

Adalberto Perulli

I concetti qualitativi nel diritto del lavoro: standard, ragionevolezza, equità*

SOMMARIO: 1. Qualità *versus* quantità. 2. I concetti. 3. Le funzioni. 4. Il potere dell'imprenditore. 5. Mercato globale e diritti sociali. 6. Il futuro del diritto del lavoro.

1. *Qualità versus quantità*

Il diritto del lavoro si è a lungo nutrito di concetti qualitativi. Contrariamente ad una visione puramente deterministica e quantitativa del mondo, propria dell'analisi economica del diritto¹, la prospettiva della regolazione giuslavoristica di tradizione continentale valorizza l'apprezzamento di nozioni fondate su parametri valoriali, principi, qualità, *standard* di comportamento, che rappresentano altrettanti punti di partenza per operazioni di ponderazione e valutazione da parte del giudice². Il diritto del lavoro, grazie ad una tessitura normativa ricca di nozioni qualitative, non riduce la regolazione a procedure meccaniche e avalutative: ad esempio impone all'interprete di indagare se il datore di lavoro, esercitando il suo potere, ha seguito una condotta "razionale" o "ragionevole"; se il ramo d'azienda trasferito è o meno qualificabile come "autonomo"; se le parti nell'esecuzione del contratto hanno rispettato determinati "standard" di comportamento (buona fede e correttezza); se il comportamento dell'imprenditore ha violato la "dignità" della persona; e così seguitando e distinguendo.

* Lo scritto è destinato agli *Studi in onore di Marcello Pedrazzoli*.

Il testo riproduce, con qualche integrazione e l'aggiunta di note, l'intervento al Seminario internazionale di Diritto del lavoro tenutosi a Venezia il 5-6 maggio 2011.

¹ Cfr. ROMAGNOLI, *Libres propos sur les rapports entre économie et droit du travail*, in JEAM-MAUD, sous la direction de, *Le droit du travail confronté à l'économie*, Dalloz, 2005, p. 7 ss.

² Cfr. in generale BARAK, *Judicial Discretion*, Yale University Press, 1989, trad. it. *La discrezionalità del giudice*, Giuffrè, 1995; in una prospettiva giuslavoristica TEYSSIÉ (sous la direction de) *Standards, principes et méthodes en droit du travail*, Economica, 2011.

Da questa valutazione qualitativa dello spazio normativo e delle sue componenti, il diritto del lavoro trae le conseguenze in ordine alla “sostenibilità sociale” dell’efficienza dell’impresa capitalistica e del suo comportamento sul mercato del lavoro. Se da un lato il riferimento a nozioni qualitative, impiegate dal diritto del lavoro per orientare le azioni umane, consente di penetrare la dimensione economico-organizzativa-produttiva degli attori, valutandone la coerenza rispetto a parametri assiologici (espressi da *standard*, o da criteri di “normalità” sociale), dall’altro apre un problema di sicurezza giuridica nella misura in cui rinuncia all’idea di calcolabilità come forma unica di comprensione del mondo, che riduce l’uomo, in tutte le sue attività, a livello di animale condizionato da un comportamento prevedibile³. Infatti, benché costruito attorno a standard di comportamento, il diritto del lavoro esprime la tensione verso schemi di razionalità assiologicamente orientata, irriducibile alle categorie del mercato o alle “grandezze” economiche ed organizzative descritte da Boltanski e Thevenot, introducendo variabili o “grandezze civiche” che spiazzano l’utilitarismo individualista e introducono l’incertezza valutativa⁴. Proprio per questo, il diritto del lavoro è oggetto, da qualche tempo, di una costante e sempre più tenace pressione, condotta dal pensiero neo-liberista, verso forme di riduzione sistemica della sua complessità qualitativa, per approdare ad una sorta di semplificazione normativa basata sulla riduzione del diritto ad un sistema di prezzi, puramente quantitativo.

Questo processo di cambiamento, attualmente in atto, non può essere descritto in termini riduttivi, come semplice risultante di una diversa visione tecnica del diritto e delle sue applicazioni o metodologie. La “quantificazione del diritto” del lavoro può essere pienamente compresa solo se collocata nell’ambito dell’emersione di un mercato totale⁵, in cui l’economica, che in origine apparteneva all’ordinamento privato (*l’oïcos nomos*), è diventata principio ordinatore della società civile. Una società in cui cambia profondamente sia il riconoscimento della titolarità formale dei diritti sociali (*l’entitlement*), sia, soprattutto, l’effettività del loro godimento (*l’endowment*). Le proposte di modifica della legislazione sui licenziamenti,

³ ARENDT, *The human condition*, trad. It. *Vita activa*.

⁴ Cfr. SACHS, *La raison économique en droit du travail. Contribution à l’étude des rapports entre le droit et l’économie*, Thèse de doctorat Mention Droit Privé, Université Paris Ouest Nanterre La Défense, 24 ottobre 2009.

⁵ L’espressione “mercato totale” è usata, ad esempio, da SUPIOT, *L’esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*, Seuil, 2010.

volte ad evitare il controllo giudiziario sui motivi del recesso e la sua sostituzione con un filtro puramente monetario, è una buona esemplificazione di questo processo di riconduzione circolare agli imperativi del “funzionamento” del mercato. Il modello quantitativo segue la logica “chi inquina paga”, e nelle visioni più illuminate e generose della quantificazione del diritto del lavoro (quelle che vanno sotto il nome di *flexicurity*) il costo delle esternalità negative prodotte dall’impresa dovrebbe finanziare il costo sociale del recesso, segnatamente mediante dispositivi di accompagnamento del lavoratore verso un nuovo impiego⁶. L’effetto è quello di una sostanziale *deregulation*, funzionale alla potenza dei mercati globali. Nella stessa prospettiva riduzionistica si collocano i tentativi di depotenziare l’ambito della valutazione giudiziale in merito all’esercizio dei poteri datoriali, su cui si è focalizzata da qualche tempo l’attenzione del nostro legislatore (cfr. art. 30, co. 1, l. n. 183/2010)⁷. Questo modello, che esprime la razionalità microeconomico-utilitaristica tipica dell’*homo oeconomicus*, generalizza la formalizzazione matematica dei rapporti umani misurabili in termini di flussi e di *stocks*, ossia una scienza quantificata del comportamento umano modellato dalla forma monetaria dello scambio⁸. Si tratta, naturalmente, di un modello globale. Come ha scritto un filosofo francese, questo paradigma conduce a rappresentare l’economia non più come infrastruttura, nella misura in cui non esiste più economia ma “ecotecnia”, strutturazione mondiale del mondo come spazio reticolare dell’organizzazione capitalistica, mondialista e monopolista⁹.

La corrente di pensiero in esame semplicemente ignora le esternalità positive prodotte dalla legislazione sociale in genere, e dal diritto del lavoro in particolare. La quantificazione del diritto del lavoro depotenzia le aspirazioni ideali che stanno alla base dei diritti sociali e dissolve la tensione verso una giustificazione razionale-assiologica dei poteri economici. In altri termini, la riduzione del diritto ad un sistema mercantile governato dai prezzi (ossia da norme ridotte a prezzi), impedisce di concepire la legisla-

⁶ Questo modello nasce in Francia, con il famoso rapporto di due economisti al Ministero dell’Economia: cfr. CAHUC, KRAMARZ, *De la précarité à la mobilité: vers une sécurité sociale professionnelle*, La Documentation française, 2004.

Vedi in Italia il *Disegno di legge per la transizione ad un regime di flexecurity* n. 1481, primo firmatario P. Ichino, del 25 marzo 2009.

⁷ Su cui cfr. FERRARO, *Il controllo giudiziale sui poteri imprenditoriali*, in CINELLI, FERRARO, *Il contenioso del lavoro*, Giappichelli, 2011, p. 3 ss.

⁸ Cfr. LAVAL, *L’homme économique*, Gallimard, 2007, p. 335.

⁹ NANCY, *Le Sens du monde*, Galilée, 1993, p. 127.

zione del lavoro non come costo, bensì quale fonte di vantaggi che, benché non misurabili, sono comunque economicamente apprezzabili¹⁰.

In questo breve scritto mi soffermerò sull'impiego di alcuni concetti qualitativi delle nozioni di razionale/ragionevole, *standard* ed equo nel diritto del lavoro in ambiti conosciuti (poteri dell'imprenditori) e meno conosciuti (il collegamento tra diritti sociali e il sistema del commercio internazionale) della riflessione dottrinale. L'intenzione è far emergere il valore positivo del loro impiego come "modelli per l'azione" e "criteri di valutazione dei comportamenti". Nella mia prospettiva i concetti in esame esprimono dei *valori riconosciuti dal sistema giuridico* che entrano in conflitto con l'analisi economica del diritto (*rectius*, con i criteri dell'efficacia economica del diritto del lavoro)¹¹, senza per questo perdere il loro contenuto di verità e di praticabilità nell'ambito dell'ordinamento e delle scienze sociali più in generale. Ma proprio per questo, la prospettiva quantitativa probabilmente risulterà vittoriosa, con il suo portato di nichilismo giuridico e di riduzione della complessità assiologica su cui si è fondata l'utopia di più d'una generazione di giuristi.

2. I concetti

Nella prospettiva di questo scritto i concetti di razionale e ragionevole, *standard* ed equo presentano una duplice declinazione normativa, per campi o aree di interesse. La prima riguarda il legame tra la promozione dei diritti sociali e la regolazione del commercio internazionale. La seconda attiene al controllo dei poteri dell'imprenditore. Benché talora impiegati in modo cumulativo o fungibile (ad esempio il comportamento "ragionevole" è tale in quanto conforme allo *standard* di buona fede; il rispetto di "*standard* internazionalmente riconosciuti" è espressione di ragionevolezza nei comportamenti commerciali; ecc.), i concetti in esame presentano delle peculiari caratteristiche o qualità che vanno precisate. Possiamo quindi convenzionalmente assumere le seguenti definizioni:

1. *Standard*. Lo *standard* esprime il riferimento ad un campo d'azione e sancisce la conformità ad un modello di condotta che appartiene al con-

¹⁰ Cfr. LYON-CAEN A., AFFICHARD, in LYON-CAEN, PERULLI, *Valutare il diritto del lavoro*, Cedam, 2010.

¹¹ Cfr. CESARO, *L'analyse économique du droit et le droit du travail*, in TEYSSIÉ B., *Standards, Principes et Méthodes en droit du travail*, Economica, 2011, p. 203.

tempo alla sfera di ciò che è lecito, ammissibile, giusto, e di ciò che appare desiderabile rispetto all'altrui azione. Ad esempio, lo *standard* della buona fede, o della correttezza, o, in altri ordinamenti, della "lealtà" contrattuale (*loyauté*) esprime un parametro per la valutazione della condotta delle parti. Per estensione, lo *standard* equivale a regola di comportamento, e si esprime in norme. La funzione normativa dei *core labour standard* posti dall'ILO è un buon esempio di questa accezione regolativa svolta dagli *standard* a livello internazionale. In una diversa accezione, lo *standard* esprime altresì una visione post-moderna della regolazione, alternativa alla *regolamentazione*. Infatti, l'uso dello *standard* è frequente nella cd. *normalizzazione*, forma *soft* di regolazione volta a sancire/registrare/attestare la coerenza di un processo produttivo (o di un bene: *standard* di qualità) con parametri accettati e/o propugnati da istanze di regolazione dei comportamenti economici, produttivi, organizzativi delle imprese. In questa prospettiva gli standard ISO, e la relativa pratica del *social labelling*, partecipano alla funzione regolativa della responsabilità sociale d'impresa, al pari di altri *standard* veicolati, ad esempio, da codici di condotta o altre forme di normalizzazione sociale volontariamente adottate dagli attori economici. Ma l'esigenza di normalizzazione attraverso *standard* si irradia in campi diversi, come quello della circolazione dei modelli giuridici o la comunicazione di esperienze alla base della cd. "giustizia costituzionale cosmopolita" che, appunto, presuppone *standard* minimi di omogeneità e giudizi di congruità su testi e contesti giurisprudenziali¹².

2. *Razionale e ragionevole*. Razionale (*rationalis*) e ragionevole (*rationabilis*) sono nozioni derivate dal sostantivo ragione (=ciò che è conforme a ragione, alla sua forma e ai suoi procedimenti). Si tratta di una distinzione assai discussa. Già S. Agostino distingueva tra ragionevole (chi usa o può far uso della ragione" e razionale (ciò che è fatto o detto dalla ragione), ritenendo, pertanto che bisogna chiamare razionali i discorsi e ragionevole colui che li fa (*De Ordine*, XI, 31). A tale argomento si è opposto che, già nel pensiero antico, anche l'uomo è considerato un essere razionale (Quintiliano, *Inst.*, V, 10, 56). Nella letteratura giusprivatistica si è affermato che il ragionevole sta al razionale allo stesso modo in cui la ragione pratica sta alla ragione teorica: il ragionevole implica una *apprezzamento sociale* della razionalità¹³.

¹² Cfr. ZAGREBELSKY, *Intorno alla legge*, Einaudi, 2009, p. 324.

¹³ Cfr. ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, in *LGDJ*, 1999, p. 112.

In una prospettiva dogmatica la razionalità globale dell'ordinamento è garantita dalla recezione controllata delle valutazioni sociali nell'ordinamento positivo mediante la loro trasformazione in categorie sistematiche¹⁴. Certo è che i due concetti, sulle cui distinzioni interne non conviene indugiare oltre, presentano una duplice accezione normativa: l'una si riferisce alla ragione strumentale teleologicamente orientata (impiego di mezzi adeguati rispetto al fine), e si ricollega all'idea di misura e di proporzione; l'altra ha un preciso fondamento assiologico, ed esprime un orientamento verso i valori¹⁵. Come ha scritto Boudon, questa concettualizzazione della nozione di razionalità assiologica, introdotta per la prima volta da Max Weber, esprime un'idea molto potente, cruciale per comprendere i sentimenti di valore e in particolare i sentimenti di giustizia. Infatti le persone possono avere delle "ragioni forti" per credere che "A è bene, male, legittimo, illegittimo, equo, non equo, ecc., senza che queste ragioni appartengano alla categoria strumentale-consequenziale"¹⁶.

Nel registro della razionalità strumentale, razionale e ragionevole esprimono la valutazione di una condotta adatta allo scopo che il soggetto si è prefissato di raggiungere. Dewey afferma infatti che "la ragionevolezza è questione di relazione fra mezzi e risultati ... È ragionevole ricercare e scegliere i mezzi che con ogni probabilità produrranno gli effetti ai quali si tende"¹⁷. Normalmente questa specie di adattamento razionale esige una *giustificazione* attraverso la esternazione dei motivi, o della ragione dell'atto, secondo un criterio ravvisabile anche nell'impiego delle clausole generali¹⁸. Il criterio di giustificazione esprime dunque l'aderenza a parametri di grandezza rapportabili, ad un tempo, alla dimensione "industriale" e alla dimensione "civile". Secondo la razionalità assiologica, invece lo scenario di riferimento si sposta sul piano dei valori attraverso concetti di bene e di giusto, strettamente legati all'idea di eguaglianza. Come ha scritto Foucault nel capitolo dell'*Histoire de la folie* dedicato agli *Insensés*, nel pensiero classico l'etica è una scelta contro l'irragionevole (*la déraison*), onde "la raison prend naissance dans l'espace de l'éthique". In entrambi i casi il razionale/ragionevole propone un modello e rappresenta uno strumento di valuta-

¹⁴ MENGONI, *Interpretazione e nuova dogmatica*, in MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Giuffrè, 1996, p. 67.

¹⁵ PERULLI, *Razionalità e proporzionalità nel diritto del lavoro*, in DLRI, 2006.

¹⁶ BOUDON, *Sentimenti di giustizia*, il Mulino, 2002, p. 92.

¹⁷ Logic, I, cit. in ABBAGNANO, *Dizionario di filosofia*, Utet, 1971.

zione, che consente di valutare un comportamento. Questa funzione normativa/comportamentale del razionale come criterio di apprezzamento di un'azione è associata ad una più generale funzione di regolazione. Le due accezioni, l'una teleologica, l'altra valoriale, di razionale/ragionevole, possono senz'altro coesistere. Alexy, nella sua teoria dell'argomentazione giuridica, ricorda che la Corte Costituzionale tedesca ha disposto, in una sentenza del 14 gennaio 1973, che la decisione del giudice deve fondarsi su una “*argomentazione razionale*”: dalla possibilità di produrre una argomentazione giuridica razionale dipende, secondo l'Autore, “*non soltanto il carattere scientifico della giurisprudenza, ma anche la legittimità delle decisioni giudiziali*”¹⁹. È evidente che l'argomentazione razionale della giurisprudenza esprime al contempo l'esigenza di mantenersi su un piano di correttezza tecnica, secondo parametri di intelligibilità e proporzionalità (carattere scientifico), e di rimanere inflessibile quando sono in gioco principi e valori fondamentali dello Stato democratico (legittimità delle decisioni); valori e principi i quali, come non a caso ha affermato la Corte di cassazione francese, rilevano “*d'une forme du raisonnable*”²⁰.

3. *Equo/equità*, riveste un doppio significato, che risale alla nozione greca antica di *epieikeia*: la prima è rappresentata dall'equità aristotelica, di natura oggettiva, che costituisce una specie del giusto, *id est* una modalità di adattare il criterio del giusto legale/normativo alle circostanze di fatto, onde avvicinarlo alla vera giustizia²¹. Secondo Aristotele l'equità è migliore del giusto in circostanze determinate. In questa accezione l'equità non equivale al giusto legale, al giusto secondo la legge: è un meccanismo di correzione della legge, là dove la legge non è in grado di statuire a causa della sua generalità. Il giudice è colui che, per eccellenza, governa questo tipo di giusta misura della legge (equità). La seconda accezione di equità è soggettiva: rappresentata dall'*equitas* romana di Cicerone, designa un sentimento morale, interiore, che invita gli uomini alla clemenza, alla benevolenza, all'umanità verso gli altri. Come è noto il diritto del lavoro delle origini è pregno di un'idea (aristotelica) di equità nei rapporti negoziali.

¹⁸ Cfr. TULLINI, *Clausole generali e rapporto di lavoro*, Maggioli, Rimini, 1990; LAFUMA, *Des procédures internes, contribution à l'étude de la décision de l'employeur en droit du travail*, L.G.D.J., 2008.

¹⁹ ALEXY, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, Giuffrè, 1998.

²⁰ Cour de cassation, *Rapport annuel 2004*, La Documentation française, 2005, p. 210.

²¹ Aristotele, *Etica Nicomachea*.

Come ha scritto Enrico Redenti, le giurie probivirali, che pure risultano inquadrate nel diritto vigente, fanno talora “prevalere sulla legge le esigenze della pratica o dell’equità”, e tale fenomeno “ha una grande importanza sintomatica in quanto documenta in modo concreto la urgenza di certe parziali riforme legislative”. Ancor oggi nel diritto francese l’equità dell’art. 1135 del Code civil viene mobilitata per definire “l’economia generale del contratto di lavoro” e gli obblighi accessori delle parti²². Del pari, una visione equitativa (oltreché *raisonnable*) dei rapporti commerciali internazionali è alla base del problema della dimensione sociale del mercato globale²³. Sin dalla nascita dell’OIL, il tema della reciprocità e del rispetto delle “norme eque” in materia sociale – secondo la definizione dell’art. 7 della Carta dell’Avana – nutre il dibattito sulla opportunità di praticare forme di internormatività idonee a ricucire gli spazi vuoti di diritto aperti dal *free trade*, in una prospettiva di giustizia sociale. Anche in questo caso, come alle origini del diritto del lavoro, si tratta di “rompere l’autarchia che accompagna l’estensione dei valori mercantili e assicurare una loro auspicabile conciliazione con altri valori”, come accade attraverso l’inserzione di clausole sociali nei trattati del commercio internazionale²⁴.

3. *Le funzioni*

I concetti di cui stiamo parlando sono dei principi per l’azione, o meglio, rappresentano dei vettori di “concretizzazione” dei principi volti a determinare i contenuti dell’azione. Essi definiscono in concreto, con margini di variazione anche apprezzabili, una certa filosofia dell’azione. La loro funzione è quindi eminentemente regolativa del comportamento di un attore; nel caso dell’imprenditore, di un attore economico. Questa funzione di *pedagogia dell’azione* si esercita mediante l’impiego di determinati parametri di misura, o standard valutativi che sono intrinseci ai concetti stessi di standard, ragionevole, equo. Nessuno di essi è neutro. Tutti riflettono i valori attorno ai quali si organizza il sistema sociale che li forgia, e il sistema giuridico che li accoglie e li normativizza²⁵. Nella loro costruzione interven-

²² Cfr. PAGNERRE, *L’intérêt de l’entreprise en droit du travail*, in TEYSSIE, op. cit., p. 92.

²³ Cfr. da ultimo l’ottima sistematica di PERONE, *Le fonti internazionali*, in *Le fonti del diritto del lavoro*, a cura di PERSIANI, Cedam, 2010, p. 183 ss.

²⁴ LYON-CAEN A., *A proposito del dumping sociale*, in LD, 2011, p. 11.

²⁵ Cfr. FALZEA, *Gli standard valutativi e la loro applicazione*, in FALZEA, *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, Giuffrè, 1999, p. 369 ss.

gono fattori diversi, e diversamente apprezzati dal diritto. Da una parte interviene una valutazione statistica di ciò che è ragionevole, od equo: nel mondo dei concetti giuridici questo vettore della normalità statistica è offerto dal principio dell'*id quod plerumque accidit*, ossia di ciò che normalmente accade nella situazione data. Ma questa normalità statistica è ulteriormente plasmata da una normalità valoriale, di cui normalmente il costruttore principale è il giudice. La Corte di Cassazione ha avuto modo di esprimere questa funzione di integrazione delle norme elastiche con riferimento, ad esempio, alla nozione di giusta causa. Il giudizio valutativo del giudice di merito deve “conformarsi oltre che ai principi dell’ordinamento, individuati dal giudice di legittimità, anche ad una serie di *standards* valutativi esistenti nella realtà sociale che assieme ai predetti principi compongono il diritto vivente, ed in materia di rapporti di lavoro la cd. civiltà del lavoro”²⁶.

I concetti in esame hanno un raggio di intervento assai dilatato. Nella prospettiva del diritto del lavoro i profili di maggiore interesse riguardano, come si è detto, l’esercizio del potere del datore di lavoro e la penetrazione dei diritti sociali fondamentali nella trama regolativa del commercio internazionale. Si potrebbe pensare trattarsi di campi assai distanti fra loro, e troppo eterogenei per essere suscettibili di trattazione unitaria. In realtà, siamo di fronte a due fondamentali pilastri della rappresentazione economica del mondo nell’era della globalizzazione. I due campi in esame esprimono infatti la *potenza* dell’impresa e la *potenza* del mercato. Vale a dire i due principi organizzativi dell’economia moderna: l’organizzazione gerarchica (impresa) e il mercato (nella sua forma più estesa e ultranazionale, il commercio internazionale).

Che si tratti di un datore di lavoro che esercita il suo potere direttivo/organizzativo, di un’impresa che deve rispettare la “sicurezza”, la “dignità” e la “libertà” della persona (art. 41 Cost.)²⁷, o di un’impresa che sfrutta le opportunità degli scambi commerciali internazionali, i relativi

²⁶ Cass. 22 ottobre 1998 n. 10514, in *Giust. Civ. Mass.*, 1998, 2156 e Cass. 18 gennaio 1999 n. 434, in *RIDL*, 1999, II, 441.

²⁷ Cfr. FERRANTE, *Dignità dell’uomo e diritto del lavoro*, in *LD*, 2011, p. 212, il quale opportunamente ricorda che per tale via si può operare in relazione alla singola decisione imprenditoriale “una sorta di controllo di ragionevolezza a posteriori, rivolto ad assicurare coerenza logica al sistema, garantendo in ogni occasione che la finalità di sviluppo della persona umana, che impronta tutto l’ordinamento sin dai suoi vertici, riceva la massima tutela possibile”.

comportamenti sono suscettibili di valutazione e controllo di conformità a standard, alle regole di razionalità, ai principi dell'equità che improntano l'ordinamento interno e, in una prospettiva molto diversa, lo stesso ordinamento internazionale²⁸. Bisogna cogliere il senso profondo di questa valutazione che accomuna concetti diversi e campi di azione (solo) apparentemente assai distanti (il potere dell'imprenditore, il sistema degli scambi internazionali). Essa consiste nel consacrare l'abbandono di un modello di azione economica fondato sull'assolutismo del paradigma utilitaristico dell'efficienza economica. In altre parole il comportamento dell'*homo oeconomicus* non segue una logica puramente mercantile, centrata sulla massimizzazione dell'utilità personale e sull'egoismo "razionale", ma su un equilibrio tra opportunità dell'azione e valori: vale a dire su un compromesso fra diverse razionalità e filosofie d'azione.

In questa prospettiva, ad esempio, il potere dell'imprenditore è ragionevole nella misura in cui il licenziamento per motivo economico (oggettivo) trovi la sua giustificazione in una seria ragione di gestione dell'impresa e non in una finalità di mero profitto. Del pari, il commercio internazionale non si svolge in modo "equo" e "ragionevole" se funziona secondo una logica mercantile che trascura ogni preoccupazione per lo scambio giusto e leale, ovvero se gli Stati non sorvegliano la lealtà della concorrenza internazionale e garantiscono l'eguaglianza di trattamento fra imprese. Vediamo dunque come si sviluppa questa esigenza di ragionevolezza, equità, rispetto di standard nei due campi di azione che abbiamo indicato.

4. Il potere dell'imprenditore

Nel campo del potere direttivo dell'imprenditore il richiamo all'idea di razionalità e ragionevolezza rinvia alle esigenze di misura e di adattamento degli atti unilaterali. Il principio che viene impiegato in questo caso è quello di proporzionalità (*recta ratio*). La proporzionalità rappresenta il filo conduttore del razionale/ragionevole che modella l'articolazione delle logiche sottese, rispettivamente, all'azione economica dell'imprenditore e ai diritti e alle libertà del lavoratore. Nel diritto francese l'esigenza di proporzionalità nell'esercizio del potere è addirittura giuridificata *ex art.* L 1221-1 del *Code du Travail*: l'atto unilaterale adottato dal datore di lavoro nell'eser-

²⁸ Sulla funzione di *standard setter* svolta dall'ILO cfr. CASSESE, *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Einaudi, 2009, p. 53.

cizio del suo potere direttivo deve essere giustificato e proporzionato rispetto all'obiettivo da raggiungere. Nel diritto italiano questa esigenza di proporzionalità nell'esercizio delle prerogative imprenditoriali è veicolata dalle clausole generali di buona fede e correttezza, che esplicano un'azione di razionalizzazione del potere e di contrasto dell'arbitrario²⁹. Coerenza tecnica e organizzativa degli atti di esercizio del potere, necessità delle ragioni sottese all'atto, ponderazione tra interessi in presenza e ricerca del giusto equilibrio tra benefici organizzativi (interesse dell'impresa) e situazioni soggettive dei lavoratori: sono queste le tappe di un controllo di ragionevolezza nell'esercizio del potere, onde può dirsi razionale l'imprenditore che impiega il mezzo più mite e nella misura strettamente necessaria alla realizzazione del proprio interesse. Per esempio, una regola come quella del *repechage* in materia di licenziamento per giustificato motivo soggettivo è certamente riconducibile al requisito di proporzionalità-necessarietà dell'atto, così come la scelta del lavoratore da trasferire (*ex art. 2013 c.c.*) in ragione non solo di esigenze tecnico-organizzative ma anche in base alle condizioni soggettive del lavoratore esprime esigenze di proporzionalità-ponderazione degli interessi in gioco.

L'impiego dello *standard* del ragionevole è presente anche nei sistemi di *common law*. Nel diritto inglese l'esercizio non ragionevole del potere direttivo dell'imprenditore costituisce l'unico limite riconducibile ad un controllo funzionale delle prerogative manageriali, realizzato attraverso il *reasonableness test/good faith*³⁰. La funzione del tribunale, in tal caso, consiste proprio nel "valutare le risposte *ragionevoli* che un imprenditore *ragionevole* avrebbe potuto adottare"³¹, e tale controllo, normalmente incentrato su motivi oggettivi legittimi legati all'interesse dell'impresa, tende ad accentuarsi laddove emerga il sospetto di una violazione dei diritti di libertà dei lavoratori o una discriminazione³². Peraltro, la ragionevolezza dell'imprenditore non necessariamente esprime una tensione dell'ordinamento verso il condizionamento sociale o civico del potere economico; può, al contrario, risultare coerente con una visione funzionale – piuttosto – alle esigenze organizzativa dell'impresa, al suo "interesse". Nel caso *Saunders v. Scottish*

²⁹ PERULLI, *Razionalità e proporzionalità nel diritto del lavoro*, in *DLRI*, 2006.

³⁰ Cfr. BOWERS, CLARKE, *Unfair dismissal and managerial prerogative: a study of other substantial reason*, in *ILJ*, 1981, vol. 10, p. 34 ss.

³¹ *Iceland Frozen Foods v. Jones*, in *IRLR*, 1981, p. 442.

³² Cfr. LATRAVERSE, *La preuve en matière de discrimination. Les éclairages de la jurisprudence britannique*, in *RDT*, 2008, p. 767 ss.

Summer Camps, il signor Saunders lavorava come meccanico in un campo estivo per adolescenti. Scoperta la sua omosessualità attiva, l'imprenditore procedeva a licenziarlo, peraltro senza procedere ad alcuna verifica circa eventuali comportamenti intrattenuti nei confronti dei ragazzi ospiti del campo. Secondo l'*Employment appeal tribunal* l'imprenditore aveva posto in essere un licenziamento legittimo, nella misura in cui si era comportato come avrebbero fatto altri imprenditori "tipo" nel contesto considerato: il recesso era, insomma, il frutto di una decisione "ragionevole"³³.

Ma il comportamento ragionevole può imporre una diversa combinazione tra logica organizzativa e logica sociale o civica, portando a scelte imprenditoriali coerenti con un compromesso di valori: ancora proporzionalità e ponderazione come elementi di razionalizzazione del potere arbitrario dell'impresa. È quanto accade nella prospettiva dell'*accomodamento ragionevole*, dottrina di origine giurisprudenziale che vive nella dimensione applicativa del principio di eguaglianza. In Canada l'imprenditore è tenuto a procedere a degli accomodamenti ragionevoli, vale a dire ad acconsentire, nel limite del ragionevole, "*un traitement différentiel à une personne qui, autrement, serait pénalisée par l'application di une norme*"³⁴: ad esempio, modificare l'orario di lavoro per consentire al lavoratore di esercitare le proprie pratiche religiose. L'accomodamento ragionevole non è sconosciuto al diritto europeo. Trova un eco nella *gender mainstreaming* del Consiglio d'Europa, che promuove l'integrazione del principio di eguaglianza nell'insieme delle decisioni pubbliche, e soprattutto informa la Direttiva 2000/78/CE, ai sensi della quale l'imprenditore è tenuto ad applicare un ragionevole accomodamento della sua organizzazione per consentire ad un prestatore disabile di accedere all'impiego, di mantenerlo e di progredire professionalmente (art. 5 dir. 2000/78; cfr. anche art. 2, co. 4, della Convenzione delle Nazioni unite sui diritti delle persone con disabilità del 13 dicembre 2006).

5. Mercato globale e diritti sociali

L'esigenza di applicare gli *standard* del ragionevole e dell'equo nel campo del commercio internazionale esprime una tensione valoriale che

³³ *Saunders v. Scottish Summer Camps 1980, Industrial Law reports 174*, cit. da LEADER S., *Deux faons d'ajuster les droits en conflit en droit du travail*, in LYON-CAEN A., LOKIEC P. (sous la direction de), *Droits fondamentaux et droits social*, Dalloz, 2005, p. 219 ss.

³⁴ BOSSET, *Les fondements juridiques et l'évolution de l'obligation d'acomodement ... Des outils pour tous*, Cowansville, Etitions Yvon Blai, 2007, p. 10.

sottrae la funzione assiologica dei diritti fondamentali all'egemonia del mercato totale. In questa chiave va letta l'innovazione introdotta dal Trattato di Lisbona, secondo la quale l'UE contribuisce, fra l'altro, allo *sviluppo sostenibile, alla solidarietà e al commercio libero e equo, nonché all'eliminazione della povertà e alla protezione dei diritti dell'uomo*. Qual è il senso precipuo di questa innovazione, quali le possibilità operative che essa apre, con particolare enfasi sulla nozione di commercio libero ed *equo*? Si può fondatamente sostenere, a tal proposito, che dietro questa formula – nonché a quella consimile dello sviluppo sostenibile – si celi un'idea di mercato e di un commercio *fair*, rispettoso di regole, di principi di equità, solidarietà e correttezza negli scambi; un commercio (ed uno sviluppo economico) che non può fondarsi sulla svalutazione competitiva dei regimi sociali³⁵. In questa prospettiva l'idea di commercio equo scardina uno dei capisaldi del *dumping* sociale, vale a dire il principio dei vantaggi comparati come fondamento delle politiche commerciali internazionali. Infatti il *social dumping*, ossia la definizione di *standards* lavorativi meno stringenti nei settori esportatori, è una possibile causa di distorsione dei flussi commerciali che può essere causata da un "fallimento" del governo nell'*enforcement* dei *labour rights*: qualificabile, in sostanza, proprio nei termini di un sussidio illegittimo, un "*unfair subsidy*" legittimante l'adozione di dazi compensativi, secondo una linea interpretativa suggerita in quei casi di *dumping* ecologico ove la tolleranza di alcuni Paesi verso il degrado ambientale si tradurrebbe in una sorta di sovvenzione per l'industria nazionale. Del resto, lo stesso diritto americano ha consacrato legislativamente la sinergia positiva tra commercio equo, comportamento ragionevole degli attori economici e garanzia dei diritti sociali fondamentali: a mente di quella regolazione, infatti, le politiche commerciali dei paesi esteri fondate sulla sistematica violazione dei diritti dei lavoratori internazionalmente riconosciuti rappresenta una pratica commerciale "*non ragionevole*" ("*unreasonable trade practice*"), sleale e "*non equa*" ("*unfair and inequitable*"). Una visione contestata dalle dottrine ultraliberali, che vedono nel *fair trade* e nella lealtà degli scambi una forma di sostanziale protezionismo, proiezione sul piano internazionale delle regole concorrenziali interne agli Stati nazionali.

³⁵ Mi permetto il rinvio, da ultimo, a PERULLI, *Globalizzazione e dumping sociale: quali rimedi*, in *LD*, 2011, p. 13 ss., e a BRINO, *Spiragli di "fair trade" nel commercio internazionale*, in questa rivista.

6. Il futuro del diritto del lavoro

Benché le società occidentali stiano attraversando una profonda crisi economica e sociale globale, frutto di una vasta e irresponsabile deregolamentazione del mercato finanziario, il diritto del lavoro è investito da una altrettanto profonda *nouvelle vague* restauratrice. Solo che la restaurazione, in questo caso, non consiste in una rinnovata ri-regolazione del mercato, bensì in una vigorosa messa in discussione delle rigidità della regolamentazione novecentesca, e ad una salutare azione di ripristino dei principi del *laissez faire*. La crisi economica e finanziaria, invece di innescare nuovi processi di regolamentazione, induce a deregolamentare ulteriormente il mercato del lavoro, a livello nazionale come a livello globale, in nome di quella flessibilità che “è oggi la prima qualità che il mercato esige da ciascuno”³⁶. In questo scenario il patrimonio di concetti qualitativi di cui abbiamo sin qui discusso, e la loro risalente funzione regolativa, è attualmente depotenziata dalle logiche del mercato totale, del tutto insensibili a razionalità valoriali altre rispetto a quelle dell’efficienza economica. Lo Stato, la potenza pubblica, l’intervento del giudice nei rapporti economici hanno perso ogni attrattività nella stessa concezione moderna e razionale della convivenza umana, *id est* l’hobbesiana ricerca della sicurezza e della pacifica coesistenza. I dispositivi della governamentalità liberale seguono altre logiche, informate piuttosto alla visione hayekiana dell’ordine economico, al contempo effetto e principio della sua *propria* regolazione³⁷. Gli attori economici hanno bisogno di calcolare e anticipare le conseguenze delle proprie azioni senza timore di subire modificazioni governamentali che possano rendere caduchi i loro sforzi. In questa prospettiva riprendono vigore gli spazi vuoti di diritto, le auto-nomie, le zone franche, gli stati di eccezione mentre la virtù degli *standard*, della razionalità e ragionevolezza, dell’equità, rischiano di perdere progressivamente la capacità di imporsi nei regimi regolatori interni ed internazionali. Il mondo giuridico governato dai dogmi della *Law and Economics* esclude la ragione, così come sancisce la totale irrilevanza giuridica dei principi morali³⁸. Siamo, invero, di fronte ad un cambiamento epocale, in cui si fronteggiano antichi luoghi fondativi, materiali e contenutistici, del diritto del lavoro, e le istanze del mercato totale. Da questo

³⁶ AGAMBEN, *Nudità*, 2009, nottetempo, Roma, p. 69.

³⁷ HAYEK, *The Road to Serfdom*, London, Routledge, 1944.

³⁸ Cfr. ROSSI, *Il gioco delle regole*, Adelphi, 2006.

confronto il diritto del lavoro uscirà profondamente modificato. Se, come è probabile, le istanze mercantilistiche tenderanno ad imporsi, i regimi regolatori interni ed internazionali tenderanno ad uniformarsi alla logica dell'economia, mentre perderanno di peso le funzioni dello Stato e della regolamentazione, così come interpretata dal diritto del lavoro nella sua costruzione tardo-novecentesca. Ciò significa che i poteri dell'imprenditore saranno definitivamente svincolati dal controllo del giudice circa la loro rispondenza a *standard*, a razionalità o ragionevolezza, mentre i diritti sociali fondamentali, lungi dall'inverarsi nella regolazione di un commercio equo, oltre che libero, seguiranno l'incerto destino della giustizia e della democrazia nell'era della globalizzazione³⁹.

Abstract

L'Autore si sofferma sull'impiego di alcuni concetti qualitativi delle nozioni di razionale/ragionevole, *standard* ed equo nel diritto del lavoro in ambiti conosciuti (poteri dell'imprenditori) e meno conosciuti (il collegamento tra diritti sociali e il sistema del commercio internazionale) della riflessione dottrinale. L'intenzione è far emergere il valore positivo del loro impiego come "modelli per l'azione" e "criteri di valutazione dei comportamenti". Nella prospettiva dell'Autore i concetti in esame esprimono dei *valori riconosciuti dal sistema giuridico* che entrano in conflitto con l'analisi economica del diritto (*rectius*, con i criteri dell'efficacia economica del diritto del lavoro), senza per questo perdere il loro contenuto di verità e di praticabilità nell'ambito dell'ordinamento e delle scienze sociali più in generale.

The Author deals with the use of several qualitative concepts as rational/reasonable, standard and fair on labour law.

In particular he evaluates the use of these concepts in the context of employer's power and in the context of relationship between social rights and global trade.

The main point is to discover the positive value of these concepts as "models for action" and as "behavior's evaluation criteria". In the author's perspective it could be found in these concepts the values known by the juridical system, which are in conflict with the law's economics analysis (especially with the criteria of labour law's economic efficacy) but at the same time these values don't lose their identity and their effectiveness in the system, and, more generally, in social science.

³⁹ Per una visione non pessimistica cfr. CASSESE, *op. cit.*

