolli, Matteo Verzaro

Comitato Scientifico

Marina Brollo, Maria Teresa Carinci, Carlo Cester, Riccardo Del Punta, Vincenzo Ferrante, Arturo Maresca, Luca Nogler, Marcello Pedrazzoli, Adalberto Perulli, Roberto Pessi, Roberto Romei, Franco Scarpelli, Gaetano Zilio Grandi, Carlo Zoli

Comitato Editoriale

Giuseppe Bronzini, Luigi de Angelis, Barbara De Mozzi, Fausto Nisticò, Fabio Pappalardo, Valeria Piccone, Carla Ponterio, Roberta Santoni Rugiu, Antonino Sgroi, Elisabetta Tarquini, Stefano Visonà

Comitato dei Garanti

Edoardo Ales, Raffaele De Luca Tamajo, Lorenzo Gaeta, Alessandro Garilli, Donata Gottardi, Enrico Gragnoli, Vito Leccese, Fiorella Lunardon, Mariella Magnani, Maurizio Ricci, Francesco Santoni, Giuseppe Santoro-Passarelli, Paolo Tosi, Patrizia Tullini, Lorenzo Zoppoli

Redazione

Raffaele Galardi (coordinatore), Simone D'Ascola, Francesca Marinelli, Chiara Mazzotta, Gabriella Mazzotta †, Vincenzo Antonio Poso

Criteri per la revisione

La direzione della Rivista, a decorrere dal primo numero del 2017, sulla base delle indicazioni del Consiglio Universitario Nazionale e del Ministero dell'Università, intende rendere operativo un sistema di revisione esterna anonima, i cui criteri vengono qui di seguito indicati.

- 1) La Rivista annovera un Comitato di Garanti, professori ordinari della materia in ruolo o fuori ruolo, che hanno dato la disponibilità ad effettuare la revisione degli scritti proposti per la pubblicazione.
- 2) Le rubriche sottoposte obbligatoriamente a revisione sono le seguenti: Saggi; Focus; Giurisprudenza commentata.
- 3) Ogni contributo verrà sottoposto ad uno o più revisori, sulla base delle valutazioni della direzione.
- 4) La revisione viene effettuata con il sistema del «doppio cieco»: il revisore non conosce il nome dell'autore così come l'autore non conosce l'identità del revisore. Il tramite è la redazione della Rivista.
- 5) Il revisore avrà 10 giorni di tempo per esprimere la propria valutazione attraverso una scheda predisposta dalla Rivista, dalla quale emerge il relativo livello di approfondimento scientifico.
- 6) Nel caso in cui il revisore suggerisca all'autore integrazioni o modifiche, ai fini della pubblicazione, quest'ultimo avrà ulteriori 10 giorni per effettuare le correzioni proposte dal revisore. La Rivista si riserva di decidere se sottoporre nuovamente l'articolo al revisore, oppure effettuare direttamente il controllo delle modifiche o integrazioni.
- 7) Ove la revisione abbia un risultato positivo, il contributo verrà pubblicato con l'indicazione dell'avvenuta revisione.
- 8) Nelle rubriche sottoposte a revisione si richiede a ciascun autore di segnalare se il proprio nome non sia presente nelle proprietà nascoste del file e comunque di mettere in evidenza eventuali rinvii a proprie opere, per evitare che la sua identità possa essere riconosciuta dal revisore.
- 9) La Rivista si riserva, in casi eccezionali, di affidare il contributo sottoposto a revisione ad uno studioso estraneo al comitato dei garanti così come si riserva di pubblicare, senza sottoporre a revisione, contributi provenienti da autori di fama internazionale o di prestigio tali da rappresentare un indubbio arricchimento per l'immagine della Rivista.

I contributi del presente numero sono stati sottoposti a revisione esterna anonima.

Diritto del lavoro e cultura. In memoria di Riccardo Del Punta

TIZIANO TREU, <i>Diritto del lavoro e analisi sociale</i>	7
PIETRO ICHINO, <i>Riccardo Del Punta e l'approccio di Labour Law & Economic</i>	29
LORENZO GAETA, <i>Metodo storico e diritto del lavoro</i>	45
ADALBERTO PERULLI, <i>La filosofia dei valori di Riccardo Del Punta</i>	55

Saggi

LORENZO ZOPPOLI, <i>La partecipazione nel pensiero di Giorgio Ghezzi</i>	75
--	----

Giurisprudenza commentata

CHIARA TOMIOLA, <i>Art. 2103 c.c. novellato e repêchage: nodi irrisolti</i>	99
ROSSELLA CIAVARELLA, <i>Verso una responsabilità penale del rappresentante dei lavoratori per la sicurezza?</i>	117
SILVIA ZINOLLI, <i>Il trasferimento del caregiver ed il riparto dell'onere della prova</i>	131
MATTEO VERZARO, <i>Repêchage ad incertum modum redigere</i>	141

Indice analitico delle sentenze

Lavoro (rapporto)

– Salute e sicurezza – Infortunio mortale – Rappresentante dei lavoratori per la sicurezza – Responsabilità penale – Omicidio colposo – Configurabilità (Cass., 25 settembre 2023, n. 38914, con nota di CIAVARELLA)

– Trasferimento del lavoratore caregiver – Diritto – Bilanciamento con gli interessi datoriali – Onere della prova (Cass., ord. 20 luglio 2023, n. 21627, con nota di ZINOLLI)

Licenziamenti – Licenziamento per g.m.o.

– Onere della prova – Repêchage – Posti disponibili (Cass., 8 maggio 2023, n. 12132, con nota di VERZARO)

– Ius variandi – Repêchage rafforzato

– Posti disponibili – Livello di inquadramento o livello inferiore – Incapacità professionale – Onere prova del datore (Cass., 13 novembre 2023, n. 31561, con nota di TOMIOLA)

– Organigramma aziendale – Sedi e livelli professionali – Capacità professionale – Superamento del limite – Reintegrazione attenuata (App. Napoli, 28 marzo 2023, con nota di TOMIOLA)

Indice cronologico delle sentenze

Giorno	Autorità	Pagina
	2023	
	<i>Marzo</i>	
28	App. Napoli	99
	<i>Maggio</i>	
8	Cass., n. 12132	141
	<i>Luglio</i>	
20	Cass., n. 21627	131
	<i>Settembre</i>	
25	Cass., n. 38914	117
	<i>Novembre</i>	
13	Cass., n. 31561	99

Notizie sugli autori

ROSSELLA CIAVARELLA – dottoranda nell'Università degli studi di Foggia

LORENZO GAETA – professore ordinario nell'Università degli studi di Siena

PIETRO ICHINO – professore emerito nell'Università degli studi di Milano

ADALBERTO PERULLI – professore ordinario nell'Università Venezia Ca' Foscari

CHIARA TOMIOLA – dottoressa di ricerca nell'Università degli studi di Padova

TIZIANO TREU – professore emerito nell'Università Cattolica del Sacro Cuore

MATTEO VERZARO – ricercatore nell'Università degli Studi di Roma Tre

SILVIA ZINOLLI – dottoranda nell'Università di Pisa

LORENZO ZOPPOLI – professore ordinario nell'Università degli studi di Napoli Federico II

Riccardo Del Punta e l'approccio di *Labour Law & Economic*

SOMMARIO: 1. Il ruolo svolto da Riccardo Del Punta nell'apertura di una stagione di dialogo fecondo tra i giuslavoristi e gli economisti del lavoro. – 2. Il dialogo tra giuslavoristi ed economisti istituzionisti, neo-istituzionalisti e marginalisti: l'utilità dei modelli teorici e i suoi limiti. – 3. Il *capability approach* come "ponte" fra il discorso giuridico e il discorso economico. – 4. Un esempio: l'approccio di *labour law & economics* alla legislazione antidiscriminatoria. – 5. Il necessario contenuto assicurativo del rapporto di lavoro e la disciplina dei licenziamenti. – 6. *Property rule vs. liability rule*. – 7. Un'osservazione conclusiva.

Sinossi. Il contributo si sofferma sul dialogo fra economisti e giuslavoristi nell'ultimo trentennio, analizzando i vari modelli di discorso economico che si sono confrontati con il diritto del lavoro. Un'attenzione particolare viene dedicata al contributo dato da Riccardo Del Punta a questo dialogo.

Abstract. *The essay focuses on the dialogue between economists and labor lawyers over the last thirty years, analyzing the various models of economic discourse that have been confronted with labor law. Particular attention is paid to Riccardo Del Punta's contribution to this multidisciplinary dialogue.*

PAROLE CHIAVE: Diritto ed Economia – Capability approach

1. Il ruolo svolto da Riccardo Del Punta nell'apertura di una stagione di dialogo fecondo tra i giuslavoristi e gli economisti del lavoro.

L'ultimo scritto di Riccardo Del Punta, la voce *Contratto di lavoro (teorie filosofiche)* pubblicata postuma¹, nel paragrafo introduttivo individua icasticamente il motivo della difficoltà del dialogo tra giuslavoristi ed economisti, osservando come la cultura fondativa del diritto del lavoro sia permeata da «un'antropologia della diversità (e sostanzialmente, in molte versioni, della superiorità etica) del lavoratore, che [...] la divarica da quella economica [...] in quanto fondata sul prototipo di un attore che sceglie, e per giunta in modo fondamentalmente interessato»². E poco oltre precisa³: «un'antropologia fondamentalmente proiettata sulla dimensione collettiva, *ergo* anche antieconomicistica, che ha fornito la base culturale, sociologica e finanche psicologica al programma di protezione integrale realizzato dal diritto del lavoro per il tramite della legge e dell'azione collettiva».

In quest'ultimo come in altri suoi scritti precedenti Riccardo spiega così perché e come la diffidenza di molti giuslavoristi nei confronti dell'utilizzazione dei risultati dell'analisi economica nel discorso giuridico nasca 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 umana⁴.

Il dibattito promosso otto anni fa dalla rivista *Lavoro e Diritto* sul tema *Autonomia e subordinazione del diritto del lavoro*⁵ ha avuto il merito di esplicitare questa difficoltà grave di comunicazione tra la comunità dei giuslavoristi e quella degli economisti, in particolare quella degli economisti del lavoro. Difficoltà che aveva preso a manifestarsi nella seconda metà degli anni '90 del secolo scorso, quando si erano registrati i primi tentativi

¹ In *ED, I tematici. VI. Contratto di lavoro*, Giuffrè, 2023, 204-226.

² Ivi, 206.

³ Ivi, 210.

⁴ Tra le prime autorevoli espressioni di questo atteggiamento v. già, un quarto di secolo fa, il dibattito alle giornate di studio dell'AIDLaSS del 1999 (atti in *Diritto del lavoro e nuove forme di decentramento produttivo*, Giuffrè, 2000) e in particolare l'intervento di ROCCELLA, significativamente intitolato *Mercato del lavoro: americanizzazione o barbarie?*, che si conclude negando l'alternativa: l'americanizzazione, intesa come cedimento del diritto del lavoro alle leggi dell'economia, è barbarie (ivi, 207-211); e l'intervento di GRANDI, nel quale viene denunciata la «mercantilizzazione delle attività lavorative», accreditata dalla scienza economica, mentre si osserva che «i padri fondatori del diritto del lavoro non accettarono queste logiche» (ivi, 213).

⁵ *LD*, 2016, 567-728. Il dibattito è aperto da uno scritto di ROMAGNOLI (*Momenti di storia della cultura giuridica del lavoro*, 567-569); seguono gli interventi di MARIUCCI (*Culture e dottrine del giuslavorismo*, 585-644), DEL PUNTA e CARUSO (*Il diritto del lavoro e l'autonomia perduta*, 645-678), LYON-CAEN (*Regards sur les juslaboristes*, 679-684), BAVARO (*Appunti su scienza e politica sul diritto del lavoro*, 707-718), SPEZIALE (*La trasformazione del diritto del lavoro*, 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 dell'autore di questo articolo, di BALLESTRERO, CARUSO, CORAZZA, PADOA SCHIOPPA, ancora DEL PUNTA e SALVATI.

di interlocuzione tra i due ambienti culturali⁶. Nell'ambiente dei giuslavoristi aveva preso a manifestarsi una diffusa quanto marcata insofferenza nei confronti della pretesa della scienza economica di sottoporre al proprio vaglio i contenuti dell'ordinamento giuridico del lavoro: le si imputava, più o meno esplicitamente, una sorta di imperialismo culturale e la pretesa di mettere in discussione i valori fondamentali dell'ordinamento stesso in nome di un valore non consacrato dalla Costituzione repubblicana, ovvero l'efficienza produttiva. L'iniziativa di *Lavoro e Diritto* ha fatto emergere la protesta e la preoccupazione di questa parte dei giuslavoristi; ha consentito che si esprimesse a tutto tondo la denuncia del rischio di una "subordinazione" del diritto del lavoro all'economia, cioè a un approccio culturale fondato sul considerare il lavoro come una merce; ha espresso con forza la rivendicazione, invece, della piena "autonomia" del diritto del lavoro in nome del perseguimento dei valori della dignità e libertà della persona e della sua emancipazione dal bisogno.

Su questo tema fin dall'inizio del nuovo secolo quella di Riccardo Del Punta era stata una delle prime voci fuori dal coro. In un saggio nato dalla rielaborazione di una sua relazione svolta in un convegno promosso da Franco Scarpelli all'Università di Milano-Bicocca⁷ egli aveva argomentato in modo approfondito la propria presa di distanza dall'atteggiamento di insofferenza serpeggiante tra i giuslavoristi, sottolineando la necessità dell'apertura di un dialogo di cui – avvertiva – il diritto del lavoro non può fare a meno. Sul rapporto tra economia e diritto del lavoro Riccardo era poi tornato incisivamente in uno scritto del 2010⁸, quindi ancora tre anni dopo⁹, sottolineando come oggi più che mai la cultura giuslavoristica debba abbandonare la pretesa di una autosufficienza totalizzante, derivata da un'ispirazione originaria hegeliana filtrata dalla cultura marxista, per aprirsi non solo al sapere degli economisti, ma anche a diverse altre branche del sapere umano: «il diritto del lavoro è fatto anche di economia, così come di tante altre ragioni e giustificazioni».

Il discorso è stato infine ripreso da Riccardo cinque anni fa in *Valori del diritto del lavoro ed economia di mercato*¹⁰, dove egli osserva che «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».

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; 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 feno-

⁶ Un primo tentativo strutturato di interlocuzione, dal versante della scienza economica, era consistito nell'inserimento in un nuovo *Manuale di economia del lavoro* (BRUCCHI LUCHINO, Il Mulino, 2001) di un capitolo dedicato a "Economia e diritto del lavoro" (505-528). Dal versante giuslavoristico fin dalla metà degli anni '90 si era registrato l'avvio della pubblicazione da parte della *Rivista italiana di diritto del lavoro* di studi di economisti stranieri e italiani circa la ragion d'essere economica del diritto del lavoro e gli effetti economici delle sue norme.

⁷ *L'economia e le ragioni del diritto del lavoro*, in *DLRI*, 2001, 3-45.

⁸ *The Economic Challenge to Labour Law*, in CASALE e PERULLI (a cura di), *Compliance with Labour Legislation: its efficacy and efficiency*, ILO, 5-20; e in LYON CAEN, PERULLI, *Valutare il diritto del lavoro*, Cedam, 77-92.

⁹ *Epistemologia breve del diritto del lavoro*, in *LD*, 2013, 45-46.

¹⁰ In *Biblioteca '20 Maggio'*, 2019, n. 2, 116 e 124.

meno, che pure deve essere studiato e capito se non si vogliono chiudere gli occhi su 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 anche se si è convinti che il lavoro non sia *soltanto* una merce. 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. È in ogni caso una visione distorta di quest'ultima quella che la considera incapace di comprendere il valore di beni appartenenti alla sfera spirituale e morale; perché, 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, come dignità, libertà, riservatezza, salute e sicurezza personale, può implicare un costo in termini di sacrificio di un altro valore; essa quindi aiuta il legislatore, così come l'interprete, a compiere a ragion veduta le proprie scelte di bilanciamento tra costi e benefici, ivi compreso il bilanciamento tra gli stessi valori perseguiti. È ancora Riccardo Del Punta¹¹ a osservare, a questo proposito, che oggi più che mai il diritto del lavoro deve abbandonare la pretesa di autosufficienza totalizzante – che egli 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: «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 il profilo dell'efficacia materiale delle norme».

2. Il dialogo tra giuslavoristi ed economisti istituzionisti, neo-istituzionalisti e marginalisti: l'utilità dei modelli teorici e i suoi limiti.

Nel primo suo scritto qui citato, quello del 2001, Riccardo osservava che il giuslavorista si sente più “a casa propria” quando si confronta con gli economisti appartenenti alla corrente di pensiero c.d. “neo-istituzionalista” (che studia la genesi sociale delle norme e delle organizzazioni, muovendo soprattutto – con O.E. Williamson – dalla teoria dei costi di transazione di R. Coase), oppure con quelli appartenenti alla corrente di pensiero c.d. “istituzionista” (intendendosi per tale quella che, in contrapposizione all'approccio “margi-

¹¹ *Epistemologia breve del diritto del lavoro*, cit., 44. Nello stesso senso v. SCHWAB, *Law-and-Economics Approaches to Labour and Employment Law*, in *IJCLL*, 33, 2017, 115-144, in particolare § 4.6.

nalista”, da Thorstein Veblen in poi, passando per John R. Commons e la cosiddetta “scuola del Wisconsin” – frequentata da Gino Giugni nei primi anni '50 –, attribuisce rilievo decisivo alle abitudini di pensiero e di comportamento della collettività umana oggetto di studio, considerandole come “istituzioni” del vivere sociale ed economico)¹². Rilevava invece maggiori difficoltà di comunicazione con gli economisti appartenenti al *mainstream* “marginalista” (intendendosi con questa espressione l'approccio dell'economista che si propone di indicare la scelta migliore confrontando beneficio e costo marginali, sul presupposto della razionalità economica delle scelte dei soggetti). Al tempo stesso, però, Riccardo riconosceva che sul funzionamento del mercato del lavoro gli scritti degli “istituzionisti” e quelli dei “neo-istituzionalisti” appaiono assai più avari di contributi rilevanti, per la politica del diritto e del lavoro, rispetto a quelli appartenenti al *mainstream* “marginalista”.

Va detto in proposito che, certo, il giuslavorista si sintonizza molto facilmente con l'appello degli economisti istituzionalisti alla necessità di assicurare alle persone una *positive liberty*, quella che chiamiamo comunemente la “libertà di”, in contrapposizione alla *negative liberty* (la “libertà da”, di cui sono tipicamente più preoccupati gli economisti appartenenti al *mainstream* marginalista); con la sottolineatura degli istituzionalisti circa il coinvolgimento della persona umana nel lavoro, che esclude la sua assimilabilità piena a una merce qualsiasi; più in generale con il loro richiamo a una forma di relativismo conoscitivo, con il loro ammonimento a non pretendere di spiegare i comportamenti umani individuali e associati per mezzo di leggi di carattere universale, con il loro disincanto nei confronti dei modelli teorici, di cui essi denunciano lo scostamento dalla complessità del reale. Questo è, a ben vedere, anche il messaggio fondamentale di Ronald Coase, considerato uno dei grandi padri dell'approccio di *law and economics*, in riferimento ai modelli teorici classici: semplificazioni della realtà che non tengono conto degli elementi frizionali ostativi al funzionamento ottimale del mercato. Lo stesso Coase, però, non dice affatto che quei modelli siano inutili o fuorvianti: dice soltanto che talvolta proprio gli elementi frizionali determinati dai costi di transazione o dalle asimmetrie informative (esse pure riconducibili alla nozione di “costo di transazione”) rendono l'intervento dell'ordinamento giuridico indispensabile anche alla stregua di un criterio di efficienza; e con la teoria dei costi di transazione ci aiuta, appunto, a mettere in comunicazione tra loro l'approccio marginalista e l'approccio istituzionalista o quello neo-istituzionalista: getta le basi per un sistema unitario nel quale i due approcci possono integrarsi tra loro. Anche gli economisti di impostazione marginalista, comunque, riconoscono pacificamente l'esistenza e la grande rilevanza delle imperfezioni del mercato: il loro lavoro è dedicato in gran parte proprio a individuarne i difetti di funzionamento e il modo migliore per farvi fronte, arricchendo e complicando conseguentemente i loro modelli.

¹² Tra gli economisti italiani che possono ascrivere all'orientamento “istituzionalista” v. SACCONI, *Using new institutional economics and the capability approach to make sense of layoff/dismissal law reforms: are we preparing a future of iniquity and inefficiency for the Italian enterprises?* (Relazione alla XIII Conferenza annuale della Società italiana di Diritto ed Economia, Roma, 15 dicembre 2017); v. anche ID., *La riforma della disciplina dei licenziamenti nel Jobs Act: (non)equità e (in)efficienza dell'impresa*, in *Jobs Act. Il contratto a tutele crescenti*, a cura di M.T. CARINCI e TURSI, Giappichelli, 2015, 291-357.

È giusto dunque diffidare non soltanto della pretesa di spiegare tutto sulla base dei modelli teorici, ma anche della pretesa altrettanto assoluta di negare l'utilità di quei modelli: essi non spiegano mai tutto, ma spiegano sempre qualche cosa nel tutto. Così, è vero che il lavoro non può essere considerato soltanto come una merce, essendo in esso coinvolta direttamente la persona umana; ma il considerarlo *anche* come una merce può aiutare a comprendere una parte rilevante di quanto accade nel mercato del lavoro. Ogni modello coglie qualche aspetto della realtà; e per questo deve essere considerato e studiato. Se il modello è costruito correttamente sul piano della sua coerenza logica intrinseca – e tutti i modelli economici con cui noi giuristi ci confrontiamo hanno già superato il vaglio della correttezza su questo piano – la nostra scelta non dovrebbe essere mai tra l'“accettare” il modello e il “respingerlo”: il problema è sempre soltanto di capire quale e quanta parte della realtà ciascun modello è in grado di spiegare.

Il censimento delle sinapsi possibili tra economia e diritto del lavoro conferma che proprio da questi modelli vengono i contributi più rilevanti tra quelli che la scienza economica può dare oggi al diritto del lavoro. Contributi sempre discutibili, certo; ma la discussione su di essi ha per oggetto dati precisi e ragionamenti chiari, suscettibili di essere verificati o falsificati. I risultati della ricerca economica basata sui modelli teorici ci sono indispensabili – del resto – anche sul piano dell'interpretazione e dell'applicazione quotidiana del diritto del lavoro. Dovunque una norma costituzionale (o comunitaria) imponga alla legge ordinaria il perseguimento di un determinato obiettivo, la norma legislativa ordinaria è suscettibile di censura di incostituzionalità (o incompatibilità con l'ordinamento comunitario) quando essa produca effetti contrari a quelli dovuti¹³; inoltre, tra due significati della norma legislativa ordinaria compatibili con il suo contenuto letterale deve essere preferito quello che meglio si concilia con il perseguimento degli effetti voluti dalla norma di rango superiore¹⁴. In entrambi i casi – come Riccardo sottolinea in numerosi passaggi dei suoi scritti – i risultati dell'analisi economica degli effetti concreti della norma, utilizzati in funzione di un argomento consequenzialistico, possono dunque costituire un passaggio decisivo dell'argomentazione giuridica, in un senso o nell'altro: prova ne sia la sempre maggiore frequenza dell'uso dell'argomento consequenzialistico tratto dai risultati della ricerca economica nella discussione davanti alle Corti superiori.

Il giurista è comunque sempre interessato al risultato della ricerca dell'economista e a quello della ricerca del sociologo circa il funzionamento effettivo dei meccanismi del vivere sociale, quale che ne sia l'approccio o il metodo, dal momento che i meccanismi stessi costituiscono la materia che il diritto ha la (fondata) pretesa di ordinare e regolare secondo i valori fatti propri dalla Costituzione. È infatti immediatamente intuitivo che ciò di cui non si conoscono il funzionamento, i meccanismi interni, non si può disciplinare in modo efficace.

¹³ Cfr. sul punto NOVELLA, *Analisi economica e interpretazione nel diritto del lavoro*, in *RIDL*, 2002, I, 311-344, in particolare 317, dove viene portata a esempio la questione della compatibilità del monopolio statale italiano dei servizi per l'impiego con l'ordinamento europeo decisa dalla Corte di giustizia con la sentenza «Job Centre II» (C. giust., 11 dicembre 1997, causa C-55/96, in *FI*, 1998, n. 2, cc. 41-50).

¹⁴ Cfr. ancora NOVELLA, op. cit. nella nota precedente, 327-328.

3. Il *capability approach* come “ponte” fra il discorso giuridico e il discorso economico.

Nel suo intervento al XV congresso AIDLASS¹⁵, del 2006, Riccardo tocca un tema di importanza fondamentale per comprendere fino in fondo il carattere essenziale, indispensabile, della sinapsi con la scienza economica per lo studio del diritto del lavoro: «il concetto seniano di “capability” [...] si pone come “ponte” fra i diritti e il mercato, e quindi fra il diritto del lavoro e l'economia, favorendo così il dialogo metodologico fra le due discipline».

Questo del *capability approach* è un tema cui Riccardo aveva dedicato alcuni anni prima uno studio approfondito e altri ne avrebbe dedicati negli anni successivi, considerandolo come un capitolo cruciale per qualsiasi discorso giuslavoristico che aspirasse a non limitarsi a una contemplazione della norma nell'iperuranio di un *dover essere* astratto, bensì a studiarne l'impatto concreto sui rapporti sociali e – per usare il linguaggio della “filosofia della prassi” – i rapporti di produzione. La nozione di *capability* – egli avverte¹⁶ – ha «una doppia apertura valoriale, che chiama in causa tanto la libertà quanto l'eguaglianza, e che deve essere messa appropriatamente in relazione, pertanto, con la tradizione culturale propria del diritto del lavoro, che attorno a quei valori – ma, come è ben noto, con una netta preferenza per uno di essi – si è formata [...] non pare dubbio che il concetto di “capability” sia parte di una visione più individualistica di quella che siamo abituati a vedere sottesa al diritto del lavoro. Una visione che potremmo dire incentrata sul valore della “libertà sostanziale” (o, se si vuole, della “libertà eguale”), piuttosto che su quello dell'“eguaglianza sostanziale”, nei termini in cui esso è stato tradizionalmente inteso dalla dottrina costituzionale. Trattasi, in altre parole, di un concetto dotato di una forte potenzialità di impatto critico su certe fondamenta politiche e culturali del discorso lavoristico».

Il punto è questo: attribuire alla persona che vive del proprio lavoro un diritto – quale può essere quello di libertà di scelta della propria occupazione, o di dignità nell'ambiente di lavoro, o un diritto alla salute e integrità psico-fisica, o un diritto alla “conciliazione” tra lavoro e cura familiare – rischia di essere una enunciazione priva di effetti pratici se non ci si interroga circa gli ostacoli che il contesto sociale può frapporre in concreto all'esercizio del diritto stesso e circa la disponibilità, per la persona interessata, degli strumenti indispensabili per superare quegli ostacoli. Per fare solo un esempio legato all'attualità post-pandemia: attribuire formalmente alla persona che lavora il diritto a uno o due giorni alla settimana di lavoro da remoto può essere del tutto inutile, irrilevante per la persona stessa (a meno che lo si intenda come concessione di uno o due giorni di vacanza), se essa non è dotata di una abitazione e di una connessione alla rete che consentano il proficuo esercizio del diritto stesso, oppure se il data-base aziendale è inaccessibile da remoto.

Il *capability approach*, come Riccardo osserva acutamente, impone alla scienza giuridica – particolarmente nel campo del lavoro – di dotarsi di una forte sinapsi con la scienza

¹⁵ Gli atti del Congresso, svoltosi a Santa Margherita di Pula dal 1° al 3 giugno 2006, sono pubblicati in *Formazione e mercato del lavoro in Italia e in Europa*, Giuffrè, 2007. L'intervento di DEL PUNTA è alle pagine 277-279.

¹⁶ *Ibidem*.

economica per gli stessi motivi per cui l'articolo 3 della Costituzione impone alla Repubblica il compito di rimuovere gli ostacoli che nella realtà dei rapporti sociali possono impedire l'*effettività* dei diritti fondamentali di libertà e di uguaglianza. L'importanza di questa notazione si coglie con peculiare evidenza nel campo della legislazione antidiscriminatoria: l'analisi economica degli effetti di alcune norme, che impongono una parità formale di trattamento con l'intendimento di proteggere un gruppo svantaggiato, pone in evidenza alcuni effetti paradossali che l'applicazione di queste norme può talvolta produrre, quando si pretenda di "far parti uguali fra diseguali", senza offrire al gruppo svantaggiato i mezzi per superare concretamente la propria condizione di inferiorità. Così, per esempio, in un contesto generale di "equilibrio mediterraneo" caratterizzato da una forte disparità nella distribuzione dei carichi di cura familiare, che dunque gravano sulle donne in misura nettamente superiore rispetto agli uomini, il puro e semplice divieto di discriminazione di genere non basterà mai per realizzare una vera parità di opportunità nei luoghi di lavoro: perché le donne avranno sempre una minore mobilità, minore disponibilità per un tempo di lavoro flessibile secondo le esigenze dell'impresa, una anzianità di servizio mediamente inferiore rispetto agli uomini a causa della maternità, e così via. E alcune norme ispirate a una parità di genere soltanto formale possono addirittura produrre effetti controproducenti sulle opportunità di cui le donne sono in grado di usufruire nel tessuto produttivo e dunque sulla partecipazione stessa delle donne al mercato del lavoro.

4. Un esempio: l'approccio di *labour law & economics* alla legislazione antidiscriminatoria.

Nell'ottica proposta da Riccardo Del Punta, vediamo più da vicino come il possibile effetto paradossale della norma protettiva di cui si è detto nel paragrafo precedente possa tipicamente verificarsi nella legislazione antidiscriminatoria; e come esso possa essere messo in rilievo soltanto dall'analisi economica della norma stessa.

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 della persona immigrata recentemente da un Paese straniero, soprattutto quando essa non padroneggi la lingua italiana e quando essa manchi di qualsiasi referenza. 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 delle persone appartenenti a un gruppo svantaggiato di neutralizzare il proprio handicap sociale per 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 (come lo fu negli U.S.A. l'aumento a 14 dollari del salario minimo orario, richiesto da sinistra da Bernie Sanders qualche anno fa e ora riproposto da destra come cavallo di battaglia della campagna elettorale presidenziale di Donald Trump). Si configura così un contrasto sostanziale fra l'art. 41 della legge n. 40/1998, interpretato e applicato in chiave formalmente e rigorosamente egualitaria, e la Convenzione n. 143/1975, che protegge l'interesse dei lavoratori migranti; o fra la stessa norma ordinaria e gli artt. 3 e 4 della Costituzione, che impongono alla Repubblica di rimuovere gli ostacoli all'uguaglianza (oggi diremmo "parità di opportunità") sostanziale e al diritto di tutti al lavoro.

Nel febbraio 2000, nell'ambito di un'iniziativa del Comune di Milano la cui progettazione e gestione venne affidata a Marco Biagi, venne stipulato un accordo collettivo locale – c.d. Patto per Milano – che prevedeva la possibilità, per le imprese cui fosse 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 sostennero che esso mirava 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 rifiutò invece di sottoscriverlo, sostenendo che esso violasse il divieto di discriminazione posto dalla legge n. 40/1998. Entrambe le tesi erano probabilmente fondate: il problema nasceva da un attrito sostanziale fra la garanzia di pari opportunità sostanziale e il divieto di trattamenti differenziati.

In ogni caso, è soltanto uno studio rigoroso degli effetti dell'una e dell'altra norma – o dell'una e dell'altra modalità di interpretazione e applicazione della norma – sulla condizione degli appartenenti al gruppo svantaggiato che può dirimere la questione circa la soluzione più coerente con la norma costituzionale, o con la norma sovra-ordinata: cosicché il risultato della ricerca economica rifluisce nell'argomentazione del giurista.

Allo stesso modo, alcuni effetti controproducenti di norme che vietano la differenziazione del trattamento, osservati in sede di ricerca empirica, sono stati spiegati sul piano teorico col fatto che le norme stesse intervengono imponendo parità retributiva in situazioni nelle quali è ancora in atto il circolo vizioso fra discriminazione e minore investimento dei discriminati sul proprio capitale umano, ritorcendosi così il divieto di differenziazione contro coloro che dovrebbero esserne protetti, dei quali viene ridotta la capacità effettiva di competere nel mercato (è questo uno degli argomenti principali a sostegno della necessità di coniugazione del divieto di discriminazione con le cosiddette "azioni positive"). Si è anche sostenuto che finché il pregiudizio negativo è di fatto operante, negare a chi ne è vittima la possibilità di neutralizzarne gli effetti accettando trattamenti inferiori finisce coll'aggravare il danno¹⁷.

¹⁷ POSNER, 1987. Per i riferimenti bibliografici contenuti in questa e nelle note successive di questo paragrafo, v. la scheda in appendice

Si è peraltro osservato – dati alla mano – che le norme antidiscriminatorie hanno sempre dimostrato di poter incidere sul comportamento degli imprenditori assai più in fase di svolgimento o risoluzione del contratto di lavoro, che in fase di costituzione del rapporto: col risultato che al momento della scelta del lavoratore da assumere il maggior rischio di una futura controversia finisce col costituire un disincentivo all'assunzione del lavoratore appartenente al gruppo svantaggiato¹⁸.

È stata però sottolineata pure la funzione pedagogica che una legge antidiscriminatoria può svolgere nei confronti di tutti i protagonisti del mercato del lavoro, con l'effetto di accelerare l'uscita del sistema dal circolo vizioso innescato dai pregiudizi, razziali o di altro genere¹⁹. E si è altresì osservato che nei modelli economici tendenti a soppesare costi e benefici dell'intervento statale contro le discriminazioni non può non tenersi conto del disvalore gravissimo insito nelle pratiche discriminatorie anche per soggetti terzi, estranei ai rapporti di lavoro interessati dalle pratiche stesse²⁰. Argomento, quest'ultimo fondato sul disvalore morale, evidentemente suscettibile di assumere peso decisivo e assorbente rispetto a tutti gli altri menzionati sopra; il che mostra come anche notazioni di carattere etico e non suscettibili di misurazione possano assumere rilievo nel discorso dell'economista.

Quanto agli studi empirici, essi hanno mostrato come la normativa antidiscriminatoria contenuta nel titolo VII del *Civil Rights Act* statunitense abbia probabilmente prodotto un effetto positivo sul tasso di occupazione dei neri e sulla riduzione delle differenze retributive rispetto ai bianchi; come invece le norme volte a garantire pari opportunità di lavoro ai disabili abbiano probabilmente prodotto risultati opposti rispetto a quelli perseguiti, almeno sul piano degli accessi al lavoro²¹. E proprio a questo proposito è ancora Riccardo a ricordarci la necessità di applicare sempre con rigore il *capability approach*²²: «la garanzia giuridica di un posto per un lavoratore disabile è un punto di partenza, ma il fatto che le persone con disabilità vengano davvero integrate nell'ambiente di lavoro non è certo meno importante».

La ricerca economica ha, inoltre, attribuito un peso notevole agli effetti delle norme sostanziali sul versante giudiziale, osservando come negli anni '80, negli Stati Uniti, le controversie legali in materia di licenziamento discriminatorio siano state sei volte più numerose rispetto a quelle in materia di discriminazione nell'assunzione (pur in assenza di analoghe ricerche riferite al nostro Paese, tutto induce a ritenere che da noi le cose non vadano diversamente); e come l'andamento quantitativo complessivo delle controversie

a SCHWAB, *Employment Discrimination*, in *Encyclopedia of Law and Economics*, a cura di BOUCKAERT e DE GEEST, Northampton, Edward Elgar, 1999, trad. it. in *RIDL*, 2000, I, 3-40. Inoltre OYER e SCHAEFFER, *Sorting, Quotas and Civil Rights Act of 1991: Who Hires When it's Hard to Fire?*, in *The Journal of Law & Economics*, 45, 2002, n. 1, trad. it. in *RIDL*, 2003, I, 137-165.

¹⁸ ISSACHAROFF, *Contractual Liberties in Discriminatory Markets*, 70 *Texas Law Review*, 1219-1259, 1992; Ayres, Siegelman, *The Q-Word as Red Herring: Why Disparate Impact Liability Does Not Induce Hiring Quotas*, 74, *Texas Law Review*, 1487-1526, 1996.

¹⁹ DONOHUE, *Is Title VII Efficient?*, 134, *University of Pennsylvania Law Review*, 1986.

²⁰ DONOHUE, *Advocacy Versus Analysis in Assessing Employment Discrimination Law*, 44, *Stanford Law Review*, 1583-1614, 1992.

²¹ ACEMOGLU e ANGRIST, *Consequences of Employment Protection? The Case of the Americans with Disabilities Act*, National Bureau of Economic Research (NBER) Working Paper n. 6670, Cambridge (Massachusetts), 1998. Sulle critiche mosse a questa ricerca v. HARRIS e STEIN, *Workplace disability*, in *Encyclopedia of Law and Economics*, II. *Labor and Employment Law and Economics*, cit., 349-353 (ivi ulteriori riferimenti bibliografici).

²² DEL PUNTA, *Valori del diritto del lavoro ed economia di mercato*, cit., 123.

giudiziali in materia di discriminazione sia inversamente correlato all'andamento congiunturale dell'economia²³.

Al contributo di conoscenza della realtà dei rapporti sociali fornito da questi studi una parte dei giuslavoristi oppone una sorta di intangibilità del divieto di discriminazione in quanto fondato su di un valore costituzionale “non negoziabile”²⁴. Il valore costituzionale in questione, però, è posto pur sempre a protezione di una parte debole dei cittadini; non può dunque non assumere rilievo, ai fini del perseguimento di quel valore (e dunque su un piano squisitamente giuridico), l'accertamento degli effetti concretamente prodotti dalla misura adottata per perseguirlo. Il giurista che si precluda di tener conto dei risultati degli studi economici sugli effetti delle diverse possibili misure, o delle diverse possibili interpretazioni delle relative norme, non fa un buon servizio al principio costituzionale.

5. Il necessario contenuto assicurativo del rapporto di lavoro e la disciplina dei licenziamenti.

Nel paragrafo sulle “concezioni di eguaglianza” della sua voce *Contratto di lavoro (teorie filosofiche)* Riccardo si sofferma sulla teoria di Ronald Dworkin circa la necessità che l'eguaglianza tra le persone venga costruita per mezzo di «forme di compensazione delle diseguaglianze analoghe a quelle che emergerebbero da un ipotetico contratto o sistema di contratti assicurativi stipulati da soggetti che sappiano di essere esposti a diverse forme di rischio [...] ma non abbiano alcun elemento per stabilire se il livello di rischio cui sono esposti sia maggiore o minore di quello di qualsiasi altro soggetto. Ciò, peraltro, non dovrebbe portare a un completo azzeramento del rischio ma soltanto a una sua riduzione²⁵».

Ricordo – non senza qualche coinvolgimento emotivo, ripensando alla stagione intensa di riforme della materia del lavoro che si stava aprendo e nella quale Riccardo e io saremmo stati in modi e ruoli diversi impegnati – un colloquio di dodici anni fa, nel corso del quale egli mi fece osservare come proprio in quest'ultimo passaggio della teoria dworkiniana potesse ravvisarsi non soltanto «una giustificazione dei contenuti assicurativi del contratto di lavoro»²⁶, ma anche un'indicazione a favore di una disciplina della materia dei licenziamenti fondata su di una *liability rule* invece che su di una *property rule*. Mentre, infatti, quest'ultima produce tendenzialmente come effetto l'azzeramento per il lavoratore del rischio circa le sopravvenienze negative, la prima invece accolla il rischio stesso all'imprenditore entro un limite ragionevole e predeterminato dal legislatore.

Cerco di spiegare il significato preciso di questa osservazione. La “polizza assicurativa” contenuta nel contratto di lavoro poggia, oltre che sull'insensibilità alle sopravvenienze dello “zoccolo” invariabile della retribuzione, anche sulla limitazione della facoltà di re-

²³ Per i riferimenti bibliografici in proposito si rimanda ancora a SCHWAB, *Employment Discrimination*, cit.

²⁴ In questo senso SPEZIALE, *La mutazione genetica del diritto del lavoro*, in *WP D'Antona, It.*, n. 322 /2017, 63.

²⁵ Op. cit. nella nota 1, 213.

²⁶ Ivi.

cesso 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 fondamentalmente riconducibili a due categorie: quella delle *liability rules* e quella delle *property rules* (non assumendo qui rilievo la categoria delle *inalienability rules*)²⁷. 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 fondatezza del motivo stesso. Alla seconda categoria – quella delle *property rules* – può ascrivere 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)²⁸ 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*.

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 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'entità dell'indennizzo secondo un meccanismo rigido, in misura corrispondente a un danno medio, o in misura inferiore, o anche in misura su-

²⁷ Secondo la notissima *summa divisio* concettuale proposta da CALABRESI - MELAMED, *Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral*, *Harvard Law Review*, vol. 85, 1972, 1089-1128.

²⁸ 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 de *Il contratto di lavoro*, *Tratt CM*, vol. III, Giuffrè, 2003.

periore in funzione punitiva, a seconda delle valutazioni del *policy maker*²⁹. La predeterminazione entro un minimo e un massimo costituisce l'opzione che caratterizza i 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 la 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: provvedimenti entrambi alla cui redazione Riccardo Del Punta ha dato un contributo di primo piano, in qualità di consulente del ministro del Lavoro in carica. La riforma ha sostanzialmente limitato la reintegrazione ai soli casi del motivo discriminatorio o comunque illecito, o della totale insussistenza del motivo stesso (economico o disciplinare). E ha 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.

6. *Property rule vs. liability rule.*

Il difetto principale di un regime di *job property* – per lo più ignorato da chi si propone di fondarlo su un diritto fondamentale della persona – è che esso può applicarsi a una parte soltanto della forza-lavoro, e forse 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. Snower³⁰: 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 *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 (in termini di minor retribuzione). 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 media per chi ne soffre e dando vita a una vera e propria categoria dei “disoccupati di lunga durata”³¹. Altri costi specifici ne deriva-

²⁹ Cfr. in proposito CALABRESI, *The Future of Law & Economics. Essays in Reform and Recollection*, Yale Univ. Press, 2016, 117-130, che dedica a questa possibile modulazione della *liability rule* l'intero sesto capitolo.

³⁰ LINDBECK SNOWER, *The Insider/Outsider Theory. Theory of Employment and Unemployment*, Cambridge Mass., MIT Press, 1988.

³¹ OCDE, *Protection de l'emploi et performance du marché du travail*, in *Perspectives de l'emploi*, 1999, 51-86; ID., *Les coûts d'ajustement*

no 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.

Su questo tema fu lo stesso Riccardo Del Punta a organizzare, per incarico della Società Italiana di Diritto ed Economia, una sessione della conferenza annuale dell'associazione dedicata all'analisi economica della nuova normativa in materia di recesso del datore di lavoro. In quell'occasione egli affidò il compito di rappresentare la corrente del pensiero economico favorevole alla *property rule* a Lorenzo SACCONI; il quale argomentò a difesa della protezione rigida osservando come essa abbia 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»³². Tra i meriti del regime di *job property* viene annoverato da questa corrente di pensiero economico 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, tuttavia, non spiegano perché gli stessi effetti benefici non possano essere perseguiti pure 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 dell'inevitabile 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.

7. Un'osservazione conclusiva.

Tutti gli scritti di Riccardo Del Punta sul tema del rapporto tra diritto del lavoro ed economia portano a questa conclusione: nessun “duello mortale” fra i due comparti del sapere, poiché, al contrario, dall'economia può venire un contributo essenziale – sia nel

liés aux échanges sur les marchés du travail des pays de l'OCDE: quelle est leur ampleur véritable?, ivi, 2005, 25-82.

³² 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, disponibile sul sito www.pietroichino.it.

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, non solo sul piano formale ma anche su quello sostanziale.

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 specifico, 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 delle imprese e nell'interesse della crescita del benessere dell'intera collettività.

