

Capability e diritto del lavoro: non solo teoria.
Dialogando con Riccardo del Punta*

Bruno Caruso

1. Il <i>Capability Approach</i> nell'itinerario di Riccardo Del Punta: il giurista accademico come intellettuale. Un ricordo dell'amico.	2
2. Il CA come teoria.	3
3. Cosa è.	4
4. A cosa serve il CA.	5
5. Come utilizzare il CA nel diritto del lavoro in pratica.	8
5.1. Le <i>capability</i> per il lavoro: il mercato del lavoro.	9
5.2. Le <i>capability</i> e il salario minimo.	10
5.3. Le <i>capability</i> per la dignità nel rapporto di lavoro.	11

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .IT – 479/2024

1. Il *Capability Approach* nell'itinerario di Riccardo Del Punta: il giurista accademico come intellettuale. Un ricordo dell'amico.

È opportuno premettere un brevissimo ricordo della più complessiva figura di Riccardo Del Punta¹ che è utile per introdurre e mettere meglio a fuoco l'approccio che si seguirà nello svolgimento del tema. Non si scopre nulla dicendo che la figura di Del Punta riflette in pieno quella del professore intellettuale, giusta la definizione che ne ha dato di recente Robert Walzer¹. Scrive lapidariamente il filosofo liberale citando Lewis Coser: il professore, che è pure intellettuale accademico, è una persona *"che si dedica a letture che vanno al di là del proprio campo"*.

Riccardo Del Punta, oltre che notoriamente fine giurista positivo, certamente rientrava in questa definizione ma non si limitava soltanto alla 'pratica delle letture oltre il proprio campo': esercitava una pratica diversa, il metodo interdisciplinare. Per cui, oltre a frequentare letture di puro piacere intellettuale (lo accomunava a chi scrive una vera passione per Marcel Proust), utilizzava il sapere interdisciplinare (l'economia, la filosofia, il grande pensiero politico) per riflettere sul diritto del lavoro: era questa disciplina la sua grande passione, quasi una sorta di fiamma faustiana.

Se si volesse individuare una sintesi, o un punto di caduta, del suo pensiero guizzante e del suo possente itinerario intellettuale con riguardo al diritto del lavoro, si potrebbe affermare che è consistito nel riposizionare, adattare e innovare i fondamenti teorici della disciplina (i suoi scopi, i valori ma anche il metodo), per mantenerli in costante comunicazione con i mutamenti della nostra epoca.

Poiché Egli era un intellettuale profondamente intriso di cultura liberale, si adoperava, in questa opera di costante rinnovamento, confutando, non solo e non tanto i dogmi e le ideologie, quanto piuttosto il pensiero pigro e rilassato che pure talvolta alligna nella disciplina: i luoghi comuni, le convinzioni sedimentate e sclerotizzate se non per interesse, per convenzione culturale. Dietro l'apparente rilassatezza e distacco dei toni e dell'approccio, non scevri a volte da graffi pungenti degni di Ennio Flaiano - un misto di humor british/toscano - ci stava una ricerca, se non ansiogena, sicuramente tormentata; che è quel che si addice a un uomo di grande e vissuta cultura, prima ancora che al freddo e raziocinante intellettuale.

Si è approfittato di questo breve saggio per rileggere i suoi scritti che racchiudere nell'etichetta "teorici" è allo stesso tempo troppo - perché il collegamento con il diritto del lavoro positivo e il lavoro concreto emerge sempre - e troppo poco - perché non si tratta di elucubrazioni erudite e meramente concettuali ma di precise e orientate prese di posizione anche su temi e problemi di carattere etico, politico e sociale.

In chi scrive si è rafforzata la convinzione che effettivamente nella sua esplorazione oltre i confini del diritto del lavoro, il CA abbia costituito per lui un approdo sicuro, se non definitivo. La complessa costruzione di Amartya Sen e di Martha Nussbaum - soprattutto la grande sintesi

¹ Si rinvia alle commemorazioni di F. Scarpelli e R. Romei, *Ricordo di Riccardo Del Punta*, <https://giustiziacivile.com/lavoro/editoriali/ricordo-di-riccardo-del-punta>, di P. Ichino, <https://www.pietroichino.it/?p=62129> e di vari autori *Focus "In memoriam per Riccardo DEL PUNTA e Umberto ROMAGNOLI"* | Centre for the Study of European Labour Law "MASSIMO D'ANTONA" (unict.it) ove mi piace segnalare i contributi di O. Mazzotta e di M. Pedrazzoli.

¹ R. Walzer, *Che cosa significa essere liberale*, Raffaello Cortina ed., 2023, p. 132

contenuta nell' *"Idea di giustizia"* del premio Nobel, a cui Riccardo Del Punta dedicò uno dei suoi saggi in forma di recensione² -, oltre che essere un sicuro porto epistemologico, costituiva per lui la sintesi di una visione liberale al servizio dell'innovazione e di una concezione della giustizia sociale che ben si attagliava alle sue già mature idee di riforma del diritto del lavoro; idee non sceve dalla preoccupazione di salvaguardare al contempo il patrimonio storico dei valori sedimentati³.

Questo impianto, a un tempo scientifico e ideale, gli consentiva di innovare il diritto del lavoro nella continuità, coniugando l'eguaglianza welfarista (l'eredità rawlsiana, se si vuole, che non gli era affatto estranea) e le idee di libertà sostanziali declinate e focalizzate sulla persona, secondo la prospettiva di un altro giuslavorista a cui mi piace accomunarlo nel ricordo: Massimo D'Antona.

Ma di più: tale impianto teorico gli consentiva di muoversi, sul versante della ricerca, intrecciando e rammendando il tessuto della scienza economica (con la predilezione per gli economisti istituzionali e neo istituzionali), la sua passione per la speculazione filosofica, l'utilizzo del grande pensiero sociologico: si pensi alla sua frequentazione, in molti scritti, di Max Weber e soprattutto di Jurgen Habermas della teoria dell'agire comunicativo⁴.

Riccardo Del Punta, è bene ricordarlo, non amava giocare al piccolo filosofo; le sue incursioni nelle grandi praterie del pensiero teorico non erano mai fine a sé stesse; non palesavano né tratti di auto-osservazione narcisista, né involuzioni erudite e/o autoreferenziali. La tensione tra pensiero teorico/speculativo e ordito giuslavorista è sempre costante e vibrante, soprattutto nella rielaborazione del CA; si direbbe più ancora in questo, piuttosto che nell'apertura di dialogo con la scienza economica che pure lo vide indiscusso protagonista.

Ma anche con riguardo al dialogo tra diritto del lavoro ed economia, se ne accenna soltanto, l'impronta di Riccardo Del Punta è visibile nell' approccio costruttivo e che egli intendeva reciprocamente rispettoso tra le due scienze⁵; ciò gli ha così consentito di dialogare con la scienza dirimpettaia con sobrietà discorsiva e senza traumi, suggerendoci più l'approccio metodologico della *Law and Economics* di Guido Calabresi e sconsigliando invece gli sgomenti e i mancamenti da ottovolante che sono dell'approccio dell'*analisi economica del diritto* applicata al diritto del lavoro della scuola di Chicago e brillantemente messa in circolazione in Italia da Pietro Ichino⁶.

2. Il CA come teoria.

Ma è tempo di dedicarsi al CA inteso quale sistema concettuale di riferimento nel riposizionamento teorico del diritto del lavoro.

² R. Del Punta, *Leggendo «The idea of justice», di Amartya Sen*, GDLRI, 2013, 2, p. 197 ss.

³ R. Del Punta, *Il "nuovo" giuslavorista*, 2016, 3, p. 489; id., *Gli anni della nostalgia? Riflessioni sulla "crisi" del diritto del lavoro*, LD, 1998, 1, p. 7. Id., *Il diritto del lavoro tra valori e storicità*, LD, 2002, 3, p. 349. B. Caruso, R. Del Punta, *Il diritto del lavoro e l'autonomia perduta*, LD, 2016, 4, p. 465. Id., *Valori del diritto del lavoro ed economia di mercato*, in *Il diritto del lavoro e la grande trasformazione*, a cura di B. Caruso, R. Del Punta e T. Treu, il Mulino, 2020.

⁴ R. Del Punta, *Epistemologia breve del diritto del lavoro*, LD, 2013, 1, p. 37.

⁵ Fondamentale R. Del Punta, *L'economia e le ragioni del diritto del lavoro*, GDLRI, 2001, 1, p. 3; ma pure id., *Ragioni economiche, tutela dei lavori e libertà del soggetto*, RIDL, 2002, 1, p. 401.

⁶ R. Del Punta, *Una lettura giuslavoristica di The future of Law & Economics, di Guido Calabresi*, GDLRI, 1, 2020, p. 129 ss.

Sono tre le domande che normalmente gli studiosi si pongono quando si apprestano a utilizzare questo apparato epistemologico in discipline settoriali come il diritto del lavoro⁷. Sono domande che richiedono risposte a specificazione progressiva.

La prima è la più semplice ma anche la più scontata: in cosa consiste, nel suo nocciolo duro, il CA; la seconda - che segue logicamente - è se il CA sia utilizzabile dai giuristi e in particolare dai giuristi del lavoro; e, solo nel caso di risposta positiva, la successiva e ultima, ancor più specifica: come e perché è utilizzabile; detto altrimenti a cosa serve in pratica il CA per il giurista del lavoro⁸.

3. Cosa è.

Per ovvie ragioni non si proverà neppure a rispondere alla prima domanda vale a dire in cosa consiste, seppur in grandi linee, il CA: non basterebbe un saggio corposo per delimitare il perimetro del CA utilizzabile per il giurista del lavoro⁹. E questo in ragione del fatto che il CA è un sistema di pensiero complesso e in rapida evoluzione e sedimentazione¹⁰.

Volendo provare a dare soltanto qualche input si potrebbe dire, con una certa ellissi, che costituisce una teoria economica dello sviluppo economico alternativa a quelle mainstream, sia neo-classica sia neo istituzionale (per richiamare soltanto alcune grandi famiglie della scienza economica); una teoria dello sviluppo che pone al suo centro la persona situata, contestualizzata, non astratta (Sen elabora la sua teoria studiando empiricamente le grandi carestie e la deprivazione in India)¹¹.

Tale teoria economica si ispira alla tradizione del grande pensiero liberale classico, sia politico sia filosofico, che mette la libertà e l'individualismo etico al centro della propria costruzione. In tal senso certamente una costruzione olistica e in parte autosufficiente.

Si tratta comunque di una dottrina economica che non esita, sin dalle origini, a dettare le agende politiche dei grandi decisori: alla fine del primo decennio del secolo, nel pieno della grande crisi finanziaria, il CA suggerisce, per esempio, una diversa metodologica di calcolo del PIL (lo HDI, ISU: indice sviluppo umano) basato su indicatori di performance dell'economia diversi da quelli

⁷ I giuslavoristi che a livello internazionale si sono direttamente confrontati con il CA, oltre a Riccardo Del Punta, *Labour Law and the Capability Approach*, IJCLLR, 2016, 4, pp. 383–406 e il saggio *Is the Capability Theory an Adequate Normative Theory for Labour Law?*, contenuto nel volume a cura di B. Langille, *The Capability Approach to Labour Law*, OUP, 2019, certamente B. Langille, curatore del volume citato e autore di saggi ivi contenuti, e S. Deakin & A. Supiot, autori di vari interventi sul tema ma dei quali è d'obbligo citare il volume da essi curato, *Capacitas*, Hart, 2009, rinviando anche ai loro saggi ivi contenuti. V. pure applicazioni della teoria, in S. Deakin – A. Koukiadaki, *Capability Theory, Employee Voice, and Corporate Restructuring: Evidence from U.K. Case Studies*, CLLPJ, 2012, 3, p. 427 ss; S. Deakin, *Contracts and capabilities: an evolutionary perspective on the autonomy-paternalism debate*, ELR, 2010,3, 141. Altri autori si sono ampiamente confrontati con la teoria pur non assumendola come punto di riferimento privilegiato di ricerche e di relativi approdi, tra di essi certamente G. Davidov, *A Purposive Approach to Labour Law*, OUP, 2016, ma anche M. Freedland e N. Countouris, *Diritti e doveri nel rapporto tra disoccupati e servizi per l'impiego in Europa*, GDLRI,2005, p. 557.

⁸ Sono i dubbi che anche di recente si è posto M. Pedrazzoli nel suo ricordo di Riccardo Del Punta cit. alla nota 1.

⁹ I punti di caduta del CA sul diritto del lavoro sono chiaramente indicati nei saggi di R. Del Punta citati alla nota 8; si consenta pure il rinvio a B. Caruso, *Occupabilità, formazione e «capability» nei modelli giuridici di regolazione dei mercati del lavoro*, GDLRI, 1, 2007, p. 1 ss.

¹⁰ I riferimenti superflui. Si rinvia comunque ai saggi contenuti nella rivista che ospita gli interventi degli autori che si ispirano al CA; le sue annate a partire dal fascicolo n. 1 del 2007, *Journal of human development and capabilities*.

¹¹ A. Sen, *Lo sviluppo è libertà. Perché non c'è crescita senza democrazia*, Mondadori, 2002, Milano.

tradizionalmente economici monetari (la libertà e il benessere non utilitaristico delle persone, le *capacitas* individuali, la sostenibilità ambientale)¹².

Ma il CA potrebbe essere ormai considerato, epistemologicamente, anche un sistema molto articolato di filosofia morale finalizzato alla costruzione di una idea forte di giustizia sociale; un sistema in grado di fungere da apparato fondativo, sia normativo sia metodologico, per le scienze sociali anche settoriali, similmente a quel che sono stati, per il diritto del lavoro, il liberalismo classico o il marxismo, soprattutto nella versione socialdemocratica o, per altri versi, la dottrina sociale della Chiesa.

Al di là delle descrizioni sincretiche vale prendere atto che la teoria dello sviluppo umano basato sulla declinazione delle *capability*, sugli strumenti di conversione e sui funzionamenti, cioè su un'idea accentuatamente umanista e post materialista di benessere e sostenibilità, è oggi una scuola di pensiero, ben oltre una semplice comunità accademica; una scuola organizzata e articolata al suo interno con diramazioni internazionali, con proprie riviste, appuntamenti, convegni, intellettuali riconosciuti, attività: non è da escludere un collegamento tra la scuola, i CEO e gli economisti che si danno appuntamento periodicamente al Forum di Davos¹³.

Se questo è, in grandi linee, il CA (qualcosa che va ben oltre una mera corrente culturale) ai giuristi del lavoro che, come Riccardo Del Punta, sono adusi a interrogarsi su sé stessi, sul proprio ruolo e sulla disciplina - metodo, fini e valori – è venuto naturale andare oltre, chiedendosi a cosa serve il CA.

4. A cosa serve il CA.

Ridotto in pillole il CA, occorre chiedersi a cosa serva ai giuristi e in particolare ai giuristi del lavoro: il che conduce direttamente al dibattito attuale sul diritto del lavoro e alla risposta *su perché e come* possa essere utilizzato, oggi, a scopi di ricerca, di proposta ermeneutica e di policy legislativa.

Una delle tradizionali obiezioni che si muove è che l'apparato teorico presupposto non serva molto al giurista e soprattutto al giurista del lavoro, il quale dovrebbe essere già attrezzato con propri e autonomi strumenti teorici e valoriali per confrontarsi con i temi della giustizia, del benessere welfaristico e dei diritti nei luoghi di lavoro. Si aggiunge che gli attrezzi del mestiere, per tutelare chi lavora attraverso la dinamica dei diritti, sono numerosi e ben rodati: la norma indelegabile, l'azione collettiva, il sistema di welfare e le politiche pubbliche di protezione; per cui il ricorso al CA nulla aggiungerebbe sul piano cognitivo e funzionale e finirebbe per essere una inutile complicazione o anche una artificiosa sovrapposizione di piani d'analisi.

¹² J. Stiglitz, A. Sen, J.P. Fitoussi, *La misura sbagliata delle nostre vite. Perché il PIL non basta più per valutare benessere e progresso sociale*, Rizzoli Etas, 2010. *Rapporto della Commissione Sarkozy sulla misura della performance dell'economia e del progresso sociale* Il Rapporto Stiglitz, I e II parte) 15 gennaio 2011
<http://www.comitatoscience.org/temi%20SD/documents/II%20Rapporto%20Stiglitz.pdf>

¹³ Oltre alla rivista citata alla nota 11 si veda l'attività della Human Development & Capability Association HDCA [Human Development and Capability Association | Development as Freedom \(hd-ca.org\)](http://www.human-development.org/).

Più in specifico l'idea che circola è che, a parte la conversione delle capacità primarie e secondarie in diritti fondamentali (di fatto una nuova e più elaborata tavolozza di diritti umani)¹⁴, il giurista ha già a disposizione forti e convincenti apparati di teoria costituzionale (si pensi al neo costituzionalismo), oltre che una rodada elaborazione concettuale sui diritti fondamentali: si pensi, sul piano internazionale, alla teorica degli *human rights* soprattutto nella sistemazione - che sembra preferibile per i giuslavoristi - della collocazione sullo stesso livello di importanza di diritti politici, civili e sociali; il che in qualche modo giustifica la rinnovata attenzione europea ai diritti sociali a partire dal *Social pillar*. E infine il giurista del lavoro è aduso a una disseminata e diffusa prassi di diritto vivente giurisprudenziale che ha a oggetto la tutela dei diritti; e ciò sia nei sistemi di *civil law* sia di *common law*: ne sono protagoniste le alte corti nazionali, sovranazionali e internazionali, basti pensare alla giurisprudenza della Corte costituzionale italiana che ha riscritto, in senso protettivo, le tutele crescenti senza mai ispirarsi al CA; ma anche i giudici di base: si pensi, per rimanere in Italia, alla giurisprudenza costituzionalmente orientata e alla giurisprudenza non solo italiana che si è formata sui lavoratori delle piattaforme, drivers e riders.

Da cui la conclusione che il CA - come nuova epifania per legittimare i diritti del lavoro e umani fondamentali - si collocherebbe al margine, al più integrando ma non fondando il sistema di diritto del lavoro; ovvero, sarebbe del tutto inutile qualora si consideri la capacità fondativa dei riferimenti culturali tradizionali che si utilizzano per le operazioni di legittimazione: in primo luogo l'impostazione welfarista e socialdemocratica della asimmetria del contratto di lavoro e la funzione di riequilibrio della legge di tutela e del contropotere sindacale nei luoghi di lavoro; il tutto sotto l'ombrello delle grandi costituzioni, meglio se rigide.

Si aggiunge - come ha spiegato convincentemente un giurista del lavoro che ha applicato sapientemente i canoni dell'economia neo istituzionale al diritto del lavoro, come Simon Deakin - che i diritti sociali rendono il mercato più efficiente e alla fine salvaguardano il capitalismo dalle sue stesse contraddizioni e il mercato dalle sue strutturali asimmetrie.

C'è dunque - si conclude - un apparato tradizionale di concetti, strumenti e valori, ormai rodato, che da Sinzheimer a Kahn Freund, passando per Giugni, o per ricordare due grandi giuristi italiani recentemente scomparsi, Umberto Romagnoli e Luigi Mariucci, che va semplicemente aggiornato magari adattandolo al capitalismo delle piattaforme.

In tale contesto ampiamente arato, fondato e ben strutturato, a cosa serve, allora, la teoria delle *capabilities*? Questa obiezione potrebbe cogliere uno spicchio di verità se non fosse che il CA non pretende certamente di essere un sistema teorico completo e autosufficiente basato sui diritti sociali e umani fondamentali magari riallocati in nuove sinossi. Né pretende di costituire soltanto un metodo di indagine per la costruzione di una base informativa adeguata a un programma di giustizia contestualizzata e situata anche nei luoghi di lavoro. Neppure il CA può essere considerato un insieme di concetti o di prescrizioni normative da tradurre nei segni del linguaggio giuridico. Né, si potrebbe aggiungere, costituisce la premessa valoriale (la tavolozza dei valori) da cui far scaturire meccanicamente una strategia ermeneutica, a disposizione dell'interprete dei fatti

¹⁴ Proprio della versione delle capability di Martha Nussbaum, che più ha attinto alla filosofia aristotelica rispetto a Sen, che si mantiene più sul piano dei valori e delle obbligazioni etiche (diritti ma anche doveri): si v. soprattutto, della stessa Autrice, *Le nuove frontiere della giustizia*, il Mulino, 2007; ma soprattutto, *Diventare persone*, Il Mulino, 2001, p. 53 ss.

e del diritto vigente. Né, infine, pretende di essere l'antefatto ideologico o politico di un programma di riforme su cui un legislatore debba muoversi *de iure condendo*.

Quella su riferita è evidentemente una litote, una figura retorica per affermare negando. Perché il CA non è nulla di tutto quello che si è detto, se ci si limita a osservare e studiare i singoli aspetti cognitivi e normativi della teoria. Ma è tutto questo insieme, se lo si considera un sistema teorico complesso e articolato che, in alternativa ad altri, e con una precipua dinamicità, adattabilità e flessibilità consente anche ai giuristi del lavoro di utilizzare partitamente: un metodo di indagine rinnovato, una tavolozza di valori diversa da quella tradizionale di riferimento (i valori della persona considerati preminenti sulle identità collettive o di gruppo per esempio); una rideterminazione dei fini della disciplina e, a valle di tutto ciò, un adattamento consequenziale degli strumenti operativi, vale a dire la cassetta degli attrezzi del giuslavorista. In sintesi il CA consente un diverso approccio culturale, strumentale e metodologico, per altro pluralistico e differenziale¹⁵.

Solo per fare un esempio, per il CA l'idea di benessere non è solo materiale, ma anche sociale, mentale e culturale e presuppone la diversità soggettiva e in parte identitaria come elemento necessario alla gestione dei processi e alla formulazione delle politiche. Le valutazioni, pertanto, non vanno fatte solo in termini monetari soprattutto quando coinvolgono considerazioni di efficienza e di gestione economica. Si veda per esempio la questione del salario minimo sulla quale si tornerà.

Con riguardo al metodo di ricerca il CA impone di riconsiderare con grande accuratezza la base informativa, come del resto suggerisce l'analisi economica del diritto ma su presupposti normativi e finalistici antitetici; la conoscenza dei dati economici e delle realtà su cui si pretende di incidere con gli strumenti del diritto del lavoro è centrale, anche nel CA. Sempre sul piano del metodo, il discusso consequenzialismo senniano (prevedere e studiare gli effetti della misura in concreto e non solo la configurazione in astratto) risulta molto utile e dotato di originalità rispetto ad altre simili posizioni (si pensi al consequenzialismo di Mengoni).

È un approccio che si ritiene importante per affrontare il tema dell'effettività regolativa, non solo della legge, ma anche di altri strumenti di normazione, di nuovo conio e non solo tradizionali: si pensi al capitolo del diritto premiale e di induzione di comportamenti virtuosi che stanno entrando sempre più frequentemente nella cassetta degli attrezzi del giurista del lavoro¹⁶. Si tratta oltretutto di una opzione di metodo che va praticata prima ancora che teorizzata. Il che implica che l'analisi degli strumenti deve essere corroborata con la possibile analisi previsionale degli effetti prodotti dalle misure, anche legislative, programmate; il che significa valutare gli strumenti avendo possibilmente già chiara la ricaduta della loro applicazione con riguardo ai fini che ci si propone di raggiungere.

Non vale indugiare sul tema dei valori - su cui Riccardo Del Punta si è molto trattenuto anche sul piano teorico¹⁷ - se non per rimarcare che il pluralismo è un tratto distintivo del CA. E' sufficiente

¹⁵ Si rinvia al volume curato da B. Langille, nt 8.

¹⁶ Si v. ora, B. Caruso, R. Del Punta, T. Treu, *Il diritto del lavoro nella giusta transizione; un contributo "oltre" il manifesto*, Bruno Caruso, Riccardo Del Punta, Tiziano Treu (unict.it)

¹⁷ R. Del Punta, *Diritto del lavoro e valori*, in *Valori e tecniche nel diritto del lavoro*, a cura di Del Punta, Firenze University Press, 2022.

ricordare che l'utilizzazione ad ampio spettro che se ne fa nelle scienze sociali deriva dal fatto che, come si accennava, la teoria dello sviluppo economico è sostenuta da una filosofia morale che pone al centro la persona, non nelle sue astrazioni economiciste, spirituali o classiste, ma a partire dal soggettivo, unico e concreto progetto di vita, le sue aspirazioni, le vocazioni non astratte e universali, ma concrete e situate nei singoli contesti: soprattutto la diversità territoriale e, per quel che riguarda i giuslavoristi, i luoghi di lavoro sempre più differenziati (qui le assonanze con le comunità concrete di Adriano Olivetti sono evidenti)¹⁸.

Da questo approccio seguono suggerimenti di concrete misure di policy e non solo costruzioni utopistiche. Si tratta di una teoria della persona e delle sue prerogative giuridiche (la *capacitas* richiamata da Deakin e Supiot)¹⁹ che evita di collocare il soggetto in una dimensione di individualismo ontologico²⁰: vale a dire l'individuo razionale che agisce nel mercato, nei diversi ruoli di chi offre o chiede lavoro perseguendo soltanto un orizzonte di felicità e dell'utilità individuale di tipo materiale; pur restando ovviamente il benessere economico (e quindi il contrasto alle privazioni) il presupposto di progetti di vita che valgono davvero di essere vissute.

Si è cercato, di recente, di applicare il CA nella rilettura del tema del soggetto nel pensiero di Massimo D'Antona²¹. Con riguardo al tema del soggetto, se si volesse indicare una lettura di iniziazione alla sostanza e al metodo delle *capabilities*, la scelta cade su un romanzo prima ancora che su un saggio e riguarda il capolavoro di Jack London, *Martin Eden* (almeno la sua prima parte)²².

Tutto questo non significa esagerare la portata ri-fondativa del CA del diritto del lavoro come qualcuno, nel dibattito accademico internazionale, tende a fare²³.

La teoria delle *capabilities* non nasce dal nulla, ma si erge sulle spalle di noti giganti della filosofia della giustizia che hanno direttamente o indirettamente influenzato in parte la visione welfaristica e protettiva del diritto del lavoro: si pensi a John Rawls.

5. Come utilizzare il CA nel diritto del lavoro in pratica.

Come utilizzare, allora, il CA nel diritto del lavoro in pratica, vale a dire nel suo uso corrente soprattutto oggi, sia con riguardo al dibattito teorico sia alle misure regolative. La sinossi classica e

¹⁸ Il concetto/idea di comunità concreta appare quasi sempre nelle opere di Adriano Olivetti si v. *Le fabbriche del bene*, edizione di Comunità, 2014 con la bella presentazione di G. Zagrebelsky; Id., *L'ordine politico delle Comunità*, a cura di D. Cadeddu, ed. di Comunità, 2014; id., *Il cammino delle comunità*, con presentazione di S. Settis, Edizioni di comunità, 2013.

¹⁹ Supra nt. 8.

²⁰ I. Robeyns, *The Capability Approach: a theoretical survey*, JHD, 2005,1, p.107.

²¹ B. Caruso, *Massimo D'Antona e l'idea di soggetto nel diritto del lavoro*, in *20 Maggio. Biblioteca del Centro Studi di Diritto del Lavoro Europeo "Massimo D'Antona" - Volume 1/2023 1-2023* Caruso.pdf (unict.it)

²² Il personaggio, autobiografico, pratica la teoria della *capability* al servizio del suo percorso di libertà nella conquista di senso della propria vita e ciò a partire dall'esperienza esistenziale del lavoro, della cultura e della formazione come strumenti di realizzazione delle proprie capacità, intese quali vocazione o aspirazione anche alla bellezza. Quel che manca in quel libro, ambientato nella nuova frontiera della California di inizio secolo, sono proprio le istituzioni che dovrebbero aiutare la persona a realizzare il percorso di ricerca nel lavoro e che invece, nell'individualismo ontologico che permeava l'America della frontiera, lo lasciano solo o nella dimensione del successo commerciale, ovvero nella disperazione e nella depressione esistenziale fino all'autodistruzione.

²³ Il saggio di B. Langille cit. alla nota 8, su cui le critiche di H. Collins, *What Can Sen's Capability Approach Offer to Labour Law*, nel volume a cura di Langille. Si v. pure Guy Davidov, *The Capability Approach and Labour Law. Identifying the Areas of Fit*, loc. ult. cit.

generale è quella utilizzata anche da Riccardo Del Punta nel suo saggio del 2016²⁴: le *capability* per il lavoro, per il rispetto e la dignità, per la professionalità soggettiva, per la conciliazione vita lavoro e per la partecipazione nell'impresa. All'interno di queste macro direzioni, praticamente tutti gli istituti del diritto del lavoro sono rileggibili e filtrabili e anche risistemabili attraverso il CA.

Se il diritto del lavoro viene considerato uno strumento di conversione, nei luoghi di lavoro, dei funzionamenti in capacità, è evidente che i suoi strumenti e i suoi istituti, nella loro singolarità e nel loro complesso, vanno riconsiderati come tali e curvati su un simile scopo: la centralità della persona, al di fuori di ruoli precostituiti, in un contesto concreto di sostenibilità economica, sociale e anche ambientale. E ciò sia nel mercato sia nel rapporto di lavoro.

5.1. Le *capability* per il lavoro: il mercato del lavoro.

Le prime applicazioni del CA hanno riguardato, in effetti, il mercato del lavoro prima ancora del rapporto (le *Capability per* il lavoro). Come evidenziato nella relazione al congresso Aidlass del 2006²⁵, che aveva ad oggetto un tema specifico, la formazione, il CA mette in guardia contro un approccio astratto ed economicistico.

Il mercato del lavoro è notoriamente un costrutto regolativo ed è un mercato molto particolare perché riguarda processi di mobilità - possibilmente indotti e governati da istituzioni - riferiti a persone situate territorialmente e contestualizzate. Che tali istituzioni debbano essere nazionali, regionali o locali è oggi discusso posto che in Italia, come è noto, la scelta del regionalismo regolativo differenziato, al quale si è approdati con la riforma costituzionale del 2001, si è rilevata, a dir poco, eccessivamente ottimistica in chiave di efficienza ed efficacia sistemica. E tuttavia il fatto che queste istituzioni debbano, o dovrebbero, essere costruite e agire "a misura di persona" (ispirandosi ai canoni del CA), è il tratto che fa la vera differenza tra le istituzioni del mercato del lavoro funzionanti e quelle che non lo sono (al di là delle analisi di efficienza in senso stretto).

Ne segue che l'approccio situazionale ed empirico al tema della formazione legittimerebbe una progettazione di tale politica attiva adeguata ai diversi e differenziati mercati del lavoro, ai diversi settori merceologici, alle diverse comunità concrete, ai reali bisogni di chi chiede e di chi offre lavoro. Il CA, applicato all'istituto della formazione, presuppone, dunque, non solo massima efficienza nella gestione delle risorse pubbliche, con particolare riguardo agli indicatori di risultato e di efficacia, ma anche la finalizzazione a concreti percorsi lavorativi di inserimento attivo personalizzati e riferiti ai diversi mercati transizionali soprattutto in una fase come l'attuale segnata da grandi trasformazioni e traumi sociali: la transizione green, tecnologica e l'autunno demografico. Per cui la stessa progettazione delle politiche attive - come avviene nei sistemi più avanzati - deve tener conto del fatto che il mercato del lavoro, sia sul versante dell'offerta sia su quello della domanda, riguarda individui con programmi e interessi economici, ma anche vocazioni, aspirazioni esistenziali, bagagli professionali e culture del lavoro differenziati.

²⁴ Supra nt. 8; la distinzione risale al contributo di J.M. Bonvin, *Individual working lives and collective action. An introduction to capability for work and capability for voice*, Transfer, 2012, 18, p. 10 ss.

²⁵ Supra nt. 10.

Come gli osservatori convengono, infatti, la distanza che intercorre tutt'oggi tra il sistema italiano di governo e regolazione dei mercati del lavoro e quelli europei più avanzati non è di mera efficienza strumentale e di dotazioni di mezzi e risorse finanziarie - certamente anche; ma è soprattutto di concezione e filosofia di gestione. I sistemi più avanzati dicono che i meccanismi che regolano l'incontro tra domanda e offerta non possono ridursi a una tecnica burocratica o ragionieristica che ha come fine soltanto di colmare l'asimmetria informativa tra chi chiede e offre lavoro, in ciò fluidificando i flussi e la mobilità di forza lavoro²⁶.

I meccanismi e le istituzioni di governo del mercato del lavoro devono certamente avere obiettivi di efficienza economica ma non possono esaurirsi in quelli. Per essere efficaci anche economicamente, tali istituzioni, intese quali organizzazioni con i relativi uffici, devono avere a disposizione (è questa una scelta politica all'insegna del CA) dotazioni professionali e strumentali di qualità e non solo quantitativi²⁷. L'incontro tra domanda e offerta non riguarda soltanto la facilitazione di un'astratta operazione di scambio attraverso l'eliminazione delle asimmetrie informative. Nel CA questo processo viene considerato molto più complesso. Esso presuppone l'analisi delle reciproche aspettative delle persone e degli imprenditori che cercano e offrono lavoro, la facilitazione dell'investimento del capitale di fiducia dei soggetti contraenti per rafforzare una relazione personale duratura, con tutto ciò che significa in termini di dotazioni strumentali e professionali.

Quando si afferma che è, ormai, il lavoratore che sceglie il proprio datore di lavoro, o quando si analizza un fenomeno come il *quiet quitting* (la ragione per cui si rifugge un lavoro ma non il lavoro), non si fa altro che declinare la teoria del CA sotto il profilo cognitivo, dovendosi subito dopo porsi logicamente il problema degli strumenti più affinati, efficaci e congeniali a rendere l'incontro - in quel situato mercato del lavoro - proficuo, soddisfacente per entrambe le parti e, possibilmente, duraturo nel tempo.

In conclusione, con riguardo alle capability per il lavoro, il CA è una bussola sicura non solo per indirizzare e valorizzare le politiche attive del lavoro ma anche per testarne il rendimento con riguardo alla efficienza strumentale e all'efficacia dei risultati, non solo in termini quantitativi ma anche qualitativi (per l'impresa e per chi vi lavora): un approccio per valutare, sinchronicamente, la misura con riguardo al fine, allo strumento e al risultato.

5.2. Le *capability* e il salario minimo

Anche il recente dibattito sul salario minimo potrebbe essere meglio inquadrato qualora si utilizzasse il CA come bussola per le decisioni di policy e con riguardo agli strumenti attuativi: legge o contratto *erga omnes*; assumendo l'approccio delle capability, l'alternativa andrebbe sdrammatizzata, perché la de-ideologizzazione che ne consegue imporrebbe di concentrarsi sul risultato, piuttosto che sullo strumento.

Lo stesso varrebbe per la questione dei dati statistici sulla povertà lavorativa, la c.d. base informativa, che risulterebbe più comprensibile e chiara evitando letture strumentali. Come spiegano

²⁶ M. Freedland e N. Countouris alla nota 8.

²⁷ Per un riferimento ad esperienze concrete e al caso della Sicilia si v. *Tre domande e quattro risposte sul governo del mercato del lavoro, rispondono Patrizio Bianchi, Marco Barbieri, Bruno Caruso, Lucia Valenti* in LD, 2016, 2, p. 193 ss.

gli economisti, in una polemica estiva, non c'è alcuna contraddizione, infatti, tra dati Istat e dati INPS che dicono la medesima cosa (e non potrebbe essere altrimenti): chi sono i poveri in attività lavorativa in generale²⁸ e chi sono quelli che - pur avendo un lavoro a tempo pieno a cui si applica un CCNL - non raggiungono una certa soglia considerata come limite minimo affinché una remunerazione possa consentire una esistenza dignitosa²⁹. Saranno pochi, ammesso che il calcolo sia corretto, ma questo non elimina concettualmente la possibilità o l'opportunità di una legge ad hoc, pur nella consapevolezza che essa da sola non sia risolutiva del problema.³⁰

Come accennato, assumendo il CA come bussola del dibattito, l'alternativa tra legge e contratto collettivo potrebbe ricondursi non a una battaglia di principio (come invece sembra sia diventata) ma, più pragmaticamente, a una valutazione meramente funzionale. Si tratta infatti di strumenti che possono essere utilizzati anche insieme, qualora la base informativa suggerisse che la loro convergenza possa essere utile al raggiungimento del fine di garantire quella soglia minima di salario che, a certe condizioni (un rapporto di lavoro a tempo pieno), possa convertire i funzionamenti in capacità primarie (la garanzia di una condizione di vita libera e dignitosa: la direttiva dell'art. 36).

E ciò varrebbe infine anche per la *querelle* sulla differenziazione territoriale che potrebbe essere risolta pragmaticamente e senza posizioni precostituite o ideologiche. È infatti evidente che la soglia monetaria del salario minimo idonea a garantire le capacità primarie, il salario di sussistenza – se è quello l'obiettivo – può funzionalmente e legittimamente cambiare da area geografica ad area geografica in ragione della dinamica del costo della vita.

Se invece l'obiettivo dichiarato di policy è di espellere da alcuni mercati del lavoro del meridione le imprese marginali - creando nell'immediato disoccupazione ma favorendo in prospettiva la buona occupazione e consentendo in tal modo al salario minimo, nelle aree a più basso costo della vita, una funzione di attivazione dei funzionamenti oltre le capacità primarie (un miglior tenore di vita) - si può scegliere la soglia uniforme anche di 9 euro l'ora lorde, ma dichiarando dove si intende arrivare e cosa si vuol fare.

5.3. Le *capability* per la dignità nel rapporto di lavoro

Dove il CA va meglio testato è con riguardo al tema del contratto e del rapporto di lavoro che, come sottolineava Riccardo Del Punta, apre la questione del potere e della storica asimmetria tra datore di lavoro, in senso lato (anche il committente in posizione dominante) e il lavoratore, non più necessariamente formalmente subordinato. In questo caso è possibile portare "oltre" la Sua riflessione (cosa che del resto Egli stesso si apprestava a fare fino a poco prima della scomparsa).

È ormai convinzione acquisita che una serie di nuovi istituti, definibili "generativi", del rapporto di lavoro - perché mettono al centro la qualità del lavoro, la persona e la sua responsabilità (i

²⁸ Guariso, A. e Papa, V. [2022], Lavoro e povertà lavorativa. Itinerario di ricerca in prospettiva giuslavoristica, in <https://www.labour-lawcommunity.org/>.

²⁹ Per qualche commento nella cronaca giornalistica, si v. M. Leonardi, B. Anastasia, *Rapporto Inps e lavoro povero, dati truccati o letti sbadatamente?*, in Il Foglio, 19 settembre 2023; V. Conte, *Rapporto Inps: "Solo una minoranza dei lavoratori è povero per salario orario basso"*, in la Repubblica, 13 settembre 2023; C. Brusini, *Lavoro povero sparito nel rapporto Inps, l'economista Raitano: "Quell'analisi non fa capire quanti sono pagati troppo poco"*, in il Fatto Quotidiano, 17 settembre 2023.

³⁰ Come è noto, il problema riguarda oggi soprattutto i lavoratori e le lavoratrici con contratto di lavoro part time involontario i quali, pur applicandosi un CCNL con tariffe orarie adeguate anche superiori a quelle proposte per il salario minimo legale, non supererebbero comunque la soglia di una retribuzione mensile decente.

doveri non solo i diritti, ex art. 4 comma 2 della Cost.) - sono certamente funzionali a ridurre la tradizionale asimmetria. L'esempio in tal senso più richiamato è lo *smart working*, con la supposta diluizione del potere direttivo e la gestione in autonomia e responsabilità della prestazione pur sempre all'interno dello schema della subordinazione. Ma anche il welfare aziendale, i regimi di orario personalizzati e individualmente concordati, gli istituti scelti di conciliazione vita lavoro, i nuovi strumenti premiali per superare la disparità di genere, di carriera e di retribuzione. Sono tutti istituti che richiamano l'approccio fiduciario e non solo regolativo e sanzionatorio al diritto che sono oggetto di pratica e di studio in diverse esperienze aziendali.

Si tratta di esperienze in cui si pratica seriamente l'ESG (l'acronimo della sostenibilità); si persegue l'aumento del benessere personale non solo di tipo materiale ma anche relazionale; si sollecita il soggettivo coinvolgimento nell'organizzazione anche nella scelta del cosa e come produrre (attraverso modelli di partecipazione dal basso)³¹. In tutte queste esperienze (ancora minoritarie ma in crescita) si realizza una progressiva riduzione dell'assoggettamento connotato della subordinazione classica; il che conduce a una necessaria riconsiderazione di un istituto nobile della tradizione come il contratto di lavoro. La prospettiva e la strategia della sostenibilità, che ha nella teorica delle Capability un pilastro fondante, consente, infatti, di provare a rifondare la teoria del contratto di lavoro su basi personalistiche (il *personal work contract*) e collaborative³².

È un discorso ovviamente complesso proprio perché cerca di utilizzare l'idea di giustizia del CA e che implica l'utilizzazione di solide basi informative sui cambiamenti reali dei luoghi di lavoro. Lo sguardo in questo caso è rivolto selettivamente ai luoghi in cui si pratica il lavoro cognitivo e creativo che si esplica mediante modelli organizzativi partecipativi e coinvolgenti; vale a dire nelle imprese che internalizzano il paradigma della sostenibilità e che praticano già l'utopia olivettiana dell'impresa comunità. Ripensare il contratto di lavoro significa confrontarsi con la poderosa tradizione giuslavorista che ne sottolinea la natura sinallagmatica e la sostanziale asimmetria di potere e rifugge da ogni prospettiva cooperativa.

La strada è ovviamente lunga ma promettente, possono venire in aiuto strumenti concettuali per la razionalizzazione giuridica come la teoria del contratto relazionale recentemente rivisitato, ma risulta indispensabile una bussola, una idea forte che consenta, come ci indicava Riccardo Del Punta, di tornare a riflettere sui valori, sui fini e sul senso ultimo, alla base della disciplina.

³¹ Sia consentito rinviare a B. Caruso, *Impresa partecipata e contratto di lavoro*, di prossima pubblicazione.

³² B. Caruso, R. Del Punta, T. Treu, *Il diritto del lavoro nella giusta transizione; un contributo "oltre" il manifesto*, cit.; si tratta di una prospettiva su cui non si può non registrare la recente, anche se prudente, apertura di V. Speciale, *Impresa e transizione ecologica: alcuni profili lavoristici*, GDLRI, 2022, 2, p. 277 ss.