

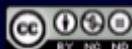


La mutazione genetica del diritto del lavoro

WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 322/2017

© Valerio Speziale 2017
Facoltà di Economia – Università di Chieti-Pescara
speziale@studiovaleriospeziale.it

WP CSDLE MASSIMO D'ANTONA.IT - ISSN 1594-817X
Centre for the Study of European Labour Law "MASSIMO D'ANTONA", University of Catania
On line journal, registered at Tribunale di Catania n. 1/2012 – 12.1.2012
Via Gallo, 25 – 95124 Catania (Italy)
Tel: +39 095230855 – Fax: +39 0952507020
csdle@lex.unict.it
<http://csdle.lex.unict.it/workingpapers.aspx>



La mutazione genetica del diritto del lavoro^α

Valerio Speciale
Università di Chieti-Pescara

1. Premessa.	2
2. La dimensione economica del rapporto di lavoro.	3
3. L'evoluzione del diritto del lavoro come riduzione o esclusione della dimensione economica.	10
4. La "rivincita" dell'economia: gli anni '80.	17
5. Gli anni '90 ed il nuovo secolo: globalizzazione, cambiamento dei mercati e dei sistemi produttivi, vincoli economici europei.	20
6. La risposta degli ordinamenti giuridici ai mutamenti nei sistemi economici e produttivi: la flessibilità del lavoro.	26
7. La funzionalizzazione del diritto del lavoro in senso economico.	32
8. Il lavoro è una merce?	40
9. La mutazione genetica del diritto del lavoro e la crisi epistemologica del suo statuto scientifico.	44
10. La critica della subordinazione del diritto del lavoro all'economia e la riaffermazione della sua "specificità" assiologica e scientifica.	50
11. Il ruolo del giurista del lavoro.	55

^α Questo saggio è la rielaborazione della Relazione da me tenuta a Napoli nell'Ottobre 2015 nel Convegno *Diritto del lavoro. Politiche e tecniche normative*. Il testo è stato pubblicato in M.P. Iadicicco, V. Nuzzo (a cura di), *Le riforme del diritto del lavoro. Politiche e tecniche normative, Quaderni della Rivista Diritti Lavori e Mercati*, 2/2016, Editoriale Scientifica, Napoli.

1. Premessa.

Le radicali trasformazioni del diritto del lavoro nel corso degli ultimi anni, con l'ulteriore accelerazione connessa alle riforme introdotte con il Jobs Act, sollecitano alcune riflessioni sulle dinamiche di questo ramo del diritto. La mia opinione è che, in un processo ormai in atto sin dagli anni '80, gradualmente il diritto del lavoro si è trasformato in "altro da sé". Non vi è stata, infatti, soltanto una modifica dei contenuti, anche se è sufficiente mettere a confronto un manuale del 1980 con uno attualmente edito per avere l'impressione che si stia parlando di materie radicalmente diverse. Il cambiamento è la "cifra" dei nostri tempi e, da questo punto di vista, è sufficiente considerare lo sviluppo straordinario delle tecnologie o le profonde trasformazioni dei sistemi produttivi e politici per avere una conferma di questo tumultuoso processo. Pertanto se si tiene conto che il diritto del lavoro è fortemente condizionato da tali mutamenti, non ci si può certo stupire se questo ramo del diritto sia cambiato in modo così radicale.

La questione è un'altra. Il diritto del lavoro ha modificato i propri obiettivi, la scala dei valori su cui si è basato e, in una parola, la stessa funzione che lo ha contraddistinto e che ne ha giustificato la nascita e lo sviluppo. Mi sembra, quindi, che si possa parlare di una vera e propria mutazione genetica che altera il "dna" della materia. Questa trasformazione radicale è connessa al rapporto con l'economia (intesa come macroeconomia o economia politica) che ha letteralmente "invaso" il diritto del lavoro, con un vero e proprio processo di "colonizzazione"¹. Gli obiettivi, le tecniche e le stesse funzioni tipiche di questa scienza sociale sono diventate la ragione di esistenza di questa materia giuridica. Tale situazione è frutto di una pluralità di condizioni e di mutamenti straordinari che hanno investito le società contemporanee e che riguardano sistemi politici, processi di apertura internazionale dei mercati, innovazioni tecnologiche, mutamento dell'organizzazione del lavoro e della produzione e, in qualche misura, anche la stessa concezione del lavoro umano.

Ovviamente non potrò analizzare approfonditamente tutti questi aspetti. Mi limiterò a mettere in evidenza soltanto alcuni profili che hanno caratterizzato questo cambiamento, cercando di dimostrare come, nonostante la giuridificazione dei rapporti di lavoro – nella sua dimensione individuale e collettiva – non sia diminuita (anzi è addirittura incrementata nella quantità delle regole e nella stessa enunciazione di principi fondamentali a tutela del lavoro), tuttavia la subordinazione del diritto del lavoro all'economia è ormai un dato di fatto indiscutibile. Tenterò anche di illustrare se e in che misura questo processo, che al momento sembra

¹ Speziale, *La riforma del licenziamento individuale tra law and economics e giurisprudenza (parte I)*, RGL, I, 2014, p. 355.

irreversibile, possa essere contrastato o, quantomeno, limitato nei suoi effetti.

2. La dimensione economica del rapporto di lavoro.

“Già nel 1933 Sinzheimer sottolineava lo stretto legame fra diritto del lavoro e salute dell’economia; e osservava come la tempesta mondiale di quel periodo, con un ‘cimitero economico di disoccupazione strutturale’ investisse il diritto del lavoro in maniera più violenta rispetto alle altre branche del diritto”². In verità questo rapporto con l’economia è insito nella stessa origine della materia. Il diritto del lavoro, infatti, nasce con la rivoluzione industriale della fine del ‘700, la creazione della fabbrica che utilizza macchine a vapore, la formazione di una classe operaia che, in cambio del proprio lavoro e del tempo messo a disposizione dell’imprenditore, riceve un salario³. In tale ambito, con il superamento dell’*ancien regime* basato sulle corporazioni di mestiere, il rapporto di lavoro veniva “a configurarsi come puro rapporto di scambio, avente per oggetto il lavoro considerato come bene di mercato, il cui prezzo era fissato dalla legge economica del libero incontro della domanda e dell’offerta”⁴. Tale configurazione rispecchiava un’idea propria della economia politica classica⁵ ed è oggi ribadita dalla teoria neoclassica, che esercita una influenza determinante sull’attuale dibattito politico e sociale. D’altra parte il contratto di lavoro, che è lo strumento giuridico in quell’epoca non tipizzato dalla legge con il quale l’imprenditore si procurava il lavoro, veniva ricondotto nella locazione di energie o del corpo del lavoratore o nella compravendita⁶. Questa qualificazione giuridica è certamente

² Treu, *Le istituzioni del lavoro nell’Europa della crisi*, DLRI, 2013, p. 597.

³ Sul tali caratteristiche della prima rivoluzione industriale, v., per tutti, Ashton, *La rivoluzione industriale*, Laterza, 1970; Hudson, *La rivoluzione industriale*, Il Mulino, 1995; Polanyi, *La grande trasformazione*, Einaudi, 1974; Battilossi, *Le rivoluzioni industriali*, Carocci, 2002.

⁴ Mengoni, *Il lavoro nella dottrina sociale della chiesa*, in M. Napoli (a cura di), V&P, 2004, p. 19; conf. Grandi, “*Il lavoro non è una merce*”: una formula da rimeditare, in LD, 1997, p. 557, qui 574.

⁵ Grandi, op. cit., 564, a cui si rinvia per le indicazioni bibliografiche sugli economisti classici, tra cui Ricardo, Say, Mill e Marx.

⁶ Secondo Carnelutti, *Studi sulle energie come oggetto di rapporti giuridici*, in RDcomm, 1913, I, p. 354, “l’operaio che cede verso il salario le sue energie di lavoro toglie qualcosa dal suo patrimonio, come il mercante che vende le merci” e pertanto qualifica il contratto di lavoro come affine alla vendita. Mentre si deve a Barassi la ricostruzione del contratto di lavoro quale contratto di locazione (Ballestrero, *Le “energie da lavoro” tra soggetto ed oggetto*, in WP D’Antona.IT, 99/2010, 4 ss.). Si rinvia, su tali aspetti, anche all’approfondita analisi di Passaniti, *Storia del diritto del lavoro – La questione del contratto di lavoro nell’Italia liberale*, Giuffrè, 2006, p. 28 ss.

contraddittoria e difficilmente accettabile⁷. Essa, tuttavia, rivelava la intrinseca natura economica dello scambio tra lavoro e retribuzione, configurandolo come un contratto atipico di natura commerciale.

In questo contesto il lavoratore assume il ruolo di un fattore della produzione, che insieme agli altri (le macchine, gli attrezzi di lavoro, le materie prime, i capitali investiti ecc.) viene organizzato dall'imprenditore per la produzione di beni⁸. E, per una logica intrinseca alla stessa struttura produttiva, colui che la dirige tende ad utilizzare tale fattore alla stregua degli altri, nell'ambito di un puro calcolo di efficienza e di costo. In relazione a quest'ultimo aspetto, infatti, il salario incide sulle convenienze economiche del produttore, venendo ad influenzare l'entità dei profitti, che sono lo scopo fondamentale della nuova impresa capitalistica⁹. In epoca molto successiva, con la nascita dei sistemi di protezione sociale, sono introdotte forme di assicurazione obbligatoria contro le malattie, gli infortuni, la vecchiaia e la invalidità, finanziate con contributi versati obbligatoriamente dai datori di lavoro¹⁰. In tal modo l'imprenditore è tenuto a corrispondere, insieme al salario, gli oneri sociali, che vengono a costituire il costo del lavoro, generalmente annoverato tra i costi di produzione. Ed è universalmente noto che il costo del lavoro, oltre ad incidere sui profitti, si riflette (insieme agli altri costi) sui prezzi dei beni e servizi immessi sul mercato e costituisce uno dei fattori che maggiormente incidono sulla competitività dell'impresa. Non è un caso, infatti, che la

⁷ Mengoni, *Il lavoro nella dottrina sociale della chiesa*, cit., 21, nt. 1. L'a. sottolinea la contraddittorietà della qualificazione del contratto di lavoro come locazione di energie, visto che questo modello contrattuale presuppone il godimento temporaneo di beni che possono essere restituiti (ad es. di un macchinario), mentre le energie, una volta consumate, non sono restituibili (come già sottolineato da Carnelutti nel 1913). Inoltre, anche la configurazione del contratto di lavoro come accordo con il quale si mette a disposizione il corpo del lavoratore è smentita dal diritto positivo, che esclude di poter configurare la esistenza di un diritto temporaneo di godimento della persona del dipendente (anche se, in tempi recenti, si è rivalutato il corpo come oggetto della prestazione lavorativa: Supiot, *Critique du droit du travail*, Paris, 1994, 51. V., sul punto, Ballestrero, *Le "energie da lavoro" tra soggetto ed oggetto*, cit., 13 ss.). La stessa tesi della vendita di energie lavorative (astrattamente concepibile) non ha avuto grande successo, per la difficoltà di separare persona e lavoro. Su tali aspetti v. Romagnoli, *Diritto del lavoro*, *Enc. dir. - Annali*, IV, Giuffrè, 2011, 428; Passaniti, *Storia del diritto del lavoro*, cit., 27 ss.

⁸ "L'economia di mercato, il cui processo di produzione è organizzato nella forma della compravendita, richiede che tutti i fattori della produzione siano trattati come merci", tra cui va incluso anche il lavoro umano, dove, con un processo di astrazione "fittizia", le energie umane vengono separate dalla persona del lavoratore (Mengoni, *Il contratto individuale di lavoro*, *DLRI*, 2000, p. 181).

⁹ Cfr. gli a. citati nella precedente nt. 3.

¹⁰ Sull'origine dei sistemi di protezione sociale e sul loro ulteriore sviluppo cfr. Persiani, *Diritto della previdenza sociale*, Cedam, 2014, a cui si rinvia per le ampie indicazioni bibliografiche in relazione a tutti i vari periodi storici.

globalizzazione, con la creazione di un unico mercato mondiale e la partecipazione di produttori che uniscono alla qualità dei prodotti costi del lavoro estremamente ridotti, ha determinato effetti particolarmente negativi per le imprese del mondo occidentale, con conseguenze che, come vedremo, spiegano anche il processo di ridimensionamento dei diritti dei lavoratori da tempo in atto¹¹.

Il riflesso economico del lavoratore a livello *micro* (la singola azienda) è connesso anche ad altri fattori. L'evoluzione tecnologica e scientifica, infatti, ha sviluppato forme sempre più sofisticate di organizzazione del lavoro, consistenti nella migliore utilizzazione dei lavoratori sia in relazione alle mansioni assegnate (tali da valorizzare le capacità e le attitudini personali), sia alla divisione dei compiti attribuiti in modo da incrementare l'efficienza dei risultati da essi realizzati. Inoltre le innovazioni tecnologiche incidono sul fattore lavoro o tramite la sua sostituzione con le macchine (tecnologie *labour saving*) o modificando i contenuti dei compiti e delle professionalità richieste, con possibile incremento esponenziale della qualità e quantità del lavoro (come nel caso dell'applicazione di quelle informatiche e digitali). Il lavoratore, d'altra parte, condiziona, anche se non in modo esclusivo, la produttività del lavoro, inteso come "il rapporto tra l'intero valore della produzione realizzata – di solito misurato come valore aggiunto, al netto del costo degli input intermedi – e la quantità di lavoro impiegato sulla produzione, che può essere espressa come numero di occupati (valore aggiunto per addetto), unità di lavoro a tempo pieno oppure ore lavorate"¹². La produttività del lavoro peraltro dipende da una pluralità di fattori, alcuni dei quali prescindono dalla attività del lavoratore, quali "l'attrezzatura di capitale messa a disposizione di ciascun lavoratore per 'assistere' nel processo produttivo" e "la Produttività totale dei fattori (Ptf o Tfp: *Total factor productivity*)"¹³. E il Ptf "misura gli effetti del progresso tecnico e di altri fattori tra cui le innovazioni del processo produttivo, i miglioramenti nell'organizzazione del lavoro e delle tecniche manageriali, i miglioramenti nell'esperienza e nel livello di istruzione raggiunto dalla forza lavoro"¹⁴.

¹¹ In relazione agli effetti della globalizzazione sul diritto del lavoro v., tra gli altri, Perulli, *Diritto del lavoro e globalizzazione. Clausole sociali, codici di condotta e commercio internazionale*, Cedam, 1999; Id., *Globalizzazione e dumping sociale: quali rimedi?*, in *LD*, 2011, 13 ss.; Dore, *Il lavoro nel mondo che cambia*, Il Mulino 2004; AA.VV., *Globalizzazione e rapporti di lavoro*, V&P Università, 2006; Gallino, *Il lavoro non è una merce. Contro la flessibilità*, Laterza, 2007, 97 ss.

¹² La definizione nel testo è tratta da *La dinamica della produttività*, pubblicato dall'Istat il 26 maggio 2011, <http://www3.istat.it>, 2.

¹³ Costabile, *Glossario dell'economista per il giuslavorista*, in *RGL*, 2009, I, p. 183.

¹⁴ Istat, *Misure di produttività*, Anni 1992 – 2011, pubblicato il 21 novembre 2012, <http://www.istat.it>, p. 2.

Il lavoro, se a livello della singola azienda ha una rilevanza economica indiscutibile sotto molteplici profili (costi di produzione, organizzazione del lavoro, produttività ecc.), svolge un ruolo addirittura superiore nella dimensione *macro*, in rapporto ad un settore produttivo o alla stessa economia nazionale. Lo Stato (ed oggi anche l'Unione Europea) interviene a regolare direttamente il lavoro in numerosi ambiti e tali interventi normativi, proprio nella misura in cui incidono sulla gestione del fattore lavoro (ad esempio, in relazione a trasferimenti, mansioni, orario, licenziamenti ecc.), hanno una specifica influenza economica. Quest'ultima può essere diretta - come nel caso della riduzione o del prolungamento del tempo di lavoro, che condizionano la produttività e la stessa organizzazione dell'impresa - o indiretta, in quanto la crescita o la riduzione dei diritti - quando riguarda aspetti connessi alla libera disponibilità del fattore lavoro in relazione ad es. alle mansioni (con le conseguenze legate alla organizzazione del lavoro), ai trasferimenti (e quindi alla dislocazione territoriale del dipendente), ai licenziamenti - possono indirettamente determinare un aumento o una diminuzione dei costi delle imprese¹⁵. Lo Stato, d'altra parte, per promuovere l'occupazione (art. 4 Cost.), a volte interviene per ridurre il costo del lavoro tramite misure che accollano alla fiscalità generale oneri che graverebbero sul singolo imprenditore, per rendere più convenienti le assunzioni, in relazione a determinate categorie di lavoratori (ad es. giovani, disoccupati di lunga durata) o alla generalità dei soggetti interessati¹⁶. In altri casi, per rendere più efficiente l'incontro tra domanda ed offerta di lavoro, promuove politiche attive che, oltre ad essere potenzialmente in grado di incrementare la qualità e la quantità dell'occupazione, possono anche limitare gli oneri dell'impresa (perché rendere più agevole l'incontro con lavoratori più qualificati riduce i costi di

¹⁵ Queste riflessioni sono estensibili a molte materie proprie del diritto del lavoro e non solo a quelle indicate nel testo. Per tornare alle normative sopra analizzate, un esempio può essere utile. Una disciplina che aumenti le protezioni in materia di licenziamento può incrementare i costi diretti delle imprese in caso di recesso ingiustificato, perché determina maggiori esborsi economici se non l'obbligo di ripristinare il rapporto di lavoro (reintegrazione). D'altra parte, se è più difficile licenziare, la legge incide sulla flessibilità numerica delle imprese, rendendo meno semplice adattarsi alle esigenze di un mercato in crisi congiunturale e strutturale, che richiederebbe un aggiustamento tempestivo delle dimensioni dell'organico aziendale. Questa maggiore difficoltà potrebbe determinare un incremento indiretto dei costi, nella misura in cui ritarda l'adeguamento automatico del numero dei dipendenti (con l'aggravio dell'esborso dei salari e degli oneri sociali) o stimoli l'impresa a risolvere la crisi dell'azienda con soluzioni alternative ai licenziamenti, ma più costose (ad es. una diminuzione dei prezzi dei prodotti venduti, con minori profitti).

¹⁶ Per quanto riguarda il nostro paese si tratta di un complesso assai articolato di interventi (che si sono succeduti negli anni) con i contenuti diversi (sgravi, con riduzione delle quote contributive a carico del datore di lavoro; esonero dalla contribuzione entro tetti predefiniti; riduzione dell'Irap nel "cuneo fiscale"; erogazione di contributi mensili al datore di lavoro).

selezione del personale, garantisce dipendenti più efficienti e potenzialmente più produttivi ecc.). Più in generale, le politiche del lavoro realizzate dallo Stato con gli interventi sopra indicati o altri ancora (ad esempio in relazione alle tipologie contrattuali, ai regimi previdenziali ecc.) sono tali da influenzare direttamente o indirettamente il costo del lavoro o la più o meno ampia disponibilità di tale fattore nell'organizzazione produttiva. Queste innovazioni, quindi, anche quando operano in una dimensione prettamente giuridica, hanno comunque effetti economici.

In tale ambito, un ruolo determinante in una specifica area territoriale (Stato, Regione, Unione Europea) è svolto dalla contrattazione collettiva. Sin dalle origini il contratto collettivo ha avuto la finalità di determinare i livelli retributivi (c.d. concordato di tariffa)¹⁷, "al fine di riequilibrare il rapporto di forza negoziale sul mercato, contrapponendo al potere monopsonistico dell'imprenditore un monopolio dell'offerta, realizzato attraverso la coalizione di un gruppo organizzato"¹⁸. Ovviamente la fissazione dell'ammontare dei salari condiziona direttamente il costo del lavoro (pur in assenza di oneri sociali), in coerenza con quanto si è già detto. Nel corso della storia, in conseguenza di vari fattori (rafforzamento e diffusione delle organizzazioni sindacali connesso alla crescita del capitalismo industriale; orientamenti politici *pro labor* derivanti dalla diffusione dei movimenti riformisti o rivoluzionari, di ispirazione socialista, comunista, cattolica; costituzionalizzazione del ruolo e della funzione del sindacato ecc.), il contratto collettivo si è sviluppato in misura assai notevole¹⁹. La crescita ha riguardato in primo luogo contenuti, che si sono estesi dalle retribuzioni alla regolazione giuridica di tutti gli aspetti del rapporto di lavoro. Essa inoltre è gradualmente diventata una fonte (non in senso tecnico, almeno nel nostro paese, ma) di regolamentazione delle condizioni giuridiche ed economiche di milioni di lavoratori dei vari comparti produttivi, con articolazioni che riguardano sia il livello macro (tutti gli

¹⁷ Sul concordato di tariffa cfr. Messina, *I concordati di tariffa nell'ordinamento giuridico del lavoro*, *RD comm*, 1904, 1, p. 458 ss.; Id., *Per il regolamento legislativo dei concordati di tariffa*, in *DLRI*, 1986, p. 113 ss.; Romagnoli, *I "concordati" di Giuseppe Messina: una nota introduttiva*, in *DLRI*, 1986, p. 108 ss.

¹⁸ Ichino, *Il contratto di lavoro*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, vol. XXVII, t. 2, Giuffrè, 2000, p. 150: "Nel mercato monopsonistico, nel quale a un unico imprenditore in cerca manodopera si contrappone l'offerta di una pluralità di aspiranti lavoratori non coordinati tra loro, questi ultimi si trovano in una situazione analoga a quella dei consumatori nei confronti di un produttore monopolista: si trovano, cioè, in un mercato in cui i livelli di occupazione e le retribuzioni sono innaturalmente ridotti rispetto a quanto accadrebbe in una situazione di concorrenza fra gli imprenditori sul lato della manodopera".

¹⁹ Il fenomeno ha riguardato tutti i paesi occidentali, seppure in forme, contenuti ed estensioni diverse, connesse alle differenti tradizioni storiche dei vari movimenti sindacali (*business unionism*, *competitive unionism*, sindacati di classe rivoluzionari o riformisti, sindacalismo soprattutto aziendale ecc.).

addetti a cui si applica il contratto in un determinato settore della produzione di beni o di servizi), sia quello aziendale, territoriale, di gruppo ecc.²⁰ Le conseguenze sono facilmente intuibili: nella misura in cui i contratti collettivi incrementano i salari o accrescono i diritti dei lavoratori essi sono in grado di incidere in modo incrementale sui costi diretti ed indiretti delle imprese, con conseguenze analoghe a quelle già analizzate ed anzi con un potenziale effetto moltiplicatore prodotto dalla sinergia tra aumento dei diritti di fonte legale e di origine negoziale²¹.

Il contratto collettivo, d'altra parte, ha da sempre svolto una funzione di limitazione della concorrenza tra imprese e lavoratori²². Per quanto riguarda le prime, esso, con l'imposizione di minimi di trattamento inderogabile, impedisce che, rispetto ad imprenditori che applicano i contratti collettivi (per l'elevato tasso di sindacalizzazione o per altre ragioni), le "imprese concorrenti possano incrementare la propria competitività praticando ai propri dipendenti trattamenti inferiori"²³. La limitazione della concorrenza, peraltro, opera anche dal lato dei lavoratori, perché i minimi di trattamento, nel caso di monopsonio strutturale, impediscono ai lavoratori, in considerazione della loro debolezza contrattuale, di porsi in competizione offrendo, in cambio dell'occupazione, condizioni economiche e normative al ribasso. Ed analoga situazione si verifica anche in mercati più evoluti, dove il pluralismo di imprese – che riduce soltanto il carattere monopsonistico del mercato del lavoro, senza eliminarlo del tutto²⁴ – non esclude che i lavoratori possano sempre farsi concorrenza proponendo condizioni giuridiche ed economiche deteriori²⁵.

²⁰ Non è possibile accennare, in questa sede, alla problematica del contratto collettivo come fonte del diritto. Le teorie che, nel nostro paese, negano tale qualificazione sono quelle ancora oggi assolutamente dominanti, anche se probabilmente, soprattutto in relazione a determinate funzioni svolte dal contratto collettivo su delega della legge, la configurazione quale fonte del contratto collettivo sarebbe coerente con le elaborazioni teoriche in materia della dottrina giuspubblicistica.

²¹ Ovviamente è vero anche il contrario: i costi diretti ed indiretti diminuiscono se il contratto collettivo non svolge una funzione espansiva ma riduce i diritti (retributivi e non) già esistenti o ne limita i contenuti per il futuro.

²² Perulli, *L'idea del diritto del lavoro, oggi*, in LD, 2016, 25 ss.; Lyon Caen, *Droit du travail et concurrence*, e De Luca Tamajo, *Concorrenza e diritto del lavoro*, entrambi in Perulli (a cura di), *L'idea di diritto del lavoro, oggi*, Wolters Kluwer Italia, 2016, p. 3 e p.13. La scienza economica, inoltre, ha individuato ulteriori funzioni economiche del contratto collettivo (correzione delle asimmetrie informative rispetto ai datori di lavoro; riduzione della valutazione comparativa a cui i lavoratori sarebbero sottoposti dall'imprenditore; drastica riduzione dei costi di transazione), che non possono qui essere esaminate (rinvio, per l'esame di queste funzioni, ad Ichino, *Il contratto di lavoro, cit.*, 150 ss.).

²³ Ichino, *Il contratto di lavoro, cit.*, 21. Cfr. anche De Luca Tamajo, *op. cit.*, 13 ss.

²⁴ Ichino, *op. ult. cit.*, 14 ss.; Del Punta, *L'economia e le ragioni del diritto del lavoro*, in DLRI, 2001, p. 21; Id., *Diritto del lavoro*, Giuffrè, 2016, p. 112 ss.

²⁵ De Luca Tamajo, *op. cit.*, 13 ss.; Perulli, *L'idea del diritto del lavoro, oggi, cit.*, 24

Non va dimenticato, poi, che i contratti collettivi, sia nei paesi in cui esiste una legge sul salario minimo, sia in quelli, come il nostro, in cui tale legislazione è assente, hanno la fondamentale funzione di distribuire ricchezza tramite la predeterminazione delle retribuzioni di base o, in epoche più recenti, con la remunerazione (particolarmente a livello aziendale) degli incrementi di produttività realizzati dalle imprese. L'estensione di tale funzione di ripartizione della ricchezza, che riguarda milioni di lavoratori, ha importanti effetti macroeconomici. I contratti collettivi, di fatto, condizionano i livelli dei redditi dei lavoratori dipendenti e delle loro famiglie e quindi influenzano la domanda aggregata di beni, l'offerta dei prodotti (e, quindi, la quantità e qualità della produzione), il livello dei prezzi e l'andamento del tasso di inflazione. Inoltre, il costo del lavoro, nella sua dinamica complessiva, è in grado di interagire con il tasso di occupazione e di disoccupazione. Senza dimenticare che l'entità dei salari si riflette, oltre che sulla domanda di consumi, anche sul livello delle entrate fiscali dello stato ed incide quindi sul bilancio e sulle risorse disponibili per investimenti, sostegno alle imprese e alle famiglie, politiche di *Welfare* ecc.²⁶. La dimensione economica svolta dalla contrattazione collettiva è una delle ragioni – anche se non l'unica – che spiega la stagione della concertazione delle politiche economiche sociali, dove, tramite accordi collettivi triangolari, lo Stato e le organizzazioni sindacali imprenditoriali e dei lavoratori hanno cercato di definire consensualmente interventi in grado di interagire sulle variabili macroeconomiche già descritte (redditi, consumi, occupazione, fiscalità ecc.)²⁷.

In linea più generale si può anche dire che, anche in conseguenza della recente maggiore integrazione economica dell'unione Europea, il diritto del lavoro è diventato uno strumento di politica economica²⁸, di cui si afferma la capacità di influenzare fattori determinanti quali l'occupazione, la crescita del PIL, il tasso di inflazione, la produttività del sistema. Tornerò su tali aspetti. Qui è opportuno sottolineare come la dimensione economica

²⁶ Il livello delle remunerazioni fissato dai contratti collettivi condiziona anche le entrate degli istituti previdenziali ed ha quindi effetti diretti sulla sostenibilità della spesa pensionistica (che dipende dai contributi versati per i lavoratori in attività) e su altre politiche sociali ed assistenziali.

²⁷ Sulla concertazione si rinvia (con particolare riferimento alle esperienze realizzate nel nostro paese) a Regini, *Le implicazioni teoriche della concertazione italiana*, in *DLRI*, 1996, 719 ss.; Bellardi, *Concertazione e contrattazione. Soggetti, poteri e dinamiche*, Cacucci, 1999; Id., *Istituzionalizzazione e (in)stabilità della concertazione sociale*, in *ADL*, 2001, p. 87; Id., *Concertazione e contrattazione dal Protocollo Giugni agli accordi separati del 2009*, in *RGL*, 2009, I, p. 447; Ghera, *La concertazione sociale nell'esperienza italiana*, *RIDL*, I, 2000, 115 ss.

²⁸ Streeck, *Taking crisis seriously. Capitalism on Its Way Out*, *SM*, 2014, p. 45; Perulli, *L'idea del diritto del lavoro, oggi*, cit., 21

di questo ramo del diritto, già presente sin dalle origini, si sia ulteriormente ampliata, con effetti che hanno radicalmente inciso sulla sua stessa funzione. Questa profonda compenetrazione si giustifica con il fatto che il diritto del lavoro può essere considerato come un "diritto della produzione" di beni o servizi²⁹, che incide quindi, direttamente o indirettamente, sulla dimensione economica a livello micro e macro.

3. L'evoluzione del diritto del lavoro come riduzione o esclusione della dimensione economica.

Lo sviluppo del diritto del lavoro può essere analizzato da diversi punti di vista, che mettono in evidenza le ragioni storiche della sua evoluzione. Senza dubbio, una delle chiavi di lettura che giustifica questa dinamica è la eliminazione o la drastica riduzione della dimensione economica del rapporto di lavoro. Le ragioni sono facilmente intuibili. In primo luogo il lavoratore è un soggetto che ha limiti biologici che ne impediscono l'assimilazione ad una macchina o ad altri fattori produttivi "inerti", sotto il profilo della resistenza fisica alla fatica, all'usura, del condizionamento dovuto a patologie ecc. Egli inoltre è una persona. Pertanto, è impossibile separare il lavoro, inteso come bene – oggetto (le energie spendibili che possono essere cedute nel mercato del lavoro) dalla sua essenza umana e, quindi, dalla sfera psicologica e dall'insieme di attributi che ne connotano la personalità, con quella "che è stata chiamata l'implicazione della persona umana nella prestazione di lavoro"³⁰. D'altra parte il rapporto di lavoro si fonda su una relazione di potere, anzi, secondo una autorevole opinione, "è un rapporto di dominio occultato dal contratto"³¹. E la soggezione a tale potere è giuridica (la subordinazione alle direttive dell'altro contraente), organizzativa (perché il lavoratore è parte della struttura dell'impresa che gli è estranea dal punto di vista proprietario ed è da altri organizzata) ed economica (in quanto il dipendente trae dalla prestazione il suo unico reddito, in un mercato caratterizzato da uno squilibrio tra domanda ed offerta di lavoro e da disoccupazione strutturale).

Queste caratteristiche hanno determinato – per effetto di una pluralità di fattori (crescita e diffusione delle organizzazioni sindacali; nascita e sviluppo di movimenti politici *pro labour* e loro influenza sulla *governance* degli Stati nazionali; costituzionalizzazione del diritto del lavoro; diffusione

²⁹ Perulli, *Costanti e varianti in tema di subordinazione e autonomia*, LD, 2015, 260

³⁰ Prosperetti U., *Lavoro (fenomeno giuridico)*, Enc. dir., XXIII, Giuffrè, 1973, p. 332, che richiama il fondamentale contributo scientifico dato da F. Santoro Passarelli. Il profilo della implicazione della persona nel lavoro è stato poi ulteriormente sviluppato da Smuraglia, *La persona del prestatore nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, 1967.

³¹ Giugni, *Diritto del lavoro (voce per un'enciclopedia)*, in Giugni, *Lavoro, legge contratti*, Il Mulino, 1989 (testo 1979), 256.

della Stato sociale ecc.) – una giuridificazione del rapporto di lavoro nel profilo individuale e collettivo, che gradualmente produrrà l'effetto di "immunizzare" (totalmente o parzialmente) il lavoratore dalla sua dimensione di fattore della produzione.

La giuridificazione si svilupperà con tecniche e gradi di intensità diversi. Un'analisi storica accurata richiederebbe la individuazione delle varie fasi di sviluppo del diritto del lavoro nazionale ed internazionale (Stato liberale, totalitarismi, democrazie costituzionali ecc.), perché ciascuna di esse ha connotati e caratteristiche assai diverse, come sottolineato da importanti contributi teorici³². In questa sede mi limiterò a mettere in evidenza alcune linee di tendenza, con un approccio sintetico necessariamente sommario ma che servirà comunque a spiegare il processo che intendo illustrare.

In un primo momento la giuridificazione si sostanzia nella emanazione di una legislazione sociale che ha come obiettivo la tutela della integrità fisica e morale del lavoratore (riduzione dell'orario di lavoro; limiti all'età lavorativa; assicurazione obbligatoria ecc.), nell'ottica, tipica dello Stato liberale, di proteggere il lavoro "solo quando appaiono insopportabili, anche per la coscienza (dell'epoca), gli effetti del libero agire industriale"³³ ed in un contesto di "indisturbata gestione del lavoro come materia prima commerciabile"³⁴. In sede scientifica, sempre in considerazione della implicazione della persona nel contratto³⁵, va segnalata l'opera di Lotmar, che "segna una svolta fondamentale della scienza giuridica. Essa separò il diritto del lavoro dal diritto delle merci"³⁶. Lo Stato liberale garantisce la libertà contrattuale del singolo e quindi anche del lavoratore³⁷. Tuttavia tale libertà non è in grado di eliminare la disuguaglianza di potere

³² Per restare solo all'ambito nazionale, rinvio, tra gli altri, a Giugni, *Diritto del lavoro (voce per un'enciclopedia)*, cit., 249 ss.; Id., *Il diritto del lavoro negli anni '80*, in *Lavoro, legge contratti*, cit., 1982, 299 ss.; Mengoni, *Il contratto individuale di lavoro*, cit., 181 ss.; Cazzetta, *Scienza giuridica e trasformazioni sociali: diritto del lavoro tra Otto e Novecento*, Giuffrè, 2007; Castelvetti, *Il diritto del lavoro delle origini*, Giuffrè, 1994; Cester, *La norma inderogabile: fondamento e problema del diritto del lavoro*, in *DLRI*, 2008, 351 ss.

³³ Passaniti, *Storia del diritto del lavoro*, cit., 13.

³⁴ *Ibidem*. L'autore rileva come questa gestione avveniva con "modalità che, nell'era della flessibilità, possono persino apparire, come dire, avveniristiche. Secondo i dati, da ritenersi sottostimati, della Società Umanitaria, nel 1903 a Milano operavano 111 agenzie a pagamento per il collocamento della manodopera".

³⁵ "Il lavoratore non impegna nel rapporto col datore di lavoro qualche cosa del suo patrimonio distinto dalla sua persona, ma impegna la sua stessa persona; egli non mette in gioco il suo avere, ma piuttosto il suo essere": Mengoni, *Il lavoro nella dottrina sociale della chiesa*, cit., 21 – 22.

³⁶ Mengoni, *op. cit.*, 22.

³⁷ Mengoni, *op. cit.*, 22; Romagnoli, *Diritto del lavoro*, cit., 424 e 433; Mazzoni, *Diritto del lavoro e sindacale*, *Enc. dir.*, vol. XII, 1964, 1068.

strutturale tra datore di lavoro e lavoratore³⁸ e la sua subordinazione economica. "La libertà, che il contratto gli ha conferito, e tutt'al più libertà di scegliersi autonomamente l'occupazione ma non anche la libertà di determinare autonomamente le proprie condizioni di vita e di lavoro"³⁹, anche perché "libero non è colui che ha un diritto astratto senza il potere di esercitarlo, bensì colui che oltre a diritto ne ha anche il potere di esercizio"⁴⁰.

A questo problema tenterà di dare soluzione il diritto del lavoro, nato dalla azione del movimento operaio che si oppone "a quella violenza sulla persona umana che si esercitava, nei confronti del lavoratore, attraverso un diritto che non prendeva in considerazione la sua particolare posizione sociale. Il senso del diritto del lavoro consiste nel fatto che questo non si accontenta dell'eguaglianza formale dei soggetti, su cui si fonda la precedente regolamentazione, bensì dà rilievo giuridico alla particolare posizione sociale del lavoratore"⁴¹.

Questa funzione del diritto del lavoro si realizzerà in modo diverso. Una prima linea di intervento è quella di introdurre norme che limitano le "conseguenze logiche del concetto di scambio tutte le volte che tali conseguenze si rivelano incompatibili con l'esigenza di tutela della dignità e della sicurezza del lavoratore. In tal modo la personalità della prestazione di lavoro viene a costituire il criterio di numerose deroghe ai principi generali dei contratti e delle obbligazioni, le quali rompono la simmetria delle due posizioni giuridiche cui il rapporto di lavoro mette capo"⁴². Vi è poi il riconoscimento di una serie di diritti del lavoratore nel contratto, che impongono limiti ai poteri organizzativi in capo all'imprenditore. Essi, pur in considerazione dell'indissolubile "collegamento dell'uomo che lavora con la (dimensione economica della) sua prestazione"⁴³, sono diretti a garantire la "dimensione umana della prestazione di lavoro nei confronti del potere organizzativo e direttivo dell'imprenditore, alla quale, mediante il contratto, è assoggettata"⁴⁴. Successivamente, in Italia tramite lo statuto

³⁸ Romagnoli, *Diritto del lavoro*, cit., 437. In senso analogo, tra gli innumerevoli a. che hanno affermato questo principio, cfr. Mengoni, *Il contratto individuale di lavoro*, cit., 183 ss.; Id., *Il lavoro nella dottrina sociale della chiesa*, cit., 20; Prosperetti, op. cit., 332; Mazzoni, op. cit., 1068; Giugni, *Diritto del lavoro (voce per un'enciclopedia)*, cit., 259 ss.; Grandi, op. cit., 589 ss.

³⁹ Sinzheimer, *La democratizzazione del rapporto di lavoro*, DLRI, 1979 (ma 1928), 220. La stessa opinione è espressa da Mengoni, cit. nt. precedente.

⁴⁰ Bobbio, *Libertà e potere*, in *Politica e cultura*, Einaudi, 1995 (ma 1955), 273.

⁴¹ Sinzheimer, op. cit., 221.

⁴² Mengoni, *Il lavoro nella dottrina sociale della chiesa*, cit., 28 e gli altri autori cit. nella nt. 29.

⁴³ Sinzheimer, op. cit., 222.

⁴⁴ Mengoni, *Il lavoro nella dottrina sociale della chiesa*, cit., 52.

dei lavoratori, tali poteri verranno strettamente funzionalizzati alle esigenze tecnico organizzative, depurandole da finalità diverse che erano lesive della dignità del lavoratore⁴⁵. Inoltre, con forme e realtà diverse nelle varie esperienze europee, vi saranno lo sviluppo del movimento sindacale e la crescita della contrattazione collettiva, che produrranno un incremento dei diritti (non solo salariali) dei lavoratori e quale espressione di un vero e proprio "potere sociale"⁴⁶ che trascende la mera realtà economica. Si creerà, infatti, un "contropotere" fondato sulla rappresentanza collettiva degli interessi che incide sulla gestione della fabbrica ed impone di negoziare la struttura ed il funzionamento dell'organizzazione produttiva. In tal modo si finirà per incidere sulle prerogative imprenditoriali che sono espressione del diritto di proprietà e dell'iniziativa economica privata. Ed in questo contesto la contrattazione collettiva estenderà in misura significativa i diritti "non economici" connessi al rapporto di lavoro, con una limitazione consistente proprio di tali prerogative quando incidono sulla dinamica del rapporto di lavoro (come ad esempio in tema di professionalità, orario, licenziamenti individuali e collettivi ecc.).

Un momento fondamentale di questo processo può essere identificato nella dichiarazione secondo cui "il lavoro non deve essere considerato semplicemente una merce o un articolo di commercio" contenuta nel Trattato di Versailles (1919) (art. 427, Pt. XIII) e poi ribadita in modo solenne dalla "Dichiarazione di Filadelfia" del 10 maggio 1944 dell'O.I.L.⁴⁷. Tale espressione ha "acquistato successivamente il più ampio significato etico giuridico di recisa negazione del valore mercantile del lavoro, spostando la protezione del lavoro in astratto ai diritti fondamentali della

⁴⁵ Infatti, "l'idea madre dello Statuto è che l'organizzazione tecnico-produttiva dell'impresa deve modellarsi sull'uomo e non viceversa" (Mengoni, *Le modificazioni del rapporto di lavoro alla luce dello statuto dei lavoratori*, in *Diritto e valori*, Il Mulino, 1985, 379). Su tali caratteristiche dello Statuto cfr., per tutti, Romagnoli, *Diritto del lavoro e quadro economico: nessi di origine e profili evolutivi*, in *DLRI*, 2013, 503; Ballestrero, *Le "energie da lavoro" tra soggetto ed oggetto*, cit., 12; Liso, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, Angeli, 1982, 61 ss.

⁴⁶ Sinzheimer, *op. cit.*, 227.

⁴⁷ Su tali aspetti cfr. O'Higgins, *"Il lavoro non è una merce". Un contributo irlandese al diritto del lavoro*, *DLRI*, 1996, 295 ss.; Grandi, *op. cit.*, 557 ss.; Supiot, *The Spirit of Philadelphia: Social Justice vs. the Total Market*, Verso Books, 2012. Il significato di tale espressione è stato ampiamente analizzato. Secondo alcuni con essa si voleva ribadire "che lavoro non può essere considerato un'entità indipendente dalla persona del lavoratore, che il rapporto di lavoro deve poggiare anche su un fondamento etico e non può essere perciò regolato sul mercato, che il salario non può essere solo il valore di scambio della prestazione, perché deve garantirgli il mantenimento in condizioni di salute e sicurezza fisica e mentale": Ballestrero, *Le "energie da lavoro" tra soggetto ed oggetto*, cit., p. 7, con riferimento alla opinione di John Ellis Ingram, economista irlandese morto nel 1907 che, secondo O' Higgins formulò tale espressione nel Trade Union Congress del 1880.

persona che lavora, per la quale il lavoro è opportunità di sviluppo della persona umana e di progresso materiale⁴⁸.

Questa demercificazione del lavoro ha trovato un suo snodo fondamentale nella costituzionalizzazione dei diritti dei lavoratori e nella loro trasformazione in diritti fondamentali. La Costituzione di Weimar (emanata l'11 agosto 1919) costituisce uno dei primi e più straordinari esempi di legge fondamentale a carattere sociale che faceva del lavoro l'oggetto della "speciale protezione del Reich" (art. 157) e affermava principi che saranno in parte ripresi dalla Costituzione italiana e da altre Costituzioni europee⁴⁹. In questo contesto, il lavoro diventa un "diritto" e viene tutelato anche nei suoi profili economici (retribuzione, indennità di disoccupazione, protezione contro la malattia, la vecchiaia, tutela della disabilità) con una logica che - pur in correlazione con la funzione produttiva del lavoratore - la trascende, in una dimensione che si preoccupa di garantirne la qualità esistenziale⁵⁰. Da questo punto di vista l'art. 36 della Costituzione italiana ne è un esempio evidente. Non solo si individuano parametri che condizionano il valore dello scambio ("qualità e quantità"), sottraendo la remunerazione al principio del "salario di equilibrio" che, secondo l'economia classica (e neoclassica) è il risultato del rapporto tra domanda e offerta di lavoro⁵¹. Si stabilisce, inoltre, che essa deve essere "in ogni caso" sufficiente ad assicurare una vita libera e dignitosa, con l'attribuzione al salario di caratteri estranei al rapporto di scambio e legati a profili esistenziali (libertà e dignità) che coinvolgono diritti espressione della personalità umana⁵². La costituzionalizzazione del lavoro, peraltro, si realizza nel nostro paese anche con l'attribuzione di altri diritti fondamentali (eguaglianza senza distinzione di sesso nelle condizioni

⁴⁸ Ballestrero, *Le "energie da lavoro" tra soggetto ed oggetto*, cit., 8.

⁴⁹ Sulla Costituzione di Weimar, cfr. Mortati, *La Costituzione di Weimar*, Sansoni, 1946; Sinzheimer, op. cit., 227 ss. Sul diritto del lavoro espresso nell'ambito di quella Costituzione cfr. Vardaro, *Il diritto del lavoro nel laboratorio "Weimar"*, in L. Gaeta, R. Marchitello, P. Pascucci (a cura di), *Itinerari*, Angeli, 1989 (ma 1981), 25 ss.; Romagnoli, *Weimar e il diritto del lavoro in Italia*, in *LD*, 2010, 181 ss.

⁵⁰ Mengoni, *Il lavoro nella dottrina sociale della chiesa*, cit., 52 ss., che sottolinea come si è in presenza di un processo che pone la "dignità" del lavoratore al centro della regolazione, con "un valore in cui numerose costituzioni del secondo dopoguerra ripongono espressamente la fondazione ultima dell'ordinamento giuridico" (53).

⁵¹ Del Punta, *L'economia e le ragioni del diritto del lavoro*, cit., 11 ss.; Ichino, *Il contratto di lavoro*, cit., p. 116 ss. (a questo autori si rinvia per le indicazioni bibliografiche sugli economisti classici e neoclassici). Su tali aspetti della salario sufficiente garantito dall'art. 36 Cost. cfr. Ballestrero, *Le "energie da lavoro" tra soggetto ed oggetto*, cit., 11; Mazzotta, *Ragionare per modelli: conciliare lavoro e non lavoro nella crisi economica. Spunti per una discussione*, in Ballestrero, De Simone (a cura di), *Persone, lavori, famiglie. Identità e ruoli di fronte alla crisi economica*. Giappichelli, 2009, p. 6.

⁵² In tal senso, tra gli altri, Ballestrero, op. cit., 12; Mengoni, *Il lavoro nella dottrina sociale della chiesa*, cit., 52 ss.

di lavoro, libertà, dignità, salute e sicurezza ecc.). Inoltre, si riconosce il diritto di associazione, di attività sindacale e di contrattazione collettiva, in un ambito dove il "contropotere sindacale"⁵³ e la rilevanza collettiva del lavoro diventano parte integrante della nostra legge fondamentale.

In Italia lo Statuto del 1970 realizza il disegno costituzionale, e costituisce "un *bill of rights*, una Carta di diritti fondamentali e indisponibili"⁵⁴, con la quale la Costituzione "varca il cancello delle fabbriche"⁵⁵. Oltre alla razionalizzazione dei poteri imprenditoriali⁵⁶, la legge istituzionalizza il contro potere sindacale in azienda e soprattutto segna il passaggio dalla tutela del lavoratore come "contraente debole" a quella della prevalenza "nella figura del cittadino -lavoratore, del 'cittadino' sul 'lavoratore', rendendo "esigibili le garanzie della cittadinanza democratica costituzionalmente garantita di cui era solitamente negata *a priori* la conciliabilità con regolare adempimento dell'obbligazione contrattuale" di lavoratore subordinato⁵⁷.

La costituzionalizzazione del lavoro si è sviluppata anche in Europa, con un processo di crescita progressiva dei diritti fondamentali individuali e collettivi e con enfasi a volte anche superiore a quelle delle Costituzioni nazionali per quanto attiene ad esempio il diritto antidiscriminatorio, che tutela "l'essenza" della persona umana nei suoi profili più delicati (razza, sesso, religione, lingua, colore della pelle, origine etnica e sociale, caratteristiche genetiche, opinioni politiche, ecc.). L'inserimento nel Trattato sull'Unione Europea delle Carte dei diritti fondamentali - avvenuta tra l'altro in epoca recente, quando il processo di rimercificazione del lavoro era già da tempo in atto - costituisce una delle espressioni più elevate di questa valorizzazione del lavoro. Tutti i profili del lavoro individuali (dignità, libertà, eguaglianza, non discriminatorietà, salute, sicurezza, accesso alla occupazione, protezione contro il licenziamento ecc.) e collettivi (contratti, azioni di lotta, sciopero, informazione e consultazione) sono presi in considerazione, aggiungendosi alle numerose disposizioni in materia già contenute nel Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea⁵⁸. A questo imponente apparato di norme giuridiche nazionali ed europee può essere esteso il giudizio espresso nei confronti dei 4 articoli sul lavoro contenuti nelle prime 12 disposizioni della Costituzione italiana. La parola "'lavoro' ha un significato di *pars pro toto* (e) intende l'uomo nella totalità della sua persona, fatta di corpo e di anima, della quale il lavoro è una delle

⁵³ Giugni, *Il diritto del lavoro negli anni '80*, cit., 303.

⁵⁴ Ballestrero, *Le "energie da lavoro" tra soggetto ed oggetto*, cit., 12.

⁵⁵ Romagnoli, *Diritto del lavoro*, cit., 444, che cita la famosa espressione di Vittorio Foa.

⁵⁶ V. *retro* gli a. cit. nella nt. 42.

⁵⁷ Romagnoli, *Diritto del lavoro*, cit., 443 e 444.

⁵⁸ Art. 6 TUE; artt. 151 ss. TFUE.

manifestazioni più nobili"⁵⁹. E si è correttamente sottolineato che "le costituzioni post liberali" hanno attribuito al lavoro "la virtù di connotare l'identità degli individui"⁶⁰.

Non va dimenticato, infine, che il diritto del lavoro è stato uno strumento di emancipazione di una collettività umana legata da caratteri socioeconomici comuni. Già tra le due guerre mondiali si sottolineava come il lavoratore "non è solo soggetto giuridico bensì anche appartenente alla classe, e cioè portatore di una condizione di classe, che si ribella se il diritto prescinde da essa". E si affermava che la funzione del diritto del lavoro era proprio quella di riconoscere questa particolare posizione sociale⁶¹. La nostra Costituzione, nell'art. 3, c. 2, ribadisce la necessità di rimuovere gli ostacoli che "limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono... l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese". Il diritto del lavoro è stato uno degli strumenti (certamente non l'unico) che ha garantito questo processo. Le modalità attuative sono state diverse. La "penetrazione dei diritti costituzionali nella sfera dei rapporti interprivati"⁶², la riduzione delle prerogative imprenditoriali in azienda derivante dal riconoscimento legislativo e dalla presenza sindacale in azienda, la diffusione della contrattazione collettiva come mezzo di espansione di diritti e di reddito, la partecipazione del sindacato alla gestione dell'economia (politica dei redditi; concertazione; dialogo sociale), lo sviluppo dello Stato sociale inteso non solo come *welfare* ma come espressione di un nuovo "diritto di cittadinanza dei lavoratori subordinati".

In sostanza "quello del lavoro è stato il diritto del Novecento non solo perché il Novecento era il secolo del lavoro inteso come risorsa indispensabile al sistema della produzione industriale, ma anche perché le culture, le religioni, le ideologie prevalenti" hanno inteso il lavoro "come fattore di inclusione sociale"⁶³. Il diritto del lavoro è stato dunque il "diritto del secolo"⁶⁴, e "ha potuto contribuire ad avvicinare le società dell'Occidente europeo alla soluzione del problema di come far coesistere benessere economico, coesione sociale, democrazia politica"⁶⁵.

⁵⁹ Mengoni, *Il lavoro nella dottrina sociale della chiesa*, cit., 81.

⁶⁰ Romagnoli, *Divagazioni sul rapporto tra economia e diritto del lavoro*, in LD, 2005, p. 529.

⁶¹ Sinzheimer, *La democratizzazione del rapporto di lavoro*, DLRI, 1979, p. 230.

⁶² Giugni, *Diritto del lavoro (voce per un'enciclopedia)*, cit., 282.

⁶³ Romagnoli, *Divagazioni sul rapporto*, cit., 529. In tal senso anche Gorz, *Metamorfosi del lavoro. Critica della ragione economica*, Bollati Boringhieri, 1995, 21 ss.; Gallino, *Se tre milioni vi sembrano pochi. Sui modi per combattere la disoccupazione*, Einaudi, 1998, XIX.

⁶⁴ Scognamiglio, *Intervento*, in Aa.Vv., *Nuove forme di lavoro tra subordinazione, coordinazione, autonomia. Atti del Convegno tenuto a Roma il 27 maggio 1996*, Cacucci, 1997.

⁶⁵ Romagnoli, *Diritto del lavoro e quadro economico*, cit., 587.

L'insieme di tutti gli elementi sopra descritti mette in evidenza il momento di maggiore distanza tra diritto del lavoro ed economia, in un contesto che ha visto l'affermazione di una "cultura giuridica che subordina alla politica l'economia" ed ha segnato l'inizio della "età della demercificazione del lavoro"⁶⁶. Esso manifesta anche una particolare antropologia del lavoro che vede l'*homo economicus* (a fondamento della teoria economica classica) come titolare di diritti inalienabili che prevalgono sulla sua indiscutibile dimensione produttiva e che affranca il lavoro dalla prospettiva economicista e tutta legata all'*homo faber* tipico del modo di produzione capitalistico⁶⁷.

4. La "rivincita" dell'economia: gli anni '80.

Questo processo di "affrancamento" dalla dimensione economica non poteva ovviamente essere indifferente ai mutamenti storici che si sono verificati nel contesto produttivo in cui il rapporto di lavoro si muove. Non va dimenticato, infatti, che nel contratto di lavoro convivono "come aspetti tipici della fattispecie, il profilo del lavoro – oggetto e il profilo del lavoro soggetto: il lavoro come attività oggettivabile e il lavoro come espressione inoggettivabile della persona"⁶⁸. Ed è quindi naturale che il primo profilo risenta inevitabilmente dei cambiamenti nei sistemi economici e produttivi. Senza dimenticare che la crescita esponenziale dei diritti dei lavoratori di fonte legale e contrattuale, realizzata con norme inderogabili non modificabili a livello individuale, ha avuto effetti rilevanti sia a livello *micro* (la crescita dei costi diretti ed indiretti delle imprese), sia a livello *macro*. Basti pensare, da questo punto di vista, alla incidenza che l'incremento dei salari ha avuto su variabili come domanda aggregata, offerta, inflazione, occupazione, consumi (v. § 3).

Pochi anni dopo l'emanazione dello statuto dei lavoratori, lo shock petrolifero del 1973 - insieme a fattori ulteriori quali la guerra nel Vietnam (con effetti inflazionistici), la crisi di sovrapproduzione dei sistemi economici occidentali dopo la *Golden Age* degli anni '60, la fine del sistema dei cambi fissi nato a *Bretton Wood* e la loro libera oscillazione sui mercati

⁶⁶ *Ivi*, 586.

⁶⁷ Infatti, "il Novecento è stato – come negarlo – il secolo dell'*Homo faber*. Quello in cui, quasi con ferocia, l'uomo è stato ridotto alla sua funzione produttiva, ed il mondo a realtà fabbricata" (Revelli, *Oltre il novecento. La politica, le ideologie e le insidie del lavoro*, Einaudi, 2001, VIII).

⁶⁸ Grandi, op. cit., 574 – 575. E si era già rilevato che nella disciplina del codice civile "convergono due idee antitetiche, che conferiscono al rapporto di lavoro un carattere misto di rapporto patrimoniale e insieme personale: da una parte l'idea classica del lavoro oggettivamente considerato come bene di scambio avente un prezzo di mercato: d'altra parte l'idea del lavoro come manifestazione della personalità del lavoratore, e quindi come contenuto di un vincolo personale di collaborazione da uomo a uomo": Mengoni, *Il lavoro nella dottrina sociale della chiesa*, cit., 23.

ecc. – determinarono conseguenze assai negative sull'economia italiana, con "una rovinosa svalutazione della moneta seguita da lunghi anni di inflazione a due cifre e da tassi crescenti di disoccupazione"⁶⁹. Vennero pertanto introdotti interventi legislativi che avevano l'obiettivo di attenuare gli effetti delle normative garantistiche, con la creazione di un "diritto del lavoro dell'emergenza" (poi trasformato in "diritto della crisi")⁷⁰ ed incidendo anche sulla dinamica salariale al fine di ridurre l'incremento del costo del lavoro. Sempre in quegli anni, tra l'altro, venne affermata la fine della teoria del salario come "variabile indipendente" dal profitto, che aveva sollecitato politiche rivendicative del sindacato assai sostenute e sganciate dal livello di produttività nella singola impresa o nel sistema produttivo a cui il ccnl faceva riferimento⁷¹. Questa interpretazione, il cui abbandono venne salutato come il riconoscimento, anche da parte della sinistra, della esistenza delle "compatibilità economiche" sempre in precedenza negate, in realtà aveva un solido fondamento scientifico. Essa, infatti, era stata sostenuta nel 1960 da un grande economista quale Sraffa (*Produzione di merci a mezzo di merci*) ed era stata ripresa da Claudio Napoleoni, e non poteva quindi essere considerata soltanto come una espressione di "massimalismo anticapitalista" propria di alcune forze politiche dell'epoca⁷². La crisi di quegli anni aveva intaccato comunque "l'illusione che sotto il 'capitalismo democratizzato', i diritti sociali potessero essere estesi in maniera indefinita, ancorché graduale, con il sostegno dello Stato e con l'accettazione delle imprese, anch'esse appoggiate da risorse pubbliche"⁷³.

Negli anni '80 si verificarono altre importanti innovazioni. In primo luogo una vera e propria rivoluzione tecnologica (quella informatica) che incideva su strutture e sistemi di produzione ed accentuava, sotto alcuni profili, la crisi occupazionale delle imprese, sollecitate in molti casi a drastiche riduzioni del personale sia per le nuove tecnologie *labour saving*, sia per affrontare il maggior livello di competitività da esse prodotto (che

⁶⁹ Mengoni, *Il contratto individuale di lavoro*, cit., 191. Su tali aspetti cfr. anche Treu, *Le istituzioni del lavoro nell'Europa della crisi*, cit., 598; Perulli, *L'idea del diritto del lavoro, oggi*, cit., 21.

⁷⁰ De Luca Tamajo, Ventura, *Il diritto del lavoro nell'emergenza*, Jovene, 1979; Giugni, *Il diritto del lavoro negli anni '80*, cit., 304 ss.; Mengoni, *Il contratto individuale di lavoro*, cit., 192.

⁷¹ Il riferimento è alla famosa "svolta dell'Eur", quando Luciano Lama, al congresso CGIL svoltosi a Roma il 13 e 14 febbraio 1978, abbandonò la tesi sul salario descritta nel testo.

⁷² Sul salario come "variabile indipendente" e sul ruolo di Sraffa e Napoleoni cfr. Cavalieri, *Scienza economica e umanesimo positivo (Claudio Napoleoni e la critica della ragione economica)*, Angeli, 2006, p. 37 ss.

⁷³ Treu, *Le istituzioni del lavoro nell'Europa della crisi*, cit., 598, che riferisce l'opinione di Streeck, *Le relazioni industriali oggi*, in *DRI*, 2009, p. 255 sulle aspettative di una "irresistibile addizione di diritti sociali".

stimolavano risparmi sul costo del lavoro). Si diffusero inoltre diversi modi di produzione, più efficienti e meno costosi, che produssero processi di ristrutturazione e riconversione delle imprese. Cominciarono fenomeni più accentuati di interconnessione dell'economia e di internazionalizzazione dei mercati. A livello macro, si riducono le politiche Keynesiane di intervento pubblico nell'economia e di sostegno alla domanda aggregata, con l'inizio della stagione del controllo dei bilanci statali prima in funzione di controllo dell'inflazione e poi come leva di crescita economica.

A queste modifiche strutturali si affiancarono mutamenti decisivi a livello ideologico. Il neo liberismo (con la sua variante economica della teoria neoclassica) diventa il pensiero dominante, con importanti ricadute sul piano del diritto del lavoro. Da una lato si diffonde l'idea, già espressa molti anni prima⁷⁴, che la rappresentanza sindacale e la contrattazione collettiva costituiscono un monopolio socialmente nocivo per gli interessi dei lavoratori e per il funzionamento del mercato⁷⁵. Inoltre, si esprime l'opinione che, proprio in considerazione di tale funzione distorsiva, sarebbe necessario porre al centro del sistema il contratto individuale di lavoro quale fonte concorrente, se non prevalente, su quello collettivo, con una interpretazione che è stata definita di "neo contrattualismo radicale"⁷⁶. Inizia, inoltre, il dibattito sulla flessibilità del lavoro, con la richiesta di riduzione dei diritti individuali e collettivi dei lavoratori quale strumento di crescita dell'occupazione e di modernizzazione dell'impresa, per adeguarla alle esigenze richieste dalle innovazioni tecnologiche e produttive.

L'insieme di questi fattori stimolerà importanti modifiche nei contenuti del diritto del lavoro. Uno dei più grandi giuristi del dopoguerra, in una relazione del 1982, sottolineerà come la crisi del *welfare state* rimetteva in discussione "le stesse premesse dottrinali sui cui appare fondato il modello di diritto del lavoro", a seguito "del venir meno delle condizioni eccezionali di espansione delle economie occidentali dopo il 1945"⁷⁷. Sosteneva, inoltre, come "il grande processo in atto, di trasformazioni dell'apparato produttivo, e che è destinato a caratterizzare quanto meno il decennio in corso" richiedeva importanti modifiche in relazione ad inquadramenti, qualifiche, mobilità interaziendale, riqualificazione professionale, oltre alla eliminazione di "garantismi inutili o sproporzionati rispetto al risultato

⁷⁴ Hayek, *La società libera*, Vallecchi, 1969, 302 ss.

⁷⁵ Friedman, *Capitalismo e libertà*, Studio Tesi, 1987, 194 - 196

⁷⁶ Grandi, op. cit., 568, con riferimento alle tesi espresse da Epstein (*A Common Law for Labor Relations: a Critique of the New Deal Labor Legislation*, YLJ, 1983 p. 1357) e da Fried (*Individual and Collective Rights in Work Relation: Reflections on the Current State of Labor Law and Its Prospect*, UCLR, 1984, p. 1012).

⁷⁷ Giugni, *Il diritto del lavoro negli anni '80*, cit., 330.

conseguito⁷⁸. In seguito, affermava come la flessibilizzazione del rapporto di lavoro era cosa diversa dalla deregolazione, e che se la prima era necessaria per "dominare i processi di cambiamento tecnologico ed affrontare il correlato problema della disoccupazione", essa tuttavia non doveva essere confusa con "il vero e proprio neo-liberismo, che in Italia, al momento presente, non ha un largo seguito"⁷⁹. In tale ambito distingueva tra riforme imposte dal mutamento dei sistemi produttivi che sollecitavano, ad esempio, modalità più flessibili della legislazione sull'orario di lavoro ed altre richieste avanzate con forza dagli imprenditori in tema di riduzione delle tutele in materia di licenziamenti, di cui contestava la necessità e per la quale auspicava solo alcune riforme processuali e non sostanziali⁸⁰.

Il diritto del lavoro aveva dunque necessità di modifiche importanti ma con lo scopo del "mantenimento dell'alto livello delle garanzie acquisite ai lavoratori, e la loro estensione specie in senso orizzontale", con un garantismo da ripensare "secondo le esigenze di un'economia che è già alle soglie dell'età 'post industriale' e che richiede particolari velocità di decisione e di adattamento"⁸¹.

La lunga citazione di questo importante autore non ha solo intenti celebrativi per un maestro del diritto del lavoro, ma mette in luce la funzione stessa di questo ramo del diritto: interconnessione inevitabile con l'economia, adattamento della disciplina alle nuove esigenze da essa scaturenti ma riaffermazione della specifica funzione giuridica della materia in senso protettivo dei lavoratori e di bilanciamento delle garanzie individuali e collettive con le esigenze delle imprese. Insomma un diritto del lavoro sensibile ai "valori della cultura industriale, che sia in grado di coniugare gli obiettivi di socialità con gli obiettivi di efficienza"⁸².

5. Gli anni '90 ed il nuovo secolo: globalizzazione, cambiamento dei mercati e dei sistemi produttivi, vincoli economici europei.

Gli anni '90 e quelli successivi di inizio secolo sino ad oggi sono caratterizzati da modifiche geopolitiche ed economiche di tale importanza da cambiare in modo radicale le istituzioni statuali, la società e le strutture economiche e produttive. Si tratta di innovazioni così ampie e radicali che anche una loro descrizione sommaria sarebbe impossibile. Mi limiterò a

⁷⁸ *Ivi*, 327.

⁷⁹ Giugni, *Giuridificazione e deregolazione nel diritto del lavoro italiano*, in *Lavoro, legge contratti*, cit., 349 – 350.

⁸⁰ *Ivi*, 353 e 354.

⁸¹ Giugni, *Il diritto del lavoro negli anni '80*, cit., 331 – 332.

⁸² *Ivi*, 334.

prendere in considerazione soltanto alcuni dei mutamenti più importanti che hanno maggiormente influenzato l'evoluzione del diritto del lavoro, con una visione sintetica relativa a processi in realtà caratterizzati da fasi e stadi diversi, che, per la loro complessità, non possono neanche essere accennati.

Un primo fattore determinante di cambiamento di questo ramo del diritto è la globalizzazione. Il riferimento è ad un processo tipico anche di altre fasi della storia umana, ma che, per quanto riguarda l'analisi qui svolta, ha particolarmente interessato il nostro pianeta dagli inizi degli anni '80 in poi (terza globalizzazione). In senso lato possiamo definire questa realtà come il progressivo allargamento della sfera delle relazioni sociali all'intero pianeta, con fenomeni di elevata intensità e rapidità su scala mondiale in campo economico, sociale, culturale ed ideologico. Questo processo tende a superare le barriere materiali e immateriali alla circolazione di persone, di cose, informazioni, conoscenze ed idee, uniformando condizioni economiche, stili di vita, "visioni della realtà" in conformità con il modello occidentale. Dal punto di vista più strettamente economico si tratta un ampliamento ed integrazione dei mercati delle merci, dei capitali e del lavoro ed in un allargamento delle aree di scambio e delle filiere produttive⁸³. La globalizzazione è il frutto di un insieme di fattori di carattere politico⁸⁴, tecnologico⁸⁵, ideologico⁸⁶, economico⁸⁷.

⁸³ La bibliografia sulla globalizzazione è sterminata. Si vedano almeno, e senza alcuna pretesa di completezza, Beck, *Che cos'è la globalizzazione. Rischi e prospettive della società planetaria*, Carocci, 1997; Bauman, *Dentro la globalizzazione. Le conseguenze sulle persone*, Laterza, 1998; Gallino, *Globalizzazione e disuguaglianze*, Laterza, 2000; Stiglitz, *La globalizzazione e i suoi oppositori*, Einaudi, 2002; Rodrik, *The Globalization Paradox*, W. W. Norton & Company, 2011.

⁸⁴ Ad es. la fine dell'Unione Sovietica e del "socialismo reale"; la scelta, da parte della Cina, di adottare integralmente l'economia di mercato pur mantenendo una struttura politica di tipo comunista, con ampliamento a dismisura dell'area degli scambi; la eliminazione di vincoli normativi che riducono la libertà delle transazioni economiche e commerciali ("Washington consensus"); la scelta per le economie di mercato da parte di paesi che tradizionalmente ne erano esclusi; la soppressione di limiti protezionistici agli scambi e la facilitazione degli investimenti esteri; l'abbandono delle politiche kyenesiane di governo dell'economia ecc.

⁸⁵ Il riferimento è, ovviamente, alle nuove tecnologie informatiche e digitali in grado di ridurre drasticamente i tempi, i costi e gli ostacoli tecnici delle comunicazioni a distanza.

⁸⁶ La diffusione del liberismo ed il tramonto delle ideologie comuniste e di socialismo democratico; l'adozione di modelli ordo liberali basati sulla economia sociale di mercato o su forme di liberalismo più integrale, che prevedono una riduzione drastica dell'intervento dello stato nella gestione della economia e della società.

⁸⁷ La finanziarizzazione dell'economia; la creazione di un unico mercato internazionale di merci, capitali, lavoro con fenomeni di accentuata interdipendenza finanziaria (le borse integrate telematicamente e la conseguente interconnessione delle fasi di crescita o di regresso dei mercati) ed economica (le crisi o lo sviluppo di determinate aree economiche del mondo si riflettono su altri paesi molto lontani geograficamente); l'ingresso di nuovi soggetti economici in grado di influenzare l'economia mondiale (ad es. la Cina) ecc.

Per quanto attiene ai rapporti di lavoro, essa produce conseguenze di straordinaria importanza. In un mercato ormai unico, si affacciano paesi in grado di produrre a costi molto più ridotti, con prezzi più competitivi ed a pari condizioni tecnologiche. Questo valore aggiunto è legato in via principale alla entità irrisoria dei salari rispetto agli standard occidentali⁸⁸. Inoltre, vanno considerate anche l'assenza di discipline a tutela dei lavoratori oltre che alla mancanza di organizzazioni sindacali (con riduzione drastica, quindi, dei costi diretti ed indiretti connessi ai vincoli normativi e alle politiche sindacali). Ne deriva, in primo luogo una riduzione della capacità produttiva delle imprese occidentali (per la diminuzione della domanda aggregata), con i conseguenti riflessi occupazionali. Il *dumping* salariale esercitato da questi paesi produce enormi pressioni sulla dinamica delle remunerazioni dei lavoratori, imponendo alle organizzazioni sindacali strategie di contenimento delle retribuzioni e di moderazione delle richieste di incrementi salariali, in un contesto generale di una minore distribuzione ai salari della quota di valore aggiunto della ricchezza nazionale. Inoltre, in nazioni occidentali caratterizzate da costi del lavoro elevati (per finanziare, in misura più o meno accentuata, lo stato sociale), la concorrenza "al ribasso" descritta sollecita la riduzione delle tutele normative, al fine di ridurre i costi indiretti esercitati sulle imprese (v. § 2) e per aumentare la loro competitività. L'apertura dei mercati e la necessità di resistere ai fenomeni di *dumping* descritti spinge le imprese alle delocalizzazioni nei paesi a costi del lavoro assai ridotti, con i connessi effetti di riduzione dell'occupazione.

La liberalizzazione dei capitali e le nuove tecnologie (che hanno eliminato le barriere spazio temporali), oltre a stimolare la crescita a dismisura del mercato borsistico e la finanziarizzazione dell'economia, determinano una accentuata mobilità negli investimenti ed un'ulteriore integrazione economica tra paesi e soggetti produttori e distributori. Il capitale perde (o riduce) la sua dimensione territoriale, si internazionalizza e diventa anche esso "globale". Tale mobilità incide sulle convenienze economiche delle imprese ad aprire e chiudere attività produttive, con i connessi riflessi occupazionali. In senso generale si assiste ad un fenomeno

⁸⁸ Nel 2000 Gallino scriveva che "il costo del lavoro (oneri sociali inclusi) nell'industria manifatturiera nella Germania occidentale ammontava a 44 marchi l'ora. Nel medesimo anno esso era di 36 marchi in Giappone, 3, 5 marchi in Polonia e 1(uno) in Indonesia" (Gallino, *Globalizzazione e disuguaglianze*, cit., 26). I 26 anni trascorsi non hanno mutato in modo significativo la situazione. Secondo Eurostat (l'Istituto di statistica europeo), nel 2014 il costo del lavoro orario era di 3,8 Euro per la Bulgaria, 4, 6 Euro per la Romania, 28, 3 Euro in Italia (rispetto ad una media europea di 29 Euro). In base ai dati del Fondo Monetario internazionale riferiti al 2010, il costo del lavoro (comprensivo dei contributi) *per anno* del salario minimo è di 672 dollari per la Cambogia, 993 per l'India, 1089 per l'Indonesia, 2.250 per la Cina, 2.451 per la Thailandia!

di inasprimento della concorrenza, di ricerca di prezzi e costi più convenienti su scala internazionale. Tali fenomeni spingono ulteriormente ad incidere su tutti i fattori, anche normativi, che costituiscono un ostacolo al nuovo "valore assoluto" della "imperativa 'regola' capitalistica dei costi"⁸⁹ e stimolano processi di deregolazione dell'apparato di tutele garantito dal diritto del lavoro, che, come si è più volte detto, incide, sull'assetto economico dell'impresa.

Un altro fattore di determinante importanza è costituito dall'innovazione tecnologica. Il processo innovativo, iniziato negli anni '80 con la rivoluzione informatica, si sviluppa in modo tumultuoso prima con la diffusione delle ICT, poi con le nuove frontiere della economia digitale. Essa produce effetti molteplici sui rapporti di lavoro. La robotizzazione e la diffusione di macchinari sempre più intelligenti e capaci di sostituire il lavoro umano influenza le dinamiche occupazionali⁹⁰. Le tecnologie impongono nuove professionalità, con rapida obsolescenza di quella esistenti. Esse inoltre determinano enormi incrementi di produttività, con tutte le annesse conseguenze in termini di occupazione e salario. Sono inoltre in grado di incidere sullo spazio e sul tempo del lavoro produttivo, consentendo prestazioni a distanza (ad es. telelavoro) o addirittura in assenza di un luogo fisico in cui si svolge l'attività ed in mancanza di vincoli più o meno rigidi di orario. Senza dimenticare gli approcci più recenti del lavoro tramite piattaforme digitali, in cui manca il contatto diretto tra lavoratore e committente e la prestazione si svolge pressoché esclusivamente in rete⁹¹.

Alla innovazione tecnologica si accompagna la diffusione di nuove forme di organizzazione del lavoro (*lean production*, *just in time*, qualità totale, "catena del valore" di M. Porter), con l'introduzione di sistemi produttivi "post fordisti", diretti a soddisfare esigenze di consumo più

⁸⁹ Carabelli, *Organizzazione del lavoro e professionalità: una riflessione su contratto di lavoro e post-taylorismo*, in *DLRI*, 2004, p. 75.

⁹⁰ Nel 1995 Jeremy Rifkin (*La fine del lavoro*, Baldini & Castoldi, 1995) già analizzava l'effetto sostitutivo del lavoro umano provocato dalle nuove tecnologie, profetizzando una società senza lavoratori. Oggi questa profezia, pur non completamente avverata, sembra ancora più realistica in presenza di macchine che si guidano da sole o sostituiscono lavori altamente qualificati (avvocato, medico), creando un divario sempre più forte tra ricchi e poveri (Brynjolfsson, McAfee, *La nuova rivoluzione delle macchine. Lavoro e prosperità nell'era della tecnologia trionfante*, Feltrinelli 2015; Staglianò, *Al posto tuo. Così web e robot ci stanno rubando il lavoro*, Einaudi, 2016).

⁹¹ Tra le ultime espressioni di queste nuove forme di lavoro si veda Joebee, che è una piattaforma digitale per il reperimento di lavoratori occasionali, che lavorano in rete e vengono remunerati con l'e-banking. Negli Stati Uniti sono presenti ormai oltre 3 milioni di "crowdworkers", lavoratori che svolgono le loro prestazioni tramite piattaforme digitali.

personalizzate e meno massificate⁹². Queste innovazioni tendono ad affiancare alla impresa taylorista a struttura verticale (che rimane nel sistema produttivo ma che non ne costituisce più la modalità esclusiva o prevalente) quella "dell'impresa leggera e snella del post – taylorismo, con ampia diffusione delle pratiche sia di *esternalizzazione* (c.d. *outsourcing*) di parti o fasi dell'attività stessa, sia di organizzazione reticolare della produzione"⁹³. In questa fase ulteriore, superando lo step iniziale dei processi di esternalizzazione, si tendono a costituire, a fianco o in sostituzione dell'impresa verticalizzata, "reti di enti relativamente indipendenti, enti costituiti sia da aziende collocate nel mercato, sia di unità organizzative interne alle imprese (che hanno nomi come divisioni, *profit center* etc., e che agiscono come fossero imprese"⁹⁴. Si è in presenza di processi di "smaterializzazione" della produzione e della creazione di filiere produttive (con vere e proprie catene di produzione e di valore) su scala planetaria.

Per misurare gli sviluppi più recenti di questo lungo processo di innovazione, può essere utile fare riferimento ad una recente analisi, che sottolinea come, nei settori produttivi più innovativi e a vocazione internazionale, si è verificata una radicale trasformazione dell'impresa. Quest'ultima è ormai caratterizzata da "produzione di beni e servizi immateriali; economia dei servizi e della conoscenza; digitalizzazione della produzione materiale (la tecnica a stampa 3d), l'interconnessione in rete non solo tecnologica ma anche sociale e produttiva (il contratto di rete come forma di organizzazione, produzione e innovazione sociale); automazione spinta, non soltanto sostitutiva di lavoro umano ma di affiancamento; conoscenza ed intelligenza non soltanto incorporate nella macchina ma quale risorsa produttiva e capacità di intervento umano creativo nei processi di produzione, e, dunque, come *driver* della produzione e dello sviluppo; coinvolgimento costante della risorsa umana, a ogni livello, non soltanto a livello *high*, nei processi di innovazione e di

⁹² Su tali aspetti cfr., per tutti, Carabelli, op. cit., 2004, 75 ss.; per la qualità totale A. Galgano, *Qualità totale. Il metodo scientifico nella gestione aziendale*, Guerini e Associati, 2008; per la "catena del valore" Porter, *The Competitive Advantage: Creating and Sustaining Superior Performance*, Free Press, 1998 (ma 1985); per la *lean production* Womak, Jones, Roos, *The Machine that Changed the World*, Free Press, 2007.

⁹³ Carabelli, *Organizzazione del lavoro e professionalità*, cit., 75.

⁹⁴ Butera, *La flessibilità: da fonte di regolamentazione a componente di nuovi modelli di regolamento nelle organizzazioni*, in AA.VV., *La sfida della flessibilità*, Angeli 1988, 58. Sulle esternalizzazioni cfr. anche Speziale, *Le "esternalizzazioni" dei processi produttivi dopo il d.lgs. 276 del 2003: proposte di riforma*, in RGL, 2006, 3.

miglioramento dal basso (metodo *kaizen*), con centralità delle competenze più che della professionalità⁹⁵.

Un ruolo certamente non meno importante è svolto, per quanto riguarda i paesi occidentali, dalla creazione dell'Unione Europea e dai vincoli economici derivanti dalla nuova architettura istituzionale. Il trattato di Maastricht segna, tra le altre cose, la nascita dell'Unione economica e monetaria, finalizzata all'introduzione di una nuova moneta (che sarebbe entrata in vigore dal 1 gennaio 2002), con la previsione di rigidi parametri economici (detti di "convergenza"), tra cui particolare importanza rivestono il rapporto deficit/Pil non superiore al 3% e il rapporto debito/Pil che non deve eccedere il 60%. Tali parametri, inclusi dopo Maastricht nell'art. 121, par. 1, del Trattato di Roma che istituisce la Comunità Europea (TCE), saranno - a seguito della crisi dell'economia mondiale del 2007/2008 - successivamente inseriti nel Patto di Stabilità e Crescita, nel Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea ed altre fonti⁹⁶, con l'introduzione di vincoli ulteriori rispetto al rapporto debito/Pil. Tra questi, l'obbligo degli Stati membri di convergere verso il pareggio di bilancio (come previsto dall'art. 81 della nostra Costituzione, recentemente riformato), un miglioramento annuale del deficit di almeno lo 0,5%, una riduzione del debito eccedente il 60% del Pil nella misura di 1/20 all'anno per raggiungere la percentuale massima prevista. Lo scostamento da tali parametri determina sanzioni economiche, in un contesto, tra l'altro, di rafforzamento della sorveglianza economica e di bilancio degli Stati membri a favore della Commissione Europea, a cui sono stati attribuiti notevoli poteri di ingerenza sulle leggi di bilancio nazionali⁹⁷.

In questo contesto di vincoli economici, le politiche keynesiane, che già nel corso degli anni '80 erano state ridimensionate, tramontano definitivamente. Il mancato sostegno pubblico della domanda aggregata, l'impossibilità di utilizzare il *deficit spending* e l'indebitamento (soprattutto per l'Italia, caratterizzata da uno dei debiti pubblici più elevati al mondo) avranno effetti depressivi sulla crescita dell'economia e sui livelli occupazionali. La moneta unica inibisce inoltre l'utilizzazione delle "svalutazioni competitive" (la unilaterale riduzione del tasso di cambio della moneta nazionale per favorire le ragioni di scambio con altri paesi), determinando, in una realtà economica come quella italiana a forte

⁹⁵ Caruso, *Impresa, lavoro, diritto nella stagione del Jobs Act*, in *DLRI*, 2016, 261 - 262. Ma, per una diversa visione v. Perulli, *L'idea del diritto del lavoro, oggi, cit.*, 28 ss.

⁹⁶ Art. 126 TFUE; Protocollo 12 allegato al Trattato; Regolamento (CE) n. 1467/97; Regolamento (UE) n. 1173/2011.

⁹⁷ Per l'analisi di tali aspetti cfr. Speziale, *Le politiche del lavoro del Governo Renzi: il Jobs Act e la riforma dei contratti e di altre discipline del rapporto di lavoro*, in *WP D'Antona.IT*, 233/2014, 6 ss.

vocazione esportatrice, la eliminazione di una leva di competitività fondamentale, con aggravamento delle conseguenze già descritte.

6. La risposta degli ordinamenti giuridici ai mutamenti nei sistemi economici e produttivi: la flessibilità del lavoro.

I fenomeni descritti nei precedenti paragrafi delineano "un cambiamento che assume le caratteristiche sistemiche e paradigmatiche sussunte da Polanyi nel processo definito 'grande trasformazione'"⁹⁸. Ed è chiaro che essi dovevano necessariamente influenzare il diritto del lavoro, sensibile, come si è visto, a tutte queste innovazioni. Ho già avuto modo di dire che la *golden age* del diritto del lavoro (gli anni della crescita costante dei diritti) è "il frutto di tre variabili fondamentali: a) economie di carattere nazionale; b) politiche economiche keynesiane; c) mercati concorrenziali più limitati"⁹⁹. Le grandi trasformazioni successive hanno sollecitato profonde revisioni della materia.

In effetti l'analisi dei mutamenti iniziati negli anni '80 e poi sviluppati nei trenta anni successivi rimette in discussione tutti gli aspetti del rapporto di lavoro. A livello *macro* sono coinvolti i salari, l'occupazione, l'inflazione, la crescita del Pil, il costo del lavoro, la distribuzione dei redditi ecc. Nella dimensione *micro* sono interessati l'organizzazione del lavoro, le professionalità, la produttività, i costi di produzione delle imprese, i tempi di lavoro e così via. In definitiva tutti gli aspetti relativi al mercato del lavoro (dove si regola l'incontro tra domanda ed offerta di prestazioni lavorative) ed al contratto di lavoro (assunzioni; mansioni, qualifiche, inquadramenti; orario; contenuti dell'attività lavorativa, relazioni tra contratto individuale ed organizzazione ecc.) sono cambiati. Inoltre anche il sistema sindacale viene ad essere profondamente influenzato da queste nuove realtà che incidono su fattori determinanti, quali gli interessi collettivi rappresentati, la funzione del contratto collettivo, il tasso di sindacalizzazione, il ruolo dell'ordinamento intersindacale nei confronti dello Stato e dell'Unione Europea, la capacità di rappresentare effettivamente i lavoratori ecc.¹⁰⁰

Per un diritto come quello del lavoro, profondamente "impregnato" di economia, il cambiamento era dunque inevitabile, pena il venir meno della

⁹⁸ Caruso, op. cit., 255; Romagnoli, *Diritto del lavoro e quadro economico: nessi di origine e profili evolutivi*, in *DLRI*, 2013, 592

⁹⁹ Speziale, *La riforma del licenziamento individuale*, cit., 347 – 348

¹⁰⁰ Caruso (op. cit., 256) parla addirittura di un ordinamento intersindacale ormai non più autonomo ma "perduto" o "eclissato". Su questo argomento, cfr. anche Perulli, *L'idea del diritto del lavoro, oggi*, cit., 23.

sua stessa funzione di strumento di "civilizzazione", di emancipazione e di inclusione sociale. La risposta degli ordinamenti giuridici (non solo di quello italiano) è stata quella della flessibilità. L'assunto fondamentale è che l'apparato garantistico introdotto dalla legge e dai contratti collettivi renderebbe il rapporto di lavoro eccessivamente "rigido". Tale rigidità non consentirebbe di adattare la prestazione ai mutati assetti organizzativi delle imprese; penalizzerebbe le stesse professionalità dei lavoratori, impedendo variazioni nelle mansioni richieste dai nuovi modi di produrre ed influenzando anche la qualità delle *performance*; avrebbe effetti negativi sull'occupazione; impedirebbe ai salari di remunerare i diversi apporti individuali dei dipendenti, romperebbe il legame tra remunerazione e produttività ecc. Per risolvere tali problemi la strada è quella di riforme che rendano il rapporto di lavoro più flessibile, modificandone i contenuti con risultati che – senza essere peraltro mai enunciati da parte dei regolatori pubblici (ordinamenti nazionali ed europeo) e degli *opinion makers* (tra cui le grandi istituzioni economiche internazionali) – concretamente richiedono una riduzione dei diritti dei lavoratori. Nel sistema giuridico italiano, le tecniche per realizzare l'obiettivo di flessibilizzazione del rapporto vanno dalla devoluzione alla contrattazione collettiva di poteri derogatori della disciplina legale alla introduzione di riforme legislative che, concretamente, modificano l'assetto normativo preesistente, riattribuendo alle imprese gran parte delle prerogative manageriali messe in discussione da decenni di sviluppo del diritto del lavoro.

Come si è visto, le regole in materia di lavoro (di fonte legale e contrattuale) possono introdurre rigidità organizzative che limitano l'efficienza dell'impresa (si pensi alla disciplina in tema di orario di lavoro o di mansioni) o che incrementano i suoi costi di produzione. Se l'impresa cambia anche la regolazione del lavoro deve cambiare. Ed analoghe conclusioni possono riguardare le dimensioni *macro*, quando, ad es., un costo del lavoro eccessivo può avere effetti negativi sulla dinamica occupazionale. Tuttavia le riforme dovrebbero sempre considerare, come "bene primario" da proteggere, i diritti dei lavoratori. Molti anni fa, uno dei padri fondatori di questa materia osservava che "il diritto del lavoro ha una funzione essenziale, la tutela dei lavoratori, mentre la tutela dei datori di lavoro non è una funzione specifica e diretta della nostra disciplina, ma piuttosto, del diritto comune"¹⁰¹. E la necessaria implicazione della dimensione economica del lavoro – che ha connotato questa disciplina sin dalle origini e non è certamente conseguenza della "mondializzazione" dell'economia (§ 2) – non dovrebbe far dimenticare che questo ramo del

¹⁰¹ F. Santoro Passarelli, *Specialità del diritto del lavoro*, in *RGL*, 1967, I, p. 3.

diritto deve essere in grado, come già detto, di "coniugare gli obiettivi di socialità con gli obiettivi di efficienza"¹⁰².

A distanza di oltre trent'anni dall'inizio delle riforme "flessibili" del lavoro (che si sono succedute dagli anni '80 e non sono ancora finite), si può tranquillamente dire che il risultato è quella di una drastica riduzione dei diritti dei lavoratori sia sul piano normativo, sia su quello salariale, oltre ad un indebolimento - sotto il profilo della effettività delle tutele - del sistema sindacale. Un risultato quest'ultimo frutto di diversi fattori, tra cui anche di una globalizzazione dell'economia che penalizza la struttura, ancora tipicamente nazionale, di un sindacato che deve invece confrontarsi con imprese che hanno abbandonato la dimensione statale e si muovono in un contesto senza confini politici. In linea generale si può affermare che il diritto del lavoro ha visto un notevole impoverimento dei suoi contenuti protettivi ed ha addirittura, come vedremo, assunto funzioni ed obiettivi completamente diversi. Si potrebbe sostenere che questa strada era in qualche misura obbligata in considerazione dei mutamenti epocali in precedenza descritti. In uno spazio globale gli istituti fondamentali del diritto del lavoro (legge e contratto collettivo) "costruiti per regolare la concorrenza nei mercati nazionali e proteggerne i protagonisti, sono progressivamente spiazzati per il fatto che la concorrenza supera le barriere dei singoli Stati"¹⁰³. Inoltre, in un mercato mondiale caratterizzato da una sfrenata concorrenza, i lavoratori dei paesi occidentali, per evitare conseguenze ancora più dannose, "cedono diritti"¹⁰⁴ e "le regole del lavoro *made in Europa* (vengono) rimodellate sotto la pressione ricattatoria della *business community* internazionale, adeguandosi ai parametri imposti dalle imprese globalizzate"¹⁰⁵.

Queste osservazioni colgono una realtà indiscutibile, che spiega anche le ragioni di un processo di deregolazione così accentuato. Tuttavia la risposta degli ordinamenti giuridici (la drastica riduzione dei diritti dei lavoratori) non era l'unica soluzione possibile. Infatti, anche in epoche lontane nel tempo, i migliori trattamenti economici e normativi dei lavoratori avevano determinato profonde tensioni su sistemi economici, che sono state peraltro "metabolizzate" con cambiamenti che non hanno necessariamente comportato una riduzione degli standard protettivi garantiti dal diritto del lavoro¹⁰⁶. In tempi recenti, gli Stati Uniti,

¹⁰² Giugni, *Il diritto del lavoro negli anni '80*, cit., 334

¹⁰³ Treu, *Le istituzioni del lavoro nell'Europa della crisi*, cit., 599

¹⁰⁴ Romagnoli, *Diritto del lavoro e quadro economico*, cit., 587

¹⁰⁵ Romagnoli, *Diritto del lavoro*, cit., 442

¹⁰⁶ L'esempio più recente è dato dal periodo successivo alla seconda guerra mondiale. In tutto il mondo occidentale, infatti, si è assistito ad un aumento dei diritti dei lavoratori accompagnata da sviluppo economico e benessere sociale. Ed anche in epoche precedenti,

successivamente alla crisi dei *subprime* del 2007/2008 che ha innescato una recessione mondiale, hanno risposto con politiche keynesiane di intervento pubblico e di *deficit spending* (oltre ad una regolazione monetaria fortemente espansiva). Queste scelte hanno consentito – a parità della (pur ridotta rispetto al modello europeo) disciplina dei rapporti di lavoro – il superamento delle difficoltà ed un lungo periodo di espansione dell'economia. Per tornare all'Europa, un esempio evidente di alternativa alla deregolazione del diritto del lavoro è dato dalla Germania che, pur avendo introdotto importanti riforme nel proprio assetto giuridico (anche con un certo grado di flessibilizzazione del rapporto di lavoro), è riuscita a coniugare alti livelli di tutela individuale e collettiva del lavoro con elevati standard di benessere e di efficienza del sistema economico¹⁰⁷.

Le politiche di deregolazione, dunque, non erano certamente l'unica opzione disponibile e i profondi cambiamenti di cui il diritto del lavoro aveva bisogno avrebbero potuto essere realizzati con strumenti alternativi, che garantissero tutele adeguate dei lavoratori. In realtà, oltre che ad una risposta errata alle pressioni competitive derivante dai fenomeni già descritti, la flessibilità del lavoro è anche espressione di una vera e propria ideologia e costituisce il riflesso della egemonia culturale neoliberista. Oltre 10 anni fa un giurista di grande spessore, nel commentare le riforme introdotte dal d.lgs. 276/2003 parlava di "un approccio parziale e distorto", che "ha enfatizzato e moltiplicato le flessibilità, in particolare quelle con un'enfasi ideologica che sopravvaluta gli stessi bisogni di flessibilità manifestati dalle imprese"¹⁰⁸. Tuttavia questo vero e proprio "mito"¹⁰⁹ non avrebbe conseguito il successo che ha avuto se non fosse stato fatto proprio dalle grandi istituzioni economiche (Ocse, Banca Centrale Europea, Fondo Monetario Internazionale) e della stessa Commissione Europea (v. § 7). La flessibilizzazione dei rapporti di lavoro ha costituito la linea guida portante dell'Europa, con un grado di vincolatività sempre crescente nel tempo, man mano che l'integrazione economica europea si rafforzava¹¹⁰. Un simile orientamento ha avuto un ruolo determinante nell'imporre scelte nazionali in tema di flessibilità che probabilmente non vi sarebbero state o avrebbero avuto contenuti diversi.

anteriori alle economie keynesiane post 1929, l'incremento nelle tutele individuali e collettive nel lavoro non ha impedito una crescita costante del sistema capitalistico, interrotto dalla crisi del mercato finanziario e dalle risposte economiche errate proprie della economia standard, superate poi dal *New Deal* ispirato da J. Maynard Keynes.

¹⁰⁷ Perulli, *L'idea del diritto del lavoro, oggi, cit.*, 32

¹⁰⁸ Treu, *Proposte di riforma del lavoro, RGL*, 2005, I, p. 417

¹⁰⁹ Perulli, *La riforma del mercato del lavoro: bilancio e prospettive*, in L. Mariucci (a cura di), *Dopo la flessibilità, cosa? Le nuove politiche del lavoro*, Il Mulino, 2006, 193

¹¹⁰ Perulli, *L'idea del diritto del lavoro, oggi, cit.*, 23

Tra l'altro, gli obiettivi che di volta in volta sono stati utilizzati per giustificare la flessibilità non sono stati raggiunti. Il primo era quello dell'incremento dell'occupazione. In una situazione caratterizzata da una scarsa dinamica occupazionale, la deregolazione del diritto del lavoro è stata fortemente sostenuta come l'unica condizione per migliorare la situazione. Da questo punto di vista, pur nell'ambito di oscillazioni assai consistenti¹¹¹, la serie storica del tasso di occupazione e disoccupazione in Italia dal 1977 al 2012 rivela come in effetti le variazioni siano state del tutto indipendenti dalla accentuata flessibilizzazione dei rapporti di lavoro, ed ha messo in luce fenomeni assai preoccupanti con il raddoppio del tasso di disoccupazione nel Mezzogiorno e l'accresciuta difficoltà dei giovani a trovare lavoro¹¹².

In particolare il rapporto tra gli occupati e la popolazione presa a base di calcolo (che costituisce il dato più significativo per verificare la effettiva partecipazione al mercato del lavoro) si colloca tra percentuali che oscillano tra il 53 ed il 58,7% e questo nonostante gli incrementi demografici e la forte regolarizzazione dei lavoratori stranieri avvenuta nello scorso decennio. E si è sottolineato come, al netto di queste sanatorie che, nel periodo 2002 – 2008, hanno reso "visibili" lavoratori non ricompresi nelle statistiche, "la reale crescita occupazionale risulta assai contenuta"¹¹³. Diversi studi hanno rilevato come "non esiste una correlazione positiva tra flessibilizzazione del mercato del lavoro e crescita occupazionale"¹¹⁴ e che "l'aumento della flessibilità del mercato del lavoro non favorisce la riduzione della disoccupazione"¹¹⁵. Infatti, la dinamica dell'occupazione dipende dal livello di domanda aggregata e degli investimenti produttivi e, in tale contesto, "il ruolo del mercato del lavoro (e delle sue caratteristiche) è molto meno importante di quello che si potrebbe pensare"¹¹⁶.

¹¹¹ In Italia, ad es., la disoccupazione era all'8,9% nel 1990, all'11,2% nel 1995, al 6,8% nel 2006, al 12,2% nel 2013. Si rinvia, sul punto, alle indicazioni, riferite anche ad altri paesi europei e tratte dall'Eurostat, fornite da Realfonzo, Tortorella Esposito, *Gli insuccessi nella liberalizzazione del lavoro a termine* (13 maggio 2014), <http://economiaepolitica.it>, p. 4.

¹¹² In tal senso lo studio Istat (*Occupati e disoccupati: dati ricostruiti dal 1977*, www.istat.it, 2013, p. 1 ss.). L'analisi non pone in correlazione la flessibilità del lavoro con i tassi di occupazione e disoccupazione, ma l'esame dei dati dimostra, comunque, come l'occupazione sia diminuita e la disoccupazione aumentata anche in anni caratterizzati da forti interventi di flessibilizzazione del mercato del lavoro.

¹¹³ Fumagalli, *Le insostenibili leggerezze del Jobs Act* (4 settembre 2014), <http://www.economiaepolitica.it> 2014.

¹¹⁴ Ivi, 2

¹¹⁵ Realfonzo, Tortorella Esposito, op. cit., 9

¹¹⁶ Rodano, *Il mercato del lavoro italiano prima e dopo il Jobs Act*, <http://www.pietroichino.it>. Questo autore sottolinea il ruolo "passivo" del mercato del lavoro: "i livelli dell'occupazione e della disoccupazione sono decisi altrove", perché "l'occupazione aumenta quando le imprese utilizzano più lavoro e ciò avviene quando nel mercato (dei beni!) si accresce la richiesta di

Senza dimenticare, d'altra parte, come l'accentuata flessibilità dei rapporti di lavoro, realizzata per mezzo della diffusione di tipologie di contratti temporanei, ha determinato fenomeni di elevata precarizzazione, con incremento esponenziale dei rapporti di lavoro non standard ed un effetto sostitutivo tra lavoro precario e quello stabile¹¹⁷. Una situazione, quest'ultima, che non è solo italiana, ma di carattere più generale¹¹⁸. Inoltre, la diffusione di contratti di lavoro non stabili incide negativamente sulla produttività del lavoro¹¹⁹. E se si considerano le conseguenze negative della precarizzazione in termini di reddito, aspettative per il futuro, possibilità di programmare la propria vita ci si rende conto di come è la stessa qualità dell'esistenza ad essere messa in discussione.

La diffusione di contratti temporanei ha assunto caratteri così accentuati da spingere recentemente il legislatore ad introdurre sgravi contributivi assai consistenti diretti a favorire la stabilità dell'occupazione, insieme ad una radicale riforma dei licenziamenti, che rende più agevole il recesso. Quest'ultimo intervento legislativo dovrebbe stimolare assunzioni non precarie perché eliminerebbe il timore di una difficile interruzione del rapporto. La riduzione del costo del lavoro ha prodotto risultati positivi, determinando un incremento dei contratti a tempo indeterminato, anche se il ridimensionamento nel 2016 del beneficio economico ha ridotto il trend¹²⁰. E al momento, anche se non è possibile arrivare a conclusioni definitive, sembra si possa affermare che l'incremento dei lavori stabili sia

prodotti delle imprese". Sulla inesistenza di una correlazione positiva tra flessibilità del lavoro e incremento dell'occupazione mi permetto di rinviare a Speciale, *Le politiche del lavoro del Governo Renzi*, cit., 13 ss.; Fabrizi, Peragine, Raitano, *Flessibilità e lavoro in Europa: la teoria economica e l'evidenza empirica*, in Chieco P. (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro – Commentario della legge 28 giugno 2012, 92*, Cacucci, 2013, 49 ss. Con particolare riferimento al rapporto tra occupazione e disciplina dei licenziamenti, oltre agli a. già citati cfr. Speciale, *La riforma del licenziamento individuale*, cit., 356 ss.

¹¹⁷ Fumagalli, *Le insostenibili leggerezze del Jobs Act*, cit., 1 ss.

¹¹⁸ Si è osservato che "la precarietà del lavoro aumenta, come dimostra l'Ocse nel suo *Employment Outlook 2014* (in cui si descrive l'impennata nell'uso dei contratti temporanei in vari paesi dell'Ocse negli ultimi 25 anni)": Perulli, *L'idea del diritto del lavoro, oggi*, cit., 31.

¹¹⁹ Fabrizi, Peragine, Raitano, op. cit., 58. Quando era Governatore della Banca d'Italia Mario Draghi aveva osservato che, con la diffusione di contratti precari, "si indebolisce l'accumulazione di capitale umano specifico, con effetti alla lunga negativi su produttività e profittabilità" (Draghi, *Crescita, benessere e compiti dell'economia politica*, in www.bancaditalia.it, p. 7).

¹²⁰ L'Osservatorio sul precariato dell'Inps del Gennaio 2016, riferito all'intero anno precedente (www.inps.it, p. 1), sottolinea come vi è stato un incremento dei contratti a tempo indeterminato pari al 54%. Di questi, il 62% del totale, risulta beneficiario dell'esonero" (il dato è stato successivamente corretto al 60,8% nel Report di agosto 2016) (www.inps.it, 1). Nei primi 8 mesi del 2016 si è registrato un calo del 32,9% delle assunzioni stabili rispetto allo stesso periodo del 2015. Di queste nuove assunzioni i rapporti agevolati rappresentano il 32,8%, in presenza, sempre per il 2016, di una consistente riduzione della agevolazione contributiva rispetto all'anno precedente.

più legato alla riduzione del costo del lavoro che al drastico ridimensionamento delle tutele in materia di licenziamento¹²¹.

In verità, un'analisi in senso diacronico della flessibilizzazione dei rapporti di lavoro negli ultimi trenta anni mette in evidenza come l'obiettivo economico fondamentale perseguito sia stato quello di ridurre i costi diretti ed indiretti delle imprese, legati, come si è visto, sia alla dinamica salariale, sia alle discipline giuridiche che riducono le prerogative imprenditoriali nella gestione del fattore lavoro (§ 2). Vi è stata, dunque, la scelta a favore di un modello di competitività puramente di costo¹²², di scarsa efficienza in presenza di realtà economiche (Cina, India, Paesi orientali o dell'ex Est europeo) i cui costi produttivi e del lavoro sono enormemente inferiori e tali da rendere improponibile forme di concorrenza basate su tali elementi. E questo senza volere considerare i dirompenti effetti di segmentazione del mercato del lavoro e di diffusa sensazione di incertezza nelle proprie aspettative di vita che ha radicalmente modificato il senso stesso del lavoro quale strumento di emancipazione sociale.

7. La funzionalizzazione del diritto del lavoro in senso economico.

Le trasformazioni politiche, economiche sociali e giuridiche della parte finale del '900 e dei primi 16 anni di questo secolo non hanno solo cambiato il contenuto del diritto del lavoro. Esse hanno determinato anche una radicale trasformazione della sua stessa funzione. Questo processo, determinato dai fattori storici ampiamente descritti (mondializzazione dell'economia, innovazioni tecnologiche, fine dello Stato sociale ecc.), è anche il prodotto del neo liberismo e della sua variante economica (la teoria neoclassica) e giuridico economica (la *Law and Economics*). L'influenza di queste teorie, già iniziata negli anni '80 con il "neo contrattualismo radicale" (§ 4), si rafforza notevolmente nel decennio successivo. In un testo del 1992, che forniva un quadro comparativo delle varie esperienze

¹²¹ In base ad un Recente rapporto sulla competitività pubblicato dall'Istat nel 2016, l'Ufficio Parlamentare di Bilancio (organismo indipendente che svolge una funzione autonoma di valutazione della finanza pubblica) sottolinea come "nei numeri si rinvia una incisività nettamente superiore delle agevolazioni contributive rispetto alla riforma del contratto di lavoro dipendente" (UpB, 2016, 95). Quanto poi alla quota di nuovi rapporti che non hanno usufruito della incentivazione economica, è assai problematico "isolare" la crescita dei rapporti stabili connessi alla riduzione delle tutele in materia di licenziamenti da altri fattori (crescita del Pil, diminuzione del costo delle materie prime ecc.: si rinvia, sul punto, sempre a UpB, 2016, 87 e nt. 87). Ed è quindi difficile poter spiegare quanto delle nuove assunzioni dipendono da variabili macroeconomiche generali o dall'effetto delle nuove regole sui licenziamenti.

¹²² Costabile, *Aspetti economici del Libro bianco del Ministero del lavoro*, in *Studi economici*, 77, 2002, p. 107 ss.

di flessibilità nei mercati del lavoro, si osservava che "con rare eccezioni la letteratura sulla flessibilità è strutturata in termini di economia neoclassica"¹²³, a dimostrazione della influenza che questo approccio teorico aveva già assunto.

Tuttavia il vero *turning point* va ravvisato nel Rapporto OCSE del 1994¹²⁴. In questo documento viene espressamente affermato che le insoddisfacenti *performance* occupazionali dell'Europa erano dovute alle rigidità del mercato del lavoro e una buona parte delle raccomandazioni rivolte agli Stati erano "più o meno direttamente riferite alla rimozione delle restrizioni giuridiche in materia di lavoro"¹²⁵. In particolare si chiedeva di ridurre il livello di protezione connesso alla disciplina dei licenziamenti (per favorire le assunzioni) e di rendere più flessibili gli orari di lavoro. Inoltre si valutava negativamente la rigidità retributiva dovuta all'elevato livello di sindacalizzazione e se ne auspicava una maggiore elasticità in relazione alla domanda ed offerta di lavoro, criticando in particolare le normative in tema di salario minimo, che produrrebbero la eliminazione dell'occupazione per lavori non qualificati il cui prodotto marginale, in equilibrio, sarebbe al di sotto del minimo retributivo¹²⁶. Una valutazione quest'ultima, che esprime un capisaldo della teoria neoclassica¹²⁷. In coerenza con questa impostazione, l'Ocse elaborerà poi l'indice di rigidità, in base al quale i Paesi sono classificati alla luce della maggiore o minore vincolatività della normativa in materia di licenziamenti (individuali e collettivi) e di contratti temporanei¹²⁸ e suggerirà la flessibilità delle regole normative (e cioè la riduzione dei diritti dei lavoratori) come linea guida generale per il raggiungimento di risultati economici positivi. Questo approccio, come si è già detto, è stata accolto da tutte le grandi istituzioni economiche internazionali (Fondo Monetario, Banca Centrale Europea) ed è stata adottata anche dalla Commissione Europea. Quest'ultima, in particolare, ha basato sulla flessibilità (delle tipologie contrattuali, delle normative in tema di *Jobs Employment Protection*, dei salari ecc.) le proprie strategie

¹²³ Wheeler Hoyt, *Introduction*, in A. Gladstone (edit by), *Labour Relations in a Changing Environment*, Walter de Gruyter, 1992, p.17

¹²⁴ *The OECD Jobs Study: Evidence and Explanations and Fact, Analysis, Strategies*, OECD, Paris, 1994, particolarmente le argomentazioni utilizzate nel capitolo 3.

¹²⁵ Alogoskoufis, Bean, Bertola, Cohen, Dolado, Saint Paul, *Unemployment. Choice for Europe*, CEPR, 1995, 71.

¹²⁶ Ashiagbor, *The European Employment Strategy – Labour Market Regulation and New Governance*, Oxford University Press, 2005, 41 (a cui si rinvia per l'approfondita analisi del Report OECD 1994 e per le indicazioni bibliografiche).

¹²⁷ Del Punta, *L'economia e le ragioni del diritto del lavoro*, cit., 12

¹²⁸ Sull'indice Ocse, in particolare sui suoi contenuti e sui criteri che lo compongono, cfr. Speciale, *Il licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, in Chieco (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro – Commento della legge 28 giugno 2012 n. 92*, Cacucci, 2013, 306 ss.; Id., *La riforma del licenziamento individuale tra law and economics*, cit., 356 ss.

europee del lavoro, con Raccomandazioni sempre più stringenti rivolte ai paesi membri¹²⁹.

Il successo della economica neoclassica, che è il presupposto delle tesi descritte, si accompagna alla diffusione della *Law and Economics*. L'analisi economica del diritto si interessa degli effetti delle regole e delle istituzioni giuridiche, al fine di valutare le loro conseguenze sul livello di benessere e per conseguire determinati obiettivi economici. Questa teoria valuta le norme in rapporto soprattutto al loro livello di efficienza. In tale ambito, in coerenza con l'idea della massimizzazione del benessere complessivo come obiettivo principale che l'intera società deve perseguire, la norma viene scrutinata in base ad elementi quali la corretta allocazione dei rischi, l'idoneità a soddisfare gli interessi patrimoniali dei soggetti coinvolti, l'individuazione dei costi di transazione connessi alle relazioni di mercato, l'applicazione dell'analisi costi/benefici¹³⁰. Questo tipo di approccio determina una lettura alternativa dei tradizionali istituti giuridici quali la proprietà, il contratto, l'illecito civile, interpretati in chiave di effetti economici positivi o negativi che sono in grado di realizzare¹³¹.

Nel rapporto di lavoro, l'applicazione della *Law and Economics* si traduce, anche in questo caso, nell'analisi dettagliata dei singoli istituti e delle conseguenze economiche prodotte. La valutazione avviene in una duplice dimensione. La prima è l'impatto che la singola regolazione può avere sui comportamenti delle parti del contratto di lavoro. Si pensi alla teoria, espressa da P. Ichino, dell'analisi della disciplina del licenziamento per g. motivo oggettivo come imposizione di un contenuto assicurativo del rapporto di lavoro e di individuazione della "perdita attesa" del datore di lavoro come parametro di legittimità o meno del recesso¹³². Oppure, alla valutazione della disciplina di cui all'art. 18 dello statuto dei lavoratori come regime di *job property* e di allocazione non ottimale delle risorse in un

¹²⁹ Sugli orientamenti delle istituzioni indicate nel testo rinvio a Speziale, *L'articolazione della fattispecie*, in F. Carinci (a cura di), *Il lavoro subordinato. Il rapporto individuale di lavoro: costituzione e svolgimento*, XXIV, t. II., Giappichelli, 2007, 147 (dove riporto i documenti contenenti le linee guida a favore della flessibilizzazione costante del rapporto di lavoro). In relazione a tali aspetti cfr. anche Ashiagbor, op. cit., 38 ss.

¹³⁰ La bibliografia sulla *Law and Economics* è sconfinata. Per una valutazione di questa teoria e delle caratteristiche indicate nel testo v., almeno, Posner (*The Economics of Justice*, Harvard University Press, 1983; *Economic Analysis of Law*, Wolters Kluwer, 2014) Calabresi, *Some Thoughts on Risk Distribution and Law of Torts*, in *Yale Law Journal*, 1961, p. 499; Coase, *The Problem of Social Cost*, in *Journal of Law and Economics*, 3, 1960. In tempi più recenti, con particolare riferimento anche alla diffusione dell'analisi economica del diritto nella dottrina e giurisprudenza italiana, cfr. Denozza, *Il modello dell'analisi economica del diritto: come si spiega il tanto successo di una teoria così debole?*, in *Ars Interpretandi*, 2013, 3, p. 43 ss.; Caroccia, Pardolesi, *Analisi economica del diritto: "the Italian job"*, *FI*, V 2014, 3 ss.

¹³¹ Denozza, op. cit., 46

¹³² Ichino, *Il contratto di lavoro*, cit., 438 ss.

mercato del lavoro vischioso¹³³. Ed analoghe conclusioni si possono estendere ad altri istituti. La seconda dimensione è quella *macro*, in correlazione alle conseguenze che le norme lavoristiche producono sul tasso di occupazione e disoccupazione, sui costi di produzione, sul livello di produttività del sistema, sulla efficienza organizzativa dell'impresa, sulla distribuzione dei redditi ecc. Da questo punto di vista il Rapporto OCSE 1994 (e quelli successivi) e gli orientamenti delle grandi istituzioni economiche prima descritte ne sono un esempio evidente.

Per comprendere l'importanza che il diritto del lavoro ha assunto nella dimensione economica sono sufficienti alcuni esempi. Nel Programma Nazionale di Riforma del 2016 (approvato dal Governo italiano e trasmesso alla Commissione Europea) "vengono riportate le stime degli effetti attesi da alcune misure contenute nel *Jobs Act* su alcune variabili macroeconomiche e di finanza pubblica". In relazione alla disciplina del contratto a tutele crescenti e alle nuove regole sui contratti, in tema di mansioni e di conciliazione vita - lavoro, si afferma che "misurati al 2020, gli effetti delle citate innovazioni legislative si traducono in variazioni positive (rispetto allo scenario *baseline* di assenza di riforme del lavoro), di 0,6 punti percentuali per il PIL, 0,4 per investimenti, 1,0 per l'occupazione, 0,6 per i consumi ed una riduzione del *deficit* pari a 0,2 punti percentuali di PIL" (UpB, 2016, 94). Stime diverse, e meno favorevoli, sono invece espresse in "un recente lavoro della Commissione Europea" (UpB, 2016, 94 - 95). A prescindere dalla correttezza o meno di queste previsioni, su cui tornerò, è evidente che il diritto del lavoro è considerato come uno strumento capace di incidere direttamente su fattori macroeconomici di grande importanza, con una piena equiparazione ad altri strumenti di politica economica (ad es. quelli di bilancio, fiscali ecc.).

In tale contesto, da ormai numerosi anni la Commissione Europea raccomanda le riforme del mercato del lavoro quale elemento determinante di sviluppo e competitività delle economie continentali, sempre alla luce degli effetti economici che sarebbero consustanziali alle regole giuridiche in materia di lavoro. In tempi recenti, in conseguenza di importanti innovazioni connesse alla crisi economica mondiale ed a quella dei debiti sovrani¹³⁴, il diritto del lavoro è a buon titolo inserito tra le "riforme

¹³³ Ichino, *La riforma dei licenziamenti ed i diritti fondamentali dei lavoratori*, cit., p. 10 ss.; Id., *La riforma del mercato del lavoro tra diritto ed economia*, cit., p. 6 ss.

¹³⁴ Il riferimento è al *six - pack* del 2011, integrato, nel 2013, con il *two-pack* ed alle altre innovazioni descritte *retro* nel § 5, testo e nt. 93 e 94, a cui aggiungere il Patto Euro plus 2001, il Fiscal Compact ed il MES (Meccanismo Europeo di Stabilità). Su tali aspetti V. Speciale, *Le politiche del lavoro del Governo Renzi*, cit., p. 6 ss.; Chieco, "Riforme strutturali" del mercato del lavoro e diritti fondamentali dei lavoratori nel quadro della nuova governance europea, *DLRI*, 2015, 361; Pizzoferrato, *L'autonomia collettiva nel nuovo diritto del lavoro*, *DLRI*, 2015, 413 ss.

strutturali"¹³⁵. Queste ultime possono in primo luogo consentire agli Stati membri "una deviazione temporanea dagli obiettivi di bilancio, seppure entro precise condizioni"¹³⁶. Le riforme, peraltro devono essere anche tali da promuovere "il 'corretto funzionamento' dell'economia degli Stati membri". Tra i "set di indicatori economici, finanziari e strutturali per individuare, prevenire e correggere gli squilibri macroeconomici" sono ricomprese anche le riforme strutturali riguardanti i mercati del lavoro (che si aggiungono alle politiche di bilancio e dei salari, ai mercati dei prodotti e dei servizi, alla regolamentazione dei servizi finanziari)¹³⁷. Il diritto del lavoro, dunque, è uno strumento di politica economica¹³⁸. Gli obiettivi "virtuosi" che hanno caratterizzato il "modello sociale europeo" e che sono in larga misura coerenti con le finalità storiche del diritto del lavoro sono ancora formalmente esistenti¹³⁹. Tuttavia nella nuova *governance* economica essi sono "recessivi" rispetto alla "pluralità valoriale espressa nei trattati". Infatti, le riforme strutturali (tra cui quelle del lavoro), sono congegnate "per assegnare ai diritti fondamentali dei lavoratori una spazio marginale" rispetto alle finalità di garantire solidità dei bilanci pubblici e stabilità delle finanze¹⁴⁰.

Altri esempi di questa nuova funzione del diritto del lavoro sono rinvenibili nei Rapporti pubblicati dalla Banca Mondiale e dal World Economic Forum, nei quali sono analizzate le condizioni strutturali che facilitano od ostacolano la competitività degli Stati nazionali. In entrambi i

¹³⁵ La nozione di "riforme strutturali" risale al Regolamento Ce n. 1466 del 1997. Con questo termine si fa riferimento a quelle "idonee a generare benefici finanziari diretti a lungo termine, compreso il rafforzamento del potenziale di crescita sostenibile". Cfr., sul tema, Gottardi, *Riforme strutturali e prospettiva europea di Flexicurity: andata e ritorno*, LD, 2015, 242 ss.

¹³⁶ Chieco, op. ult. cit., 562. Come ho già detto altrove (Speziale, *Le politiche del lavoro del Governo Renzi*, cit., p. 6 ss.) la pluralità di riforme introdotte con il *Jobs Act* sono servite a giustificare un incremento del rapporto deficit/PIL ed il rallentamento del processo di riduzione tra debito e PIL che, in caso contrario, non sarebbero state accettate dalla Commissione Europea.

¹³⁷ Le citazioni nel testo sono di Chieco, op. ult. cit., 363, a cui si rinvia per l'indicazione delle fonti normative (nei Trattati e nei Regolamenti) che disciplinano la materia.

¹³⁸ V. *retro* § 2.

¹³⁹ Si pensi, ad es., all'art. 151 TFUE, secondo il quale l'Unione Europea ha come obiettivi "la promozione dell'occupazione, il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, che consenta la loro parificazione nel progresso, una protezione sociale adeguata, il dialogo sociale, lo sviluppo delle risorse umane atto a consentire un livello occupazionale elevato e duraturo e la lotta contro l'emarginazione".

¹⁴⁰ Chieco, *op.ult. cit.*, 361; Pizzoferrato, op. cit., 413, 365. In senso analogo Gottardi, op. cit., 240 ss. Si è giustamente osservato che "il diritto della Ue, da strumento di armonizzazione dei sistemi nazionali nella direzione di una convergenza verso il modello sociale di mercato, è diventato un vettore di decostruzione dei sistemi nazionali di diritto del lavoro, la cui attuazione viene imposta ai governi in nome dei vincoli di bilancio e del recupero di attrattività sul piano degli investimenti internazionali" (Perulli, *L'idea del diritto del lavoro, oggi*, cit., 23).

casi le regole in materia di mercato del lavoro (che ricomprendono vari aspetti della materia: assunzioni e licenziamenti, politiche attive, relazioni industriali, contratti a termine, flessibilità nei salari ecc.) sono considerate, insieme ad altri¹⁴¹, come elementi fondamentali che condizionano la competitività di un paese. Tra l'altro, in piena coerenza con la teoria economica dominante, le analisi si incentrano sempre sulla flessibilità del lavoro come fattore che incrementa il livello di efficienza. Anche in questo caso, dunque, il diritto del lavoro è considerato una delle regolamentazioni giuridiche fondamentali che incidono sulla economia di uno Stato.

Molto vi è da dire sul ruolo economico di questo ramo del diritto. Sulla capacità della flessibilità normativa di creare occupazione si è già parlato in termini negativi (§ 6). Il rapporto tra disciplina giuridica del lavoro e competitività dei sistemi economici nazionali è altrettanto discutibile, visto che esistono paesi (come ad es. la Germania) che – nei Report internazionali prima citati – sono classificati nelle posizioni più elevate. Tuttavia, nonostante i risultati lusinghieri conseguiti (6° posto su 183 paesi nel 2012) si sottolinea la rigidità del mercato del lavoro tedesco, dove “una mancanza di flessibilità nei livelli salariali e l'alto costo del licenziamento costituiscono un ostacolo alla creazione di occupazione”¹⁴². Una affermazione quest'ultima che, oltre ad essere smentita dalle buone *performance* occupazionali di questo paese, è in evidente contraddizione con l'elevatissimo livello di competitività raggiunto dalla Germania riconosciuto dal Global Competitiveness Report e comprovato da indicatori come, ad es., il livello export mondiale conseguito. Ed analoghe considerazioni possono essere fatte per altri Stati¹⁴³. Spesso si è affermato che una disciplina più flessibile in materia di licenziamenti avrebbe avuto la capacità di attrarre maggiormente gli investimenti esteri, anche se poi si è dovuto ammettere che tra i due fenomeni “nessun nesso causale è stato dimostrato” da parte degli studi in materia¹⁴⁴.

Per quanto riguarda la correlazione tra riforme del lavoro ed indici macroeconomici (Pil, investimenti lordi, occupazione, consumi, deficit) si è rilevato che i modelli economici in base ai quali tali dati sono elaborati (di cui si è già dato conto) presentano “limiti”. Essi, infatti, tendono “a trascurare il lato della domanda, le conseguenze che quest'ultima può

¹⁴¹ Tra questi, ad es., la efficienza/inefficienza della burocrazia, la capacità di imporre l'applicazione dei contratti, la possibilità di avere accesso all'energia elettrica, il livello della tassazione, l'accesso al credito ecc.

¹⁴² Le parole nel testo sono tratte dal *Country Profile Highlights* del *The Global Competitiveness Report 2012/2013* realizzato dal *World Economic Forum*, 2 (http://www3.weforum.org/docs/WEF_GlobalCompetitivenessReport_2012-13.pdf).

¹⁴³ Speciale, *La riforma del licenziamento individuale*, cit., 361, nt. 70

¹⁴⁴ Ichino, *La riforma dei licenziamenti ed i diritti fondamentali dei lavoratori*, cit., p. 5

avere tramite effetti di isteresi sul Pil potenziale, gli effetti di eventuali mutamenti nel sistema delle preferenze dei consumatori in conseguenza delle riforme, della diversità dei comportamenti e dei fenomeni di tipo distributivo" (UpB, 2016, 87, nt. 87). In una parola, questi modelli non sono in grado di "depurare" gli effetti delle riforme del lavoro su alcune variabili macroeconomiche rispetto ad altri fattori determinanti (livello della domanda, preferenze nei consumi, meccanismi distributivi). D'altra parte i risultati di queste elaborazioni sono molto diversi, come dimostra la visione più pessimistica della Commissione Europea sulla capacità del nuovo contratto a tutele crescenti di incidere su produttività, Pil, deficit pubblico ecc.¹⁴⁵. Infine, anche nella loro versione più ottimistica viene spontaneo chiedersi se, in un'analisi costi/benefici – dove tra i primi dovrebbero essere inclusi anche i "costi umani" connessi ad una forte riduzione dei diritti – queste riforme possano essere considerate positivamente. In base allo studio già citato, nel periodo 2015 – 2020, vi dovrebbe essere un incremento del prodotto interno lordo dello 0,6 % e un aumento dell'occupazione dell'1%, con risultati sostanzialmente inalterati sino al 2030. E' legittimo chiedersi se una crescita del Pil di 0,12 % per anno e, nello stesso arco temporale, dell'occupazione dello 0,2% - con risultati evidentemente assai modesti - è compensata dal peggioramento dello status giuridico dei lavoratori, in termini di fruibilità dei propri diritti e di riduzioni di tutele nel rapporto di lavoro. In questo modo, infatti, si determina un rapporto squilibrato tra limitati effetti economici delle riforme – tutti da verificare anche alla luce delle diverse conclusioni a cui perviene la Commissione Europea in relazione al contratto a tutele crescenti - e la certezza di un arretramento dei diritti dei lavoratori che non giustifica il sacrificio richiesto. Senza dimenticare che, come dimostrato da numerosi studi, la riduzione delle tutele e la minore stabilità del contratto hanno riflessi economici perché incidono sul livello di produttività individuale e sul grado di partecipazione agli obiettivi dell'impresa.

A parte le osservazioni sulla fondatezza o meno dell'approccio di *Law and Economics*, è importante osservare il mutamento radicale del diritto del lavoro, che può essere sintetizzato nella sua integrale "funzionalizzazione" al raggiungimento di obiettivi economici.

Gli esempi prima fatti sono altamente significativi da questo punto di vista. La disciplina in materia di licenziamenti, in relazione al suo maggiore o minore grado di riduzione del potere imprenditoriale di interrompere il

¹⁴⁵ Infatti, la Commissione ritiene che la nuova disciplina in materia di licenziamenti possa avere effetti (ridotti) su produttività (+0,04% all'anno) e al 2020 permetta di raggiungere un Pil maggiore di 0,1% e un deficit pubblico di 0.01 punti di Pil. Tuttavia essa afferma che l'impatto sull'occupazione è "negativo per 0,02 punti percentuali e tale rimane a lungo per poi tendere ad annullarsi dopo il 2030" (UpB, 2016, 94 – 95).

contratto, è analizzata in rapporto alla sua attitudine o meno ad incidere sui livelli di occupazione. La diffusione di tipologie contrattuali flessibili è valutata in considerazione alla sua capacità di fluidificare il mercato del lavoro (garantendo un più dinamico turn-over tra ingressi e uscite) e di soddisfare al meglio le esigenze organizzative delle imprese. Il salario perde la sua dimensione "sociale" di strumento diretto a garantire la libertà dal bisogno e la dignità del lavoratore e viene considerato esclusivamente quale costo di produzione che incide sulla propensione delle imprese ad assumere o, quando non si adatta alle fluttuazioni in alto o in basso richieste dal rapporto tra domanda ed offerta di lavoro, quale fattore di creazione di disoccupazione. La professionalità del lavoratore, intesa come complesso di qualità individuali teoriche e pratiche necessarie all'esecuzione della prestazione ed attraverso cui si esprime la sua personalità, è considerato solo quale strumento di divisione del lavoro al fine della massimizzazione dell'efficienza organizzativa. La flessibilità più o meno accentuata dell'orario di lavoro è funzionale al livello di produttività dell'impresa, con esigenze nettamente prevalenti sulla tutela della sicurezza e dei tempi di vita del lavoratore.

Una delle ragioni storiche dell'origine del contratto collettivo, nato come strumento di limitazione della concorrenza (§ 2) realizzata principalmente con l'estensione dei diritti individuali dei lavoratori (per ridurre o eliminare il dumping) o collettivi (per rafforzare il sindacato quale agente sociale che garantisce la funzione anticoncorrenziale), ha ormai un rilievo secondario. Alla autonomia collettiva, soprattutto a livello aziendale, si chiede di legare il salario alla produttività (a fini antiinflazionistici e per una migliore gestione della distribuzione tra redditi e profitti) e di incrementare in senso generale la capacità produttiva dell'impresa (attraverso il governo, ad es., degli orari flessibili di lavoro o della organizzazione interna). In tale ambito, inoltre e in senso più generale, al contratto collettivo spetta il compito, sempre a fini organizzativi, di differenziare/modulare le discipline giuridiche salariali al fine di incrementare il livello di efficienza incidendo anche su diritti derivanti da norme inderogabili di legge e con poteri dispositivi delle tutele individuali¹⁴⁶. E non è un caso che in tempi recenti si sia espressamente affermato che la contrattazione collettiva (particolarmente aziendale) deve essere messa "al servizio della competitività delle imprese"¹⁴⁷.

¹⁴⁶ E' il fenomeno della "aziendalizzazione" delle relazioni industriali, su cui cfr., per tutti, Bavaro, *Azienda, contratto e sindacato*, Cacucci, 2012.

¹⁴⁷ Le parole indicate nel testo sono contenute nel rapporto Combrexelle predisposto dal governo francese al fine di valutare le possibili riforme del mercato del lavoro. Sul punto v. Perulli, *L'idea del diritto del lavoro, oggi, cit.*, 25.

Gli esempi potrebbero continuare. La "economicizzazione" integrale del diritto del lavoro si muove sia sul piano del singolo istituto (come negli esempi già fatti), sia in una dimensione più ampia quale strumento per garantire il raggiungimento degli obiettivi macroeconomici descritti.

8. Il lavoro è una merce?

La "torsione" in senso economico di questo ramo del diritto sollecita la riflessione se in effetti si sia in presenza di una "rimercantilizzazione" del contratto di lavoro. Quasi venti anni fa, un autorevole giurista poneva espressamente tale problema, sottolineando come tale rischio fosse diventato assai concreto¹⁴⁸. Successivamente la questione è stata riproposta con forza sul piano sociologico, con la pubblicazione di un testo dal titolo significativo¹⁴⁹. Ed in tempi recenti essa è stata ribadita, mettendo in evidenza la "rimercificazione" del lavoro ed il tramonto del modello antropologico di lavoratore su cui si era basato il diritto del lavoro edificato dallo Statuto del 1970¹⁵⁰. D'altra parte uno studioso del livello di Alan Supiot nel 2012 ha scritto un libro sullo "spirito" di Filadelfia, nel quale, in presenza del trionfo del neoliberalismo e del "dogma del mercato", si esprime contro un nuovo "Darwinismo sociale" ed auspica il ritorno al contenuto della Dichiarazione del 1944 ed ai valori sociali e della solidarietà¹⁵¹.

Si è già detto che nel contratto di lavoro convivono sia il profilo del "lavoro oggetto", quale bene di scambio dotato di un proprio valore di mercato, sia quello del "lavoro soggetto", connesso alla personalità umana del lavoratore. Si è sottolineato come la storia di questo ramo del diritto può essere letta come un affrancamento da tale dimensione mercantile e con l'intento di valorizzare i profili personalistici, anche se la dimensione economica del rapporto di lavoro è un dato ineludibile, che può essere razionalizzato, controllato e ridotto, ma non eliminato completamente. Tuttavia a me sembra evidente che la componente del "lavoro oggetto" sia tornata oggi prepotentemente alla ribalta ed abbia fortemente ridimensionato le componenti soggettive del lavoro umano.

Gli esempi fatti in precedenza in relazione a singoli istituti (licenziamento, tipologie contrattuali flessibili, professionalità, orario di lavoro, ruolo della contrattazione collettiva, idoneità del diritto del lavoro a condizionare variabili macroeconomiche) ne sono una prova inconfutabile. Gli obiettivi economici sono la "cifra" degli interventi legislativi e alla contrattazione collettiva l'ordinamento giuridico chiede di intervenire per

¹⁴⁸ Grandi, op. cit., 557 ss.

¹⁴⁹ Gallino, *Il lavoro non è una merce. Contro la flessibilità*, Laterza, 2007.

¹⁵⁰ Ballestrero, *Le "energie da lavoro" tra soggetto ed oggetto*, cit., 12 ss.

¹⁵¹ Supiot, *The Spirit of Philadelphia*, cit.

realizzare finalità produttive connesse al salario e all'organizzazione dell'impresa. Nella valutazione delle riforme i *target* non economici sono spesso enunciati nelle leggi, con riferimento alla "qualità e stabilità del lavoro", alla "inclusione sociale", alla dignità del lavoratore¹⁵². Essi tuttavia hanno soprattutto un valore retorico in quanto non costituiscono il carattere fondamentale delle nuove normative, sia per quanto riguarda il contenuto delle discipline - sempre orientate in senso economico - sia in relazione alla valutazione del loro impatto, anch'esso considerato in termini strettamente non giuridici (influenza sui livelli di occupazione/disoccupazione; riduzione del lavoro precario e sostituzione con quello stabile in un'ottica di aumento del reddito e di incremento della propensione al consumo ecc.). In tale ambito, si pensi, ad esempio, al rilievo di un concetto fondamentale quale la dignità del lavoro, che, oltre ad essere costituzionalizzata (artt. 2, 3, c. 1, 41 e 36 Cost.), è una sintesi "dei diritti inviolabili dell'uomo"¹⁵³. In alcune discipline normative, questo attributo fondamentale continua ad essere preso in considerazione, come nel caso della tutela antidiscriminatoria. In altri casi la dignità è al di fuori degli obiettivi regolativi, come nell'ipotesi della disciplina dei licenziamenti non connessi alla discriminazione, su cui tornerò in seguito. In altre situazioni, essa, pur se considerata, è nettamente recessiva rispetto alle esigenze imprenditoriali di gestione efficiente del contratto di lavoro. Si pensi alla nuova disciplina delle mansioni o dei controlli a distanza, tutte incentrate su tutele di tipo economico o sulla soddisfazione di esigenze organizzative dell'impresa, ma con ridotta attenzione ad aspetti personalistici essenziali (la storia professionale del dipendente; la possibilità di subire controlli occulti sull'effettuazione del lavoro) che incidono in modo determinante sulla dignità del lavoratore. La proliferazione di contratti atipici - anch'essi giustificati da esigenze occupazionali o per superare le rigidità del rapporto standard - nella misura in cui precarizza il lavoro sotto il profilo delle prospettive occupazionali, del reddito, delle possibilità di pianificare la propria esistenza rende assai più improbabile l'obiettivo di "un'esistenza libera e dignitosa" (art. 36 Cost.).

La stessa politica della *flexicurity*, nel suo asse portante di una riduzione dei diritti nel contratto di lavoro e di protezione soprattutto economica del lavoratore nelle fasi di disoccupazione, esprime questa "svalutazione" dei profili giuridici. L'idea di fondo è che la tutela deve principalmente svolgersi nell'ambito del sostegno al reddito in caso di

¹⁵² Si vedano, ad es., le disposizioni introduttive delle principali leggi che hanno introdotto importanti riforme del mercato del lavoro, come l'art. 1 del d.lgs. 276/2003 o l'art. 1 della l. 92/2012. Ed analoghe considerazioni possono essere estese alla recente legge n. 183/2014 che ha poi dato vita agli 8 decreti delegati del *Jobs Act*.

¹⁵³ Mengoni, *Il lavoro nella dottrina sociale della chiesa*, cit., 53

perdita del lavoro. Mentre assume un rilievo secondario l'attribuzione al lavoratore di propri diritti nel contratto ed azionabili nei confronti di un soggetto titolare di rilevanti poteri economici ed organizzativi. Anzi, in questa visione economicista ed assistenziale, la prospettiva di limitare i poteri imprenditoriali perde qualsiasi importanza, in coerenza con un'ottica che disconosce la dimensione stessa della "supremazia giuridica" (che è l'essenza della subordinazione) e considera il rapporto di lavoro nell'ambito di una transazione di mercato, dove lo stesso concetto di "potere" non ha alcun rilievo.

Nel 1997 Grandi metteva in risalto la "possibilità del venir meno o comunque dell'affievolirsi del significato del lavoro come fattore formativo dell'identità umana, sociale o professionale del lavoratore medesimo; del venir meno, cioè, della *ratio* etico-giuridica che ha portato al superamento della concezione puramente mercantile del lavoro e della 'finzione' del rapporto di lavoro come operazione economica di mero scambio"¹⁵⁴. A me sembra che da allora ad oggi questo processo di alterazione della essenza profonda del lavoro si sia ormai completato.

Si potrebbe obiettare che, in realtà, tale concezione non è compatibile con la presenza di una vasta area di diritti fondamentali che proteggono aspetti essenziali del lavoro e ne impediscono una lettura in chiave esclusivamente economica. In verità già nel passato si è sottolineato che la prospettiva della "rimercificazione" non era scongiurata "dal rilevato progresso dei diritti del lavoro come diritti umani; anzi, è proprio questo progresso che rischia oggi, con l'acquisizione di più alti livelli di protezione di rendere rassicurante la riscoperta del mercato e del valore di scambio delle attività lavorative"¹⁵⁵. Questo giudizio può tranquillamente essere confermato oggi. Infatti, nonostante la crescita quantitativa e qualitativa di questi diritti connessa alla costituzionalizzazione delle Carte internazionali, alle riforme dei Trattati Europei (§ 3) ed allo stesso ruolo propulsivo della Corte di Giustizia, il processo di riduzione delle prerogative dei lavoratori non ha avuto nel corso degli anni alcuna interruzione e, anzi, si è accentuato¹⁵⁶. Da questo punto di vista si è assistito ad un fenomeno parallelo ed inverso: incremento e rilevanza costituzionale dei diritti

¹⁵⁴ Grandi, op. cit., 572

¹⁵⁵ Ibidem.

¹⁵⁶ Oltre alle Carte dei diritti, anche le norme dei Trattati contengono importanti riferimenti alla lotta contro l'esclusione sociale, alla giustizia sociale, alla parità di trattamento tra uomini e donne, alla solidarietà tra le generazioni, alla tutela dei diritti del minore (art. 3 TUE), ad un livello elevato di istruzione, formazione e tutela della salute umana (art. 9 TFUE), al miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro (art. 151 TFUE). Sul valore di tali norme, che hanno dato vita ad un dibattito interno assai ampio sulla tensione fra tutela delle libertà economiche e diritti fondamentali e sociali, v. Treu, *Le istituzioni del lavoro nell'Europa della crisi*, cit., 608 ss.

fondamentali connessi al rapporto di lavoro e loro costante ridimensionamento nella legislazione ordinaria, giustificato da esigenze micro e macro economiche che sono state analiticamente descritte.

Tale situazione deriva da molti fattori. Tra questi, il fatto che "le norme costituzionali non sono quasi mai in grado di indirizzare in modo univoco, se non in senso molto generale, la regolazione", per il loro contenuto che ne consente diverse interpretazioni ed anche per la difficoltà di stabilire priorità tra principi diversi¹⁵⁷. Inoltre, in assenza di fonti legislative (nazionali ed europee) attuative di quelle costituzionali, i diritti fondamentali difficilmente riescono ad essere implementati. Lo Statuto dei diritti dei lavoratori del 1970 ne costituisce un esempio evidente (§ 3). Prima della sua emanazione molte tra le fondamentali tutele previste dalla nostra Costituzione non avevano trovato ingresso nel rapporto di lavoro. In tempi più recenti è sufficiente ricordare la differenza tra la tutela antidiscriminatoria, che – pur con tutti i suoi limiti – costituisce un vero e proprio cardine degli ordinamenti giuridici europei e gli altri diritti costituzionali del lavoro di uguale valore e non sorretti da un apparato normativo adeguato. Quest'ultimo, ad esempio, è il caso delle disposizioni contenute in fonti europee relative al licenziamento. L'art. 30 della Carta di Nizza, a parte la genericità del suo contenuto che lo rende difficilmente utilizzabile quale parametro di valutazione della legittimità di una riforma nazionale della materia, ha uno scarso valore precettivo. La disposizione non può essere utilizzata per censurare dinanzi alla Corte di Giustizia Europea una legge di uno Stato membro in tema di licenziamenti individuali. Infatti, per la giurisprudenza costante della Corte, tale violazione presuppone l'esistenza di una "norma interposta" (Regolamento o Direttiva), che, in questo caso, è assente. Ed analoghe considerazioni possono essere svolte per l'art. 24 della Carta Sociale Europea¹⁵⁸. In verità, come l'esperienza storica degli ultimi decenni insegna, a parte la possibile utilizzazione dei principi costituzionali quali "controlimiti" da attivare in sede giudiziaria (§ 11), i diritti fondamentali non hanno costituito e non sono un argine contro la economicizzazione del rapporto di lavoro e la introduzione di discipline giuridiche informate a tale principio.

Una valutazione realistica di quanto è avvenuto negli ultimi anni consente di affermare che l'apparato di tutele oggi esistente, pur se fortemente ridimensionato rispetto ad un passato relativamente recente, non è tale da configurare oggi il "lavoro come merce" nel senso che tale termine aveva nel diritto del lavoro delle origini. Tuttavia, bisogna anche

¹⁵⁷ Del Punta, *Epistemologia breve del diritto del lavoro*, LD, 2013, p. 43

¹⁵⁸ Su tali aspetti mi permetto di rinviare a Speciale, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra Costituzione e diritto europeo*, in RIDL, 2016, I, p. 139 ss.

riconoscere che negli ultimi 40 anni la "fase propulsiva" di questo ramo del diritto si è esaurita. Infatti, la dimensione mercantile ed economica – che era stata in larga parte "immunizzata" soprattutto nel corso del '900 – è tornata ad avere un peso preponderante rispetto alla qualità soggettiva del lavoro quale espressione della personalità umana.

Da questo punto di vista si ha l'impressione che questo mutamento profondo del diritto del lavoro abbia modificato la stessa antropologia di lavoratore che ha caratterizzato la storia del secolo scorso. In una recente studio su un campione di giovani, il 65% tra quelli intervistati "è infatti pronto, pur di costruirsi un futuro, a rinunciare ai diritti conquistati a fatica dai padri (e dai nonni). Per avere e mantenersi il posto di lavoro, dunque, i giovani dichiarano di poter più o meno tranquillamente dire addio a i giorni di malattia, ai diritti legati alla maternità (almeno per un po'), e ovviamente anche ad avere un lavoro in linea con quello che hanno studiato per anni. Basta avere una retribuzione decente ed un minimo di interesse per l'attività che viene loro richiesto di svolgere"¹⁵⁹. I diritti connessi al lavoro sono dunque secondari rispetto al bisogno di occupazione e di reddito, confermando una situazione caratterizzata da "iniquità insopportabili" a dall'abbandono di "qualcosa che dovrebbe essere irrinunciabile in una società equa"¹⁶⁰. Come dire che l'opera di "civilizzazione" del lavoro svolta dal diritto non ha molta importanza rispetto ad esigenze di altro tipo e che la sua stessa funzione storica sembra ormai tramontata.

9. La mutazione genetica del diritto del lavoro e la crisi epistemologica del suo statuto scientifico.

Il mutamento di funzione del diritto del lavoro sta determinando anche la subordinazione di questo ramo del diritto alla economia, con un drastico ridimensionamento (se non una vera e propria espropriazione) della razionalità giuridica.

Secondo una nota definizione "l'economia è la scienza che studia il comportamento umano come una relazione tra fini e risorse scarse che possono avere utilizzazioni alternative"¹⁶¹. Inoltre, sotto il profilo degli obiettivi, il suo scopo fondamentale è quello della "massimizzazione dell'*efficienza* nell'allocazione delle risorse, che sono per definizione scarse. L'*efficienza*, che si rivela attraverso le lenti della ottimalità paretiana, è concepita fondamentalmente in chiave di massimizzazione della *quantità*

¹⁵⁹ Il diario del lavoro, 7 ottobre 2016, in www.ildiariodellavoro.it, p. 1.

¹⁶⁰ Ivi, p. 2.

¹⁶¹ Robbins, *Essay on the Nature and Significance of Economic Science*, McMillan, 1932, p. 15

di ricchezza prodotta¹⁶². Il diritto è una tecnica di regolazione sociale che è rivolta alla disciplina di comportamenti umani in senso generale (e non in relazione alla sola utilizzazione di risorse economiche), con la introduzione di norme aventi spesso (non sempre) una struttura condizionale¹⁶³. Inoltre le disposizioni giuridiche perseguono obiettivi specifici, espressamente enunciati o implicitamente da essi deducibili. In tale opera di regolazione il diritto è intriso di "valori", che sono "oggettività ideali"¹⁶⁴. In senso più strettamente giuridico "questi valori o sono istituzionalizzati in norme costituzionali (diritti fondamentali) oppure sono il referente di clausole generali contenute nella stessa Costituzione (clausola della solidarietà sociale, dell'uguaglianza, dell'utilità sociale ecc.) o in fonti di grado inferiore"¹⁶⁵. Senza dimenticare che è proprio la legge lo strumento principale di realizzazione di valori propri o di implementazione di quelli contenuti nella Costituzione o in fonti internazionali sovraordinate. Per queste sue caratteristiche il diritto è fortemente condizionato da una componente assiologica.

Per tornare alla nostra materia, già molti anni fa si sottolineava che "la tutela, l'elevazione e l'eguaglianza del lavoratore stanno alla base di tutto il diritto del lavoro e ne costituiscono il principio unificatore"¹⁶⁶. La protezione dei lavoratori (e non dei datori di lavoro) è nel suo codice genetico¹⁶⁷, mentre gli sono estranee altre finalità, come garantire "la salute dell'economia" o "promuovere l'occupazione"¹⁶⁸. Tra l'altro la costituzionalizzazione del lavoro ha incrementato i diritti fondamentali ed ha allargato la sfera valoriale perseguita dal diritto (libertà, eguaglianza, non discriminatorietà, dignità, sicurezza, protezione del disabile, libertà sindacale, autonomia collettiva, diritto di sciopero ecc.). Anzi, come si è visto, in una prospettiva ancora più ampia – che trova il suo espresso riconoscimento nella Costituzione ma anche in altre fonti giuridiche

¹⁶² Del Punta, *L'economia e le ragioni del diritto del lavoro*, cit., 5, che sottolineava come la definizione descritta si riferisse alle teorie economiche dominanti. E come, all'epoca, fossero presenti già visioni alternative che avrebbero potuto "contribuire, in qualche misura, ad una ridefinizione degli obiettivi della scienza economica", capace di incorporare anche "standards di ordine qualitativo, che ruotano intorno al concetto di benessere del cittadino" (con riferimento alle tesi di Amartya Sen). A distanza di 15 anni è possibile dire che queste diverse teorie, nonostante l'autorevolezza del suo sostenitore (Sen è stato premio Nobel dell'economia nel 1998) non hanno modificato la prevalenza dell'approccio *mainstream* indicato nel testo.

¹⁶³ Sulla struttura e funzione delle norme si veda, per tutti, Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Vol. I, t. 1, Giuffrè, 1998, p. 36 ss.

¹⁶⁴ Mengoni, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Giuffrè, 1996, p. 76.

¹⁶⁵ Ivi, 85

¹⁶⁶ Mazzoni, *op. cit.*, 1074

¹⁶⁷ F. Santoro Passarelli, *Specialità del diritto del lavoro*, cit., p. 344

¹⁶⁸ Treu, *Le istituzioni del lavoro nell'Europa della crisi*, cit., 597

internazionali - il diritto del lavoro ha assunto la funzione di garantire la emancipazione dei lavoratori e la loro "effettiva partecipazione...all'organizzazione politica, economica e sociale del paese" (art. 3, c. 2, Cost.). Non è un caso che a questo ramo del diritto sia stato attribuito lo scopo di fare del lavoro un "fattore di inclusione sociale" e di un nuovo "diritto di cittadinanza" (§ 3)¹⁶⁹.

Mi sembra al contrario che, alla luce del pensiero economico dominante, il diritto del lavoro sia chiamato a garantire la competitività dell'impresa e dei sistemi economici, con un vero e proprio rovesciamento di prospettiva ed in un contesto in cui le esigenze di protezione del lavoratore, pur se ancora esistenti, sono totalmente subordinate ad altri obiettivi¹⁷⁰. Per quanto attiene alla dimensione macroeconomica è sufficiente rinviare a quanto si è già detto sul rapporto tra diritto del lavoro e obiettivi quali la crescita del Pil, il tasso di occupazione/disoccupazione, investimenti, consumi, riduzione del deficit, competitività.

Anche l'analisi di singoli istituti conferma questa conclusione. La recente riforma della disciplina sui licenziamenti individuali, con riduzione drastica della tutela reintegratoria è tutta orientata al raggiungimento di obiettivi economici. La "marginalizzazione" della reintegra quale sanzione non più di carattere generale, ma riservata solo a determinate ipotesi segue la logica di "flessibilizzare" la tutela in caso di recesso, sul presupposto - del tutto indimostrato (§ 6) - che l'eccessiva rigidità in materia scoraggia la propensione delle imprese ad assumere. La previsione, in caso di licenziamento illegittimo, di una indennità risarcitoria commisurata alla anzianità di servizio è giustificata, in primo luogo, dalla necessità di ridurre le conseguenze negative che nascono dalle asimmetrie informative. Il datore di lavoro non conosce le competenze e le abilità del lavoratore al momento dell'assunzione e, se ha fatto una scelta sbagliata, deve licenziare il dipendente "senza costi (o con costi trascurabili). Ma questa flessibilità è proprio ciò che l'art. 18 impedisce"¹⁷¹. La esatta predeterminazione del *firing cost* (senza che il magistrato possa, discrezionalmente, incidere sul *quantum*) rispecchia una duplice esigenza:

¹⁶⁹ Nell'ordine "garantito dal costituzionalismo liberale gli ordinamenti democratici hanno sviluppato un progetto di 'costituzione economica' e di 'democrazia industriale' all'interno del quale il diritto del lavoro ha svolto un ruolo essenziale in una prospettiva che i giuristi weimariani definivano di 'democratizzazione del rapporto di lavoro'" (Perulli, *L'idea del diritto del lavoro, oggi, cit.*, 18).

¹⁷⁰ "Gli interessi economici ed organizzativi dell'impresa sono la 'stella polare' dell'intervento legislativo nazionale ed (europeo), che orienta e conforma anche le tutele del lavoro. Da questo punto di vista si può affermare che oggi il diritto del lavoro è sempre più il "diritto del datore di lavoro - imprenditore" (Speziale, *Il datore di lavoro nell'impresa integrata*, in *DLRI*, 2010, p. 4 e 5).

¹⁷¹ Rodano, op. cit., 17

a) determinare in anticipo quale sarà il valore economico del recesso, eliminando i rischi della variabilità degli importi o della loro modificabilità per effetto dell'intervento del giudice o della durata del processo; b) consentire all'impresa, in una tipica analisi costi/benefici, di valutare a priori se sia più conveniente interrompere il contratto senza ragioni giustificative (pagando somme ridotte e comunque certe) o se continuare nella relazione contrattuale in considerazione degli apporti economici che il rapporto di lavoro può ancora realizzare¹⁷². In questo caso l'approccio seguito è quello degli «*inadempimenti efficienti (efficient breach)*»¹⁷³, in una dimensione nella quale «la norma giuridica deve poter essere violata, dietro corresponsione di un risarcimento economico, senza applicazione di *punitive damages* e, tantomeno, senza imporre la *specific performance* (esecuzione in forma specifica), onde ciascun soggetto possa scegliere se rispettare o meno la legge mediante compensazione finanziaria»¹⁷⁴. Anche l'offerta conciliativa (prevista dall'art. 66 del d.lgs. 23/2015) è ispirata all'analisi costi benefici¹⁷⁵.

L'occupazione, che costituisce un obiettivo del diritto del lavoro e dell'economia¹⁷⁶, è declinata in modo molto diverso. Nel primo caso essa costituisce uno strumento di realizzazione della personalità del lavoratore e di realizzazione di valori fondamentali previsti dalle fonti costituzionali nazionali ed europee, con particolare attenzione, quindi, sia alla sua "stabilità", sia alla qualità del lavoro sotto il profilo della dignità, della sicurezza, della capacità di esprimere le proprie attitudini, della quantità e sufficienza della retribuzione ecc. Per l'economia è un obiettivo diretto a garantire una efficiente utilizzazione delle risorse produttive, perché la sottoccupazione non consente il dispiegamento di tutte le potenzialità del sistema economico in termini di crescita e diffusione del benessere, con i

¹⁷² Si è recentemente sottolineato che la previsione di un indennizzo risarcitorio predeterminato ha la finalità "di garantire il più possibile la prevedibilità del costo di separazione, quando questo si riferisca a vicende fisiologiche del rapporto, quali l'aggiustamento degli organici, il mutamento tecnologico, il mutamento organizzativo, l'esercizio del potere disciplinare" (Ichino, *La riforma del mercato del lavoro tra diritto ed economia, cit.*, p. 12).

¹⁷³ Perulli, *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi*, cit., p. 12; Id., *Efficient breach, valori del mercato e tutela della stabilità. Il controllo del giudice sui licenziamenti economici in Italia, Francia e Spagna*, in *RGL*, I, 2012, p. 561.

¹⁷⁴ Perulli, *Efficient breach, valori del mercato*, cit., p. 563.

¹⁷⁵ Il datore di lavoro, infatti, può transigere la controversia con un esborso monetario ridotto, preventivamente determinato ed evitando il rischio di una condanna al pagamento di una somma superiore. Il lavoratore, d'altro canto, ha interesse alla conciliazione, perché l'importo liquidato è al netto delle imposte (a differenza delle somme che percepirebbe in caso di esito giudiziario positivo), evitando i costi, i tempi e l'incertezza del giudizio. Si tratta della classica tecnica incentivante tipica dell'analisi economica del diritto.

¹⁷⁶ Del Punta, *Epistemologia breve del diritto del lavoro*, cit., p. 44

riflessi sul reddito, sul consumo e così via. Altri esempi di questa lettura in senso economico di istituti del diritto del lavoro sono stati già fatti.

Si è sottolineato come questa dimensione tutta economica costituisca un cambio del paradigma scientifico del diritto del lavoro, definito come "*la declinazione lavoristica dell'analisi economica del diritto*"¹⁷⁷. In particolare si è detto che in precedenza "l'agire pubblico" si muoveva "sulla base di un sistema di valori che integrava differenti punti di vista morali e materiali entro il processo di formazione delle leggi". Oggi, invece "il nuovo corso normativo, esplicitamente orientato all'economicismo, internalizza direttamente il canone (extragiuridico) della *efficiency* finendo per modificare radicalmente il *valore* del paradigma del diritto del lavoro"¹⁷⁸.

Questo mutamento di prospettiva si riflette anche sul piano scientifico, alterando lo statuto epistemologico della materia. Se, infatti, per scienza giuridica intendiamo l'attività conoscitiva del diritto finalizzata alla elaborazione di teorie, la lettura in chiave prevalentemente economica del diritto condiziona anche le teorizzazioni che si basano su essa. Come dimostra l'esperienza della *Law and Economics* in svariati campi, incluso il diritto del lavoro, queste analisi scientifiche escludono dal proprio ambito di elaborazione (o gli attribuiscono un ruolo secondario) valori ed obiettivi diversi dalla efficienza, dal rapporto costi/benefici o dalla finalità di massimizzazione del benessere. Nell'ambito del diritto civile, ad esempio "della proprietà non viene valorizzata la funzione di strumento che consente a ciascuno di controllare un ambito di risorse naturali protetto in cui sviluppare la sua personalità, ma quella di strumento atto a distribuire correttamente gli incentivi e a prevenire inefficienze"¹⁷⁹. Nel diritto del lavoro, la tesi di Coase sui costi di transazione è la chiave di lettura per spiegare fenomeni quali le esternalizzazioni produttive, la relazione tra l'impresa e il rapporto previsto dall'art. 2094 c.c, la "fuga" dalla subordinazione e l'utilizzazione di contratti commerciali per procacciarsi il lavoro¹⁸⁰. I saggi di Pietro Ichino in tema di contenuto assicurativo del

¹⁷⁷ Perulli, *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi*, cit., p. 9, che spiega come "secondo l'impostazione epistemologica di Thomas Kuhn con (il concetto di paradigma scientifico) si designano le regole ammesse ed interiorizzate come 'norme' dalla comunità scientifica in un determinato momento storico, onde la scienza si sviluppa come 'scienza normale'", basata su "idee, teorie e prassi comunemente accettate come valide dalla comunità scientifica".

¹⁷⁸ Perulli, *L'idea del diritto del lavoro, oggi*, cit., 20

¹⁷⁹ Denozza, *Il modello dell'analisi economica del diritto*, cit., p. 46.

¹⁸⁰ Sulla teoria dei costi di transazione di Coase (ed agli ulteriori sviluppi realizzati da Williamson) e sulla sua utilizzazione nel diritto del lavoro, particolarmente per quanto attiene le esternalizzazioni e la segmentazione del processo produttivo, cfr. Ichino, *Il contratto di lavoro*, cit., 180 ss.; Carabelli, *Organizzazione del lavoro e professionalità*, cit., 75 ss.; Speziale, *Le "esternalizzazioni" dei processi produttivi dopo il d.lgs. 276 del 2003: proposte di riforma*, in *RGL*, 2006, I, 7 ss.

rapporto di lavoro, licenziamento per gmo, analisi del salario sufficiente, funzione anticoncorrenziale della contrattazione collettiva ecc. ne sono un ulteriore esempio evidente (§ 7). La esclusione o il rilievo secondario attribuito a funzioni, valori e obiettivi diversi da quelli economici svuota il contenuto assiologico del diritto e riduce la scienza giuridica ad una "appendice" dell'economia (e della scienza economica), di cui costituisce la formalizzazione teorica applicata all'ambito normativo.

Il cambiamento del paradigma condiziona anche le metodologie, che caratterizzano la struttura di qualunque scienza, ivi incluso il diritto¹⁸¹. In particolare, nell'ambito delle tecniche interpretative – che senza dubbio costituiscono una delle principali "cassette degli attrezzi" a disposizione del giurista per elaborare le proprie concettualizzazioni – vi è una netta prevalenza della interpretazione orientata alle conseguenze. La norma giuridica viene valutata in termini di effetti positivi o negativi prodotti in relazione all'efficienza del sistema, all'aumento del benessere¹⁸². Si tratta di un canone interpretativo che può essere desunto dall'art. 12 delle preleggi, "essendo riconducibile al canone logico sistematico o al canone teleologico"¹⁸³. Tuttavia non può certo diventare l'unico o prevalente criterio di interpretazione, perché in tal modo si obliterano altri fondamentali criteri, quali la interpretazione letterale o "l'intenzione del legislatore", da intendersi come "lo scopo, il risultato razionale che la norma può oggettivamente perseguire nel momento in cui viene

¹⁸¹ In relazione al tema del "metodo scientifico" non posso che ribadire quanto ho già detto sul concetto di scienza giuridica (v. nt. 138). Per un'analisi recente della prima nozione vedi, peraltro, Civitarese Matteucci, *Some Remarks on Methodology in Legal Studies in the Light of the Challenges that Globalization poses to Legal Doctrine*, in *Revista catalana de dret public*, 2014, p. 119 ss.; Schiavello, *Scienza giuridica, metodo, giudizi di valore*, in *Teoria e Critica della Regolazione Sociale*, 2007, <http://www.lex.unict.it/tcrs>, p.1 ss.

¹⁸² Nel diritto del lavoro tale tecnica interpretativa è stata utilizzata particolarmente in relazione al licenziamento, dove, sul presupposto che la reintegra introduce eccessivi elementi di rigidità del sistema, si è favorita una lettura delle riforme del 2012 e del 2015 tesa a marginalizzare tale sanzione che scoraggerebbe le assunzioni (v. *supra* nel testo ed Ichino, *La riforma dei licenziamenti ed i diritti fondamentali dei lavoratori*, Relazione al Convegno Nazionale del Centro Studi "Domenico Napoletano", 2012 e Id., *La riforma del mercato del lavoro tra diritto ed economia*, Relazione alla Scuola Superiore della Magistratura, Scandicci, 2016, entrambe in <http://www.pietroichino.it>). Nel diritto civile, in base al presupposto che la responsabilità oggettiva favorisce una migliore allocazione delle risorse, essa è stata usata per proporre una nuova interpretazione del concetto di caso fortuito. Sulla interpretazione orientata alle conseguenze v. Perulli, *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi: un mutamento di "paradigma" per il diritto del lavoro?*, in L. Fiorillo, A. Perulli (a cura di), *Il contratto a tutele crescenti e Naspi. Decreti legislativi 4 marzo 2015, n. 22 e 23*, Giappichelli, 2015, 9 ss.; Mengoni, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Giuffrè 1996, 95 ss.

¹⁸³ Mengoni, op. ult. cit., 92

applicata"¹⁸⁴. Un caratteristica che certamente non coincide con gli effetti economici che concretamente la disposizione può produrre bensì con le finalità che essa intendeva perseguire (ed a prescindere, quindi, dalle concrete conseguenze che può determinare).

Alcuni anni fa si sosteneva che un diritto del lavoro non rivolto a tutelare la personalità del lavoratore avrebbe potuto determinare "un'irreversibile mutazione genetica" della materia¹⁸⁵. A me sembra che questo processo si sia verificato, modificandone gli obiettivi (dalla tutela dei lavoratori a strumento per garantire la competitività delle imprese e dei sistemi economici), i valori di riferimento, le elaborazioni scientifiche (in rapporto ai contenuti e alle metodologie applicate).

10. La critica della subordinazione del diritto del lavoro all'economia e la riaffermazione della sua "specificità" assiologica e scientifica.

Questa nuova dimensione del diritto del lavoro si presta a varie considerazioni critiche. Si è visto infatti che alcuni postulati fondamentali - come ad esempio la capacità di questo ramo del diritto di influenzare variabili macroeconomiche o di incidere sulla competitività degli Stati nazionali - sono fortemente discutibili e contestati anche da altre teorizzazioni della scienza economica (§ 6 ss.). Inoltre, anche il mezzo principale di attuazione di questa nuova funzione del diritto del lavoro (l'analisi economica del diritto) si presta a obiezioni sostanziali. Si tratta, infatti, di uno strumento euristico che, sebbene sempre più diffuso tra i giuristi, è stato recentemente contestato nei suoi profili epistemologici, tanto da essere definito come una teoria "debole", in quanto "rudimentale sul piano filosofico e così opinabile sul piano pratico"¹⁸⁶. Nell'ambito di un'analisi che propende per una lettura del diritto tutta rivolta a valutarne l'efficienza e la sua capacità di massimizzare il benessere, questa critica si è estesa a tutti i suoi postulati fondamentali¹⁸⁷. E mi sembra peraltro che l'elemento principale di contestazione possa essere identificato nell'idea secondo la quale è possibile "effettuare una sensata (e magari monetaria) misurazione di ogni bene (vita umana compresa)" e nel sostenere

¹⁸⁴ Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè 2004, p. 151.

¹⁸⁵ Passaniti, *Storia del diritto del lavoro*, cit., 25.

¹⁸⁶ Denozza, *Il modello dell'analisi economica del diritto*, cit., p. 48.

¹⁸⁷ Ivi, p. 50, sono sottolineate "un'ampia serie di difficoltà teoriche (dalla arbitrarietà delle aggregazioni di benessere, alla non invarianza della unità di misura - il denaro - che dovrebbe consentirne il calcolo, dalla absurdità della separazione dei profili allocativi da quelli distributivi, alla inaccettabilità del primato attribuito all'efficienza rispetto all'equità ecc.)".

“l’irrelevanza di ogni altro valore non immediatamente misurabile in termini di aumenti e diminuzioni di benessere”¹⁸⁸.

Questa valutazione tutta economica del diritto finisce per negare la specificità, obliterando completamente la sua “dimensione assiologica, i suoi valori, i suoi principi”¹⁸⁹, che trovano oggi un importante fondamento regolativo in molte fonti primarie ed in testi costituzionali italiani ed europei, oltre che nelle Convenzioni OIL. Mi chiedo, d’altra parte, come si possa pretendere di “misurare” e di “quantificare economicamente” diritti fondamentali – che sono parte integrante della regolazione giuridica del lavoro – quali la dignità, la libertà, l’eguaglianza, la sottoprotezione sociale ed economica, “l’effettiva partecipazione di tutti lavoratori all’organizzazione politica, economica e sociale del Paese” (art. 3, c. 2, Cost.), la “cittadinanza sociale”, la tutela della salute e della sicurezza. In alcuni casi una simile operazione è impossibile (quale è il *quantum* economico della dignità, della eguaglianza, della partecipazione ecc.?). Oppure, anche se realizzabile (si pensi al risarcimento per danno biologico, morale esistenziale) si tratta solo di una parametrizzazione economica della lesione di un diritto che conserva in ogni caso una sua sfera essenziale “irriducibile” a qualsiasi monetizzazione (il dolore per la perdita di un congiunto non può che trovare compensazione parziale e limitata nella erogazione di una somma di denaro).

La visione economica del diritto del lavoro, inoltre, nega in radice la stessa dimensione dei poteri che la legge attribuisce al titolare del contratto, occultando quei profili di supremazia giuridica ed economica che sono una caratteristica della subordinazione¹⁹⁰. E questo non deve stupire perché la teoria economica prevalente tende ad escludere la “dimensione organizzativa, quella che riguarda la titolarità delle decisioni, ossia le relazioni di *potere* tra gli agenti coinvolti”¹⁹¹, anche perché il concetto di potere “contraddice in modo irreparabile il suo postulato metodologico di base (quello della capacità individuale di scelta economica)”¹⁹².

Una prova evidente di questa distanza con l’economia in relazione ad istituti fondamentali del diritto del lavoro può essere rinvenuta nella disciplina del licenziamento. Infatti, la dimensione assiologica di questo

¹⁸⁸ Denozza, *Il modello dell’analisi economica del diritto*, cit., p. 49, nt. 15. Si vedano anche le osservazioni critiche di Perulli, *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi*, cit., 9 ss.

¹⁸⁹ Perulli, *Efficient breach, valori del mercato*, cit., p. 561

¹⁹⁰ V. *retro* § 3.

¹⁹¹ Salento, *Somministrazione, appalto, organizzazione: politiche del diritto, interpretazioni, teorie organizzative*, DLRI, 2006, 471, che la riferisce a contratti attraverso cui si gestiscono le esternalizzazioni ed alla teoria dei costi di transazione, ma con riflessioni che sono naturalmente estensibili alla teoria economica in generale.

¹⁹² Del Punta, *L’economia e le ragioni del diritto del lavoro*, cit., 23

ramo del diritto trova nel recesso del datore di lavoro uno dei suoi momenti di maggiore importanza.

Si tratta, infatti, di un potere unilaterale che può incidere in modo significativo su aspetti fondamentali della personalità e della dignità del lavoratore, come nel caso del recesso motivato da ragioni discriminatorie o di quello per giusta causa fondato su comportamenti giuridicamente o moralmente riprovevoli del dipendente e che mettono in discussione la sua onorabilità. Lo stesso può dirsi per il licenziamento che contenga un giudizio di disvalore sulla competenza tecnica nell'adempimento o che si fondi su una responsabilità del lavoratore imputabile a sua negligenza. Sono tutte situazioni rispetto alle quali il prestatore, indipendentemente dagli effetti economici del recesso, ha uno specifico interesse a riaffermare la propria soggettività con una sentenza che accerti la lesione della sua dignità (dichiarando il carattere discriminatorio del licenziamento o l'assenza di comportamenti disonorevoli) o la correttezza della sua condotta a fronte dell'imputazione di fatti mai commessi o comunque privi della gravità che gli si vorrebbe attribuire. D'altra parte, il recesso interrompe l'esecuzione della prestazione, che non è solo l'adempimento di un obbligo contrattuale ma uno strumento di realizzazione della personalità del lavoratore e di esercizio dei suoi diritti fondamentali¹⁹³. Infatti, «il prestatore, attraverso il lavoro reso all'interno dell'impresa, da intendere come formazione sociale nei sensi dell'art. 2 Cost., realizza non solo l'utilità economica promessa al datore, ma anche i valori individuali e familiari indicati nell'art. 2 cit. e nel successivo art. 36»¹⁹⁴. E questo spiega perché, anche nel caso del licenziamento economico, sono in gioco sia profili reddituali connessi a garantire, ai sensi dell'art. 36 Cost., una vita libera e dignitosa (in una dimensione non riconducibile, dunque, solo al "prezzo"

¹⁹³ Su tali aspetti, cfr. Speziale, *Situazione delle parti e tutela in forma specifica nel rapporto di lavoro*, in M. Barbieri, F. Macario, G. Trisorio Liuzzi (a cura di), *La tutela in forma specifica dei diritti nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, 2004, pp. 88 ss. e, di recente, Cannati, *Bisogni, rimedi e tecniche di tutela del prestatore di lavoro*, *DLRI*, 2012, 129 ss. Si rinvia anche a Nogler, *La nuova disciplina dei licenziamenti ingiustificati alla prova del diritto comparato*, in *DLRI*, 2012, 685.

¹⁹⁴ Cass., S. U., 10 gennaio 2006 n. 141. La sentenza segue l'impostazione della dottrina indicata nella nota precedente (a cui *adde* Mazzamuto, *Ancora sul mobbing*, in AA. VV., *Il danno alla persona del lavoratore*, Giuffrè, 2007, 211 ss.; Id., *Un' introduzione al mobbing*, in P. Tosi (a cura di), *Il mobbing*, Giappichelli, 2004, 23 ss. e nt. 45; Pagni, *Tutela specifica e tutela per equivalente*, Giuffrè, 2004, 65 ss.; Id., *Diritto del lavoro e tecniche di tutela: problemi e prospettive*, in *RIDL*, I, 2005, 489 ss.; Proto Pisani, *Note sulla tutela civile dei diritti*, in M. Barbieri, F. Macario, G. Trisorio Liuzzi (a cura di), *La tutela in forma specifica dei diritti nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, 2004, 40; Di Majo, *La tutela civile dei diritti*, Giuffrè, 2001, 270 ss.) ed è stata recentemente confermata nelle sue argomentazioni da Cass. 18 giugno 2012, n. 9965. Sulla coesistenza, nel diritto del lavoro, di tecniche risarcitorie e ripristinatorie v. anche Perulli, *Efficient breach, valori del mercato*, cit., 564, nt. 12.

del lavoro), sia l'interesse a conservare un legame con l'impresa, che è anche il luogo di valorizzazione della persona e di altri valori costituzionalmente garantiti del lavoratore¹⁹⁵.

La sostituzione della reintegrazione quale sanzione generale nel caso di licenziamento illegittimo con una indennità risarcitoria è stata salutata come il passaggio dalla *property rule*, che di solito "viene riservata ai casi in cui sia in gioco un diritto assoluto della persona", alla regola della *liability rule*, che opera quando "sia in gioco soltanto un interesse economico e professionale del lavoratore"¹⁹⁶. E, sempre in un approccio di *Law and Economics* si è affermato che l'idea secondo cui la perdita del posto di lavoro "lede sempre il diritto fondamentale al lavoro.... corrisponde ad una concezione del rapporto di lavoro ispirata all'idea della *job property*, che mal si concilia con l'insindacabilità delle scelte imprenditoriali e con la stessa regola del giustificato motivo oggettivo"¹⁹⁷.

Ho già espresso critiche a questa impostazione¹⁹⁸. Qui preme rilevare che essa trascura completamente il *profilo giuridico* delle tecniche sanzionatorie analizzate. In tale ambito, infatti la reintegrazione nel posto di lavoro è un rimedio ripristinatorio del diritto violato, coerente con la tutela in forma specifica, che supera la logica compensativa dell'indennizzo pecuniario. Questa tecnica ritiene che la lesione di determinati interessi non possa essere soddisfatta dalla mera monetizzazione, ma richiede la *restituito in integrum* della posizione soggettiva, particolarmente quando sono in gioco diritti non esclusivamente economici, come nel rapporto di lavoro.

Tale approccio, coerente con una specifica lettura dell'art. 24 Cost. e del diritto all'*effective remedy* espresso in fonti sopranazionali¹⁹⁹, è stato accolto da importanti elaborazioni della nostra dottrina processualistica e lavoristica²⁰⁰ ed anche dalle Sezioni Unite della Cassazione. La Corte, infatti, rileva come il risarcimento del danno è un rimedio utilizzato anche nel diritto del lavoro ma non ne costituisce la regola, che va invece identificata nella reintegrazione in forma specifica²⁰¹. Quest'ultima è una

¹⁹⁵ Tra questi anche l'esercizio di diritti sindacali che costituiscono espressione ulteriore di realizzazione della personalità del lavoratore e che ne realizzano la sua «dimensione sociale».

¹⁹⁶ Ichino, *La riforma dei licenziamenti ed i diritti fondamentali dei lavoratori*, cit., p. 10 - 11.

¹⁹⁷ Ibidem.

¹⁹⁸ Speciale, *La riforma del licenziamento individuale*, cit., 352.

¹⁹⁹ Cannati, op. cit., 2012, 32 ss. con ulteriori indicazioni bibliografiche e la critica al diverso indirizzo della Corte di Giustizia sull'effettività del rimedio risarcitorio nelle situazioni indicate nel testo.

²⁰⁰ Si rinvia agli autori citati nelle precedenti nt. 148 e 149.

²⁰¹ Si è giustamente sottolineato che «la contrapposizione, cara ad Ichino ed altri cultori dell'analisi economica del diritto, tra *property rule* e *liability rules* rappresenta l'ipostatizzazione dei sistemi di *common law* nei quali l'obbligazione inadempita si trasforma

tecnica fondamentale del nostro ordinamento giuridico, che, in coerenza con l'art. 24 Cost., vuole garantire «l'esatta soddisfazione del creditore non tenuto ad accontentarsi dell'equivalente pecuniario»²⁰². In questo contesto «il diritto del lavoratore al proprio posto, protetto dagli artt. 1, 4 e 35 Cost., subirebbe una sostanziale espropriazione se ridotto in via di regola al diritto ad una somma»²⁰³.

Questo orientamento, ovviamente, non implica l'obbligo della reintegra quale unica sanzione ammessa dall'ordinamento. Non vi è dubbio, peraltro, che le Sezioni Unite si muovono in un'ottica molto lontana dal *severance pay* e dalla ricostruzione degli interessi sottesi al contratto di lavoro in chiave meramente economica²⁰⁴. L'impresa, secondo tale opinione, è il luogo di realizzazione della personalità del lavoratore alla luce di un disegno costituzionale più ampio, che vede nel lavoro l'espressione di un diritto fondamentale²⁰⁵.

Come si vede, le tutele ripristinatorie e risarcitorie hanno nell'ambito giuridico una specificità tecnica e perseguono degli obiettivi molto diversi da una semplice valutazione in termini di costi e benefici o di opposizione tra *property rule* e *liability rule*. Considerazioni analoghe possono essere svolte per il controllo giudiziale sugli assetti organizzativi dell'impresa, diretto a verificare che i poteri imprenditoriali siano esercitati nel rispetto del bilanciamento tra valori costituzionalmente protetti. Una logica, questa molto differente dalla insindacabilità delle prerogative manageriali che viene predicata dall'approccio economico al diritto del lavoro²⁰⁶. I poteri che caratterizzano il contratto di lavoro non possono essere ridotti soltanto ad una valutazione in termini economici, né la *Law and Economics* è in grado di cogliere tutti i profili valoriali che caratterizzano i rapporti di lavoro. E questa considerazione può essere estesa a molti altri aspetti già analizzati, come la professionalità, la sicurezza, la tutela della dignità ecc.

La subordinazione del diritto del lavoro all'economia - a prescindere dalla fondatezza o meno dei suoi assiomi - oscura i profili assiologici e le tecniche di questo ramo del diritto. Non si è in presenza soltanto di una

automaticamente in obbligo risarcitorio e non si adatta, quindi, ai sistemi (storicamente esistenti) di *civil law* che assegnano, invece, priorità all'adempimento in forma specifica» (Nogler, La nuova disciplina dei licenziamenti ingiustificati alla prova del diritto comparato, DLRI, 2012, 669).

²⁰² Cass., S. U., 10 gennaio 2006, n. 141, cit., 7.

²⁰³ Cass., S. U., 10 gennaio 2006, n. 141, cit., 8.

²⁰⁴ Perulli, Efficient breach, *valori del mercato*, cit., 564 ss.

²⁰⁵ Non è un caso che la Corte Cost. abbia affermato che il diritto al lavoro è «un fondamentale diritto della persona umana»: C. Cost. 3 marzo 1994, n. 108 (con richiamo alla sentenza n. 45 del 1965 della stessa Corte).

²⁰⁶ Per l'approfondimenti di questi temi rinvio a Speziale, La riforma del licenziamento individuale, cit., 354 ss.

“tirannia dei valori economici”²⁰⁷ ma di una vero e proprio ridimensionamento dell’autonomia del diritto del lavoro. Un acuto studioso che ha analizzato anche i problemi epistemologici della scienza giuridica ha sottolineato come sia possibile che si materializzi “il rischio della subordinazione monistica del diritto all’economia”²⁰⁸. Ritengo che, almeno per quanto riguarda il diritto del lavoro, questo rischio si è ormai avverato e costituisce una realtà indiscutibile.

11. Il ruolo del giurista del lavoro.

La realtà prima descritta sollecita l’interrogativo di quale sia il ruolo del giurista del lavoro. La crisi di “identità” di questo ramo del diritto – incapace di “adeguare le proprie strutture cognitive e valutative, in una parola la propria razionalità, ad un contesto economico, sociale e culturale, profondamente trasformato”²⁰⁹ – non può non riflettersi sullo studioso della materia e sui compiti che gli sono affidati. Mi sembra evidente che il giurista, oltre ad analizzare lo sviluppo e la dinamica del diritto, ad interpretarne il contenuto, ad individuare possibili linee di riforma, debba in qualche modo occuparsi anche del suo statuto epistemologico, che ne costituisce il substrato e la ragione della sua stessa attività intellettuale. Cercherò quindi di delineare quale apporto può essere dato in tale ambito, trascurando altre funzioni essenziali del ruolo (didattica, selezione degli studiosi, rapporto con la politica e con le professioni ecc.)²¹⁰.

L’“invasione” dell’economia sul diritto del lavoro mi sembra indiscutibile. Ritengo tuttavia che, nei confronti di questa realtà, non sia possibile un atteggiamento autoreferenziale, tendente ad ignorarne le analisi ed i contenuti, in base al presupposto che questo ramo del diritto è caratterizzato da “una sfera valoriale che deve essere tenuta al riparo dalla razionalità efficientistica dell’economia, cui deve, piuttosto, fare da contraltare”²¹¹. Un simile approccio sarebbe, in primo luogo, evidentemente irrealistico in considerazione della egemonia culturale del discorso economico in ambito generale, che trascende la stessa dimensione giuridica e si estende ormai alla politica, alla società ed a qualunque profilo dell’agire umano. A parte queste considerazioni, si tratterebbe comunque di un atteggiamento errato. Come si è cercato di argomentare, il rapporto

²⁰⁷ Perulli, *Efficient breach, valori del mercato*, cit., 584

²⁰⁸ Del Punta, *Epistemologia breve del diritto del lavoro*, cit., p. 46

²⁰⁹ Ivi, 38.

²¹⁰ Su tali aspetti il Gruppo “Freccia Rossa” ha organizzato un Convegno, tenuto a Roma il 24 maggio 2016, dal titolo *Il nuovo giuslavorista nell’accademia, nella magistratura e nella professione*. Tra gli interventi che analizzano tali aspetti cfr. Del Punta, *Il nuovo giuslavorista*, dattiloscritto.

²¹¹ Del Punta, *Epistemologia breve del diritto del lavoro*, cit., p. 44.

tra diritto del lavoro ed economia è nel "codice genetico" della materia, sia nella dimensione micro, riguardante la singola impresa, sia nel riflesso macro, connesso al sistema economico complessivo. Non considerare tali aspetti significherebbe, dunque, negare una delle sue caratteristiche fondamentali ed eliminarla dall'oggetto del proprio studio, venendo meno al compito del giurista.

L'apertura cognitiva con la scienza economica ed il confronto con le sue acquisizioni è dunque indispensabile. Molti anni fa si sosteneva che nel diritto del lavoro "il superamento del tradizionale metodo dogmatico, in una con l'impiego della critica politica e sociologica, l'apertura interdisciplinare, la comparazione internazionale, appaiono ormai elementi distintivi costanti"²¹². Si sottolineava inoltre come l'efficienza – che costituisce l'obiettivo fondamentale dell'economia (§ 9) – "non è una prerogativa padronale, ma costituisce un principio di azione valido per tutti. Ma neppure è una legge scientifica, e pertanto sulle modalità di traduzione pratica di essa possono emergere divergenze, anche profonde"²¹³. In questo contesto una analisi sugli effetti economici di una norma giuridica potrebbe avere una sua utilità per comprenderne le conseguenze che essa può determinare sul funzionamento dell'impresa, sui suoi costi, sulla capacità di essere concorrenziale, in una parola sulla sua attitudine a stare sul mercato e a produrre dunque ricchezza, con i suoi inevitabili riflessi su occupazione, salari ecc.²¹⁴. In senso più generale si può anche affermare che, quando un diritto, come quello del lavoro, è fortemente "impregnato" di economia ed opera anche come meccanismo di creazione e redistribuzione di ricchezza, è impossibile non prendere in considerazione gli effetti che esso determina sul sistema economico. Da questo punto di vista, l'art. 151 del TFUE che pone tra gli obiettivi della Politica sociale europea il mantenimento della competitività dell'economia dell'Unione è espressione di questo principio²¹⁵. Senza dimenticare che "i diritti vivono nella storia e nelle condizioni reali

²¹² Giugni, *Diritto del lavoro (voce per un'enciclopedia)*, cit., 252

²¹³ Giugni, *Il diritto del lavoro negli anni '80*, cit., 334. Qualche anno dopo si sottolineava che "non è vero che l'efficienza non abbia nulla a che vedere con i valori. La piena occupazione, che è l'indicatore fondamentale di efficienza del mercato del lavoro, rappresenta anche l'attuazione di uno dei più cruciali valori costituzionali" (Del Punta, *L'economia e le ragioni del diritto del lavoro*, cit., 8).

²¹⁴ L'analisi economica del diritto può essere utile per verificare "il profilo dell'efficacia materiale delle norme" (Del Punta, *Epistemologia breve del diritto del lavoro*, cit., p. 44, che richiama le essenziali acquisizioni espresse da Lyon Caen, Perulli, *Efficacia e diritto del lavoro*, Cedam, 2008). E si è sottolineato come "entro certi limiti può essere accettata anche un'etica dei mezzi, e cioè un aspetto morale determinato dai valori strumentali dell'efficienza e della produttività in coerenza con le indicazioni provenienti dall'analisi costi benefici" (Mengoni, *Il lavoro nella dottrina sociale della chiesa*, cit., 59).

²¹⁵ Del Punta, *L'economia e le ragioni del diritto del lavoro*, cit., 7 ss

che ne rendono possibile il soddisfacimento" e non possono essere assolutizzati in modo tale da renderli "impermeabili" alla società²¹⁶.

Il confronto con l'economia peraltro implica la considerazione di tutte le acquisizioni provenienti da questa scienza sociale e non solo quelle del pensiero *mainstream* più volte descritto nei precedenti paragrafi. Vi sono teorie economiche che hanno introiettato obiettivi quali l'equità, il benessere individuale non necessariamente legato al reddito, addirittura la felicità. Ed è chiaro che queste finalità impongono una considerazione della efficienza in senso non necessariamente connesso alla creazione/distruzione di ricchezza, ma anche in rapporto ad aspetti non economici, che richiamano i valori che sono tipici del diritto del lavoro²¹⁷. Inoltre, nel dialogo con gli economisti, non è possibile dimenticare che le acquisizioni teoriche di questa scienza "raramente sono in grado di fornire spiegazioni condivise, in particolare sui nessi fra determinati fattori ed i relativi effetti, riuscendo a giungere, al massimo, a conclusioni probabilistiche"²¹⁸.

In realtà, se analizziamo lo sviluppo del diritto del lavoro negli ultimi trenta anni e consideriamo lo stato del dibattito economico e la sua influenza sul processo regolativo, l'impressione che si ricava è assai diversa. L'economia si identifica con una teoria assolutamente dominante (coincidente con quella neoclassica), che ho definito come "pensiero unico"²¹⁹, adottata dalle grandi istituzioni economiche internazionali e senza che vi sia spazio per elaborazioni teoriche alternative. Questo approccio prescinde in larga misura da un confronto, tutto economico, sugli effetti delle norme lavoristiche e sulla loro stessa attitudine a raggiungere gli obiettivi che si sono prefigurati. Ho già esaminato in precedenza questi aspetti, in relazione alla (indimostrata) correlazione tra riduzione delle tutele in materia di lavoro e crescita dell'occupazione, al rapporto tra

²¹⁶ Del Punta, *L'economia e le ragioni del diritto del lavoro*, cit., 8 (che richiama l'insegnamento di N. Bobbio); Id., *Epistemologia breve del diritto del lavoro*, cit., p. 43 ss.

²¹⁷ Tra queste diverse teorie economiche, uno dei riferimenti obbligati, ma non l'unico, è alle opere di Amartya Sen (*Il tenore di vita. Tra benessere e libertà*, Marsilio, 1998; *Lo sviluppo è libertà. Perché non c'è crescita senza democrazia*, Mondadori, 2000; *L'idea di giustizia*, Mondadori, 2010), con il suo approccio che tenta di mediare tra un discorso utilitarista ed una dottrina fondata sui diritti. Questa interpretazione sostiene un concetto di sviluppo che non coincide con l'aumento del reddito, ma con l'incremento della qualità della vita e considera principi fondamentali quali la libertà e l'eguaglianza ecc. Ma non vanno dimenticati anche gli economisti secondo i quali, per questa scienza, "i valori di riferimento non debbono essere soltanto quelli dell'allocatione efficiente, bensì anche quelli della libertà, dell'equità, della compassione, della autodeterminazione dei cittadini.." (Del Punta, *L'economia e le ragioni del diritto del lavoro*, cit., 25, a cui si rinvia per i riferimenti bibliografici e l'analisi di queste scuole di pensiero).

²¹⁸ Del Punta, *Epistemologia breve del diritto del lavoro*, cit., p. 54

²¹⁹ Speciale, *L'articolazione della fattispecie*, cit., p. 146

disciplina dei licenziamenti e la sua influenza sulla attrattività degli investimenti esteri, alla idoneità della disciplina giuridica del lavoro ad influenzare in modo determinante la competitività dei sistemi economici nazionali o ai limiti di modelli teorici che legano alle riforme del lavoro effetti su variabili macroeconomiche (§ 6 e 7). Tali obiezioni, tra l'altro, vengono spesso proprio dai soggetti che operano queste analisi e che hanno adottato la teoria economica *mainstream*²²⁰. Da questo punto di vista, ad esempio, particolare rilievo hanno gli studi compiuti dall'Ocse sulla relazione tra flessibilità salariale ed occupazione, quando si è affermato che né la teoria né le analisi econometriche sono state in grado di determinare l'influenza sui livelli occupazionali di discipline legali o contrattuali sui minimi salariali²²¹. Ed analoghe considerazioni possono essere effettuate per il rapporto tra crescita dei posti di lavoro e legislazione restrittiva in materia di licenziamenti²²². Tale irrilevanza della realtà si manifesta anche in altre forme. Nel 1972, ad esempio, si è ipotizzato che l'impresa è un *nexus of contracts*, nel quale il datore di lavoro è "l'agente contrattuale centralizzato di un processo produttivo di squadra (*team production*)", che non esercita alcun potere gerarchico sui lavoratori, bensì un potere di organizzazione "che in nulla differisce dal potere contrattuale di scelta esercitato dal consumatore all'atto di acquistare un determinato prodotto"²²³. Quando questa teoria è stata elaborata l'organizzazione dell'impresa era quella (pressoché esclusiva) fondata sul modello tayloristico, che, come è universalmente noto, è caratterizzato da una strutturazione fortemente gerarchica che certamente esclude che "gli agenti contrattuali" che compongono la forza lavoro possono essere considerati in una posizione paritaria e non "subordinata" (e non è certo un caso che il potere direttivo di cui all'art. 2094 c.c. sia stato pensato proprio in relazione a questo tipo di organizzazione imprenditoriale). Si tratta di un caso classico di elaborazione teorica che non considera le caratteristiche concrete del modo di produzione e si muove in una logica tutta autoreferenziale.

²²⁰ Si pensi alle valutazioni effettuate nei vari Rapporti sulla competitività degli Stati già esaminati nel § 7 ed alle loro evidenti contraddizioni. Con conclusioni che possono essere estese anche ai Rapporti Ocse indicati nel testo.

²²¹ Su tali aspetti v. Speziale, *L'articolazione della fattispecie*, cit., p. 148, con riferimento all'*OECD Employment Outlook*, OECD, Paris, 1998 (analizzato su tale aspetto)

²²² Ibidem (in relazione agli *OECD Employment Outlook*, OECD, Paris, 1998 e 2004, con indicazioni bibliografiche). Su tale questione v. anche Ashiagbor, op. cit., 2005, 41 ss. (con ampie indicazioni bibliografiche).

²²³ Perulli, *Costanti e varianti in tema di subordinazione e autonomia*, cit., 268, che analizza la tesi di Alchian, Demsetz (*Production, Information, Costs, and Economic Organization*, 1972).

Questi aspetti pongono problemi di grande rilievo. Da un lato si è in presenza di un "formante economico" molto "aggressivo"²²⁴ (soprattutto per essere stato adottato da grandi istituzioni internazionali, UE inclusa), che "pretende" riforme del diritto del lavoro in senso deregolativo (puntualmente realizzate) per raggiungere (assai improbabili) incrementi di benessere, occupazione ecc. Dall'altro questo processo si svolge all'interno di un deficit di riscontri empirici che dimostrino l'esattezza delle teorie postulate. Il che non deve stupire. Bisogna infatti ricordare che «spesso gli economisti accademici non si interessano alla realtà, o meglio si costruiscono una loro realtà teorica e, se scoprono che la realtà reale funziona in modo diverso, considerano sbagliata quest'ultima e non la loro teoria»²²⁵. Una conclusione questa che può forse spiegare per quale ragione le ipotesi teoriche sopra descritte in tema di riduzione di tutele siano *indifferenti* alle «dure repliche della realtà» ed all'assenza di riscontri empirici che confermino le teorie formulate.

Si assiste dunque ad un duplice fenomeno. Si sviluppano teorie economiche che suggeriscono la riduzione delle garanzie a tutela dei lavoratori a *prescindere* dalla loro concreta efficacia sul sistema produttivo ed in relazione agli stessi obiettivi che si sono perseguiti. Questa impostazione, peraltro, è coerente con una «deriva» di una materia che dimentica di essere una scienza sociale e politica e si caratterizza oggi per «un crescente distacco dell'analisi teorica economica dalla realtà»²²⁶. Inoltre, il carattere sperimentale della scienza, che dovrebbe condurre ad un confronto tra modelli economici ed evidenza empirica, viene completamente negato attraverso una sistematica obliterazione di dati statistici e di analisi di vario tipo che mettono in evidenza risultati che contrastano l'assunto di base (più flessibilità dei licenziamenti determina maggiore occupazione, più investimenti esteri e così via).

L'obiettivo della efficienza, che costituisce la «ragione sociale» di qualunque teoria economica, viene così smentito in conseguenza di un eccesso di astrattezza e di carenza del legame con la realtà, oppure considerando i dati concreti come un fattore trascurabile che non merita di essere considerato. In questo caso l'effetto paradossale è massimo. Non solo il diritto del lavoro è «colonizzato» dall'economia, ma questo processo si verifica nell'ambito di una evidente violazione dello statuto epistemologico della scienza «dominante», che, in varie forme, *prescinde* dalla realtà e dimentica il suo carattere sociale e sperimentale. Diritto del lavoro ed economia sono entrambe snaturate nei propri elementi costitutivi

²²⁴ Del Punta, *Epistemologia breve del diritto del lavoro*, in *LD*, 2013, p. 46

²²⁵ Palazzi, *L'economia come scienza sociale e politica*, Aracne, 2011, p. 10.

²²⁶ *Ivi*, 13.

con un duplice effetto negativo che si riflette sulla nostra materia. In verità le teorizzazioni descritte in precedenza (§ 6 e 7) sono (non sempre ma molto spesso) una vera e propria «teologia economica», che ha ben poco di «scientifico» e che, come tutte le religioni, presuppone «dogmi e rivelazioni». I suoi assiomi sono presentati come verità indiscutibili e trasformati in una vera e propria ortodossia, dotata di una sua intrinseca razionalità che non ammette obiezioni, in quanto fondata su (presunte) ragioni oggettive di carattere economico.

In questo contesto, il giurista del lavoro deve, in primo luogo, contestare la pretesa di "scientificità assoluta" delle elaborazioni della teoria economica sottolineandone la contraddittorietà proprio sul piano empirico. Si è rilevato come questa attività "non produce risultati incisivi sulle linee di politica del diritto" per ragioni connesse ad un mutamento della scienza giuridica ed alla stessa posizione assunta dalle istituzioni internazionali (Banca Centrale, FMI, UE)²²⁷. Una tesi sicuramente condivisibile. Tuttavia, quello che non si ottiene in tema di capacità di influenzare il regolatore politico, lo si deve quantomeno ribadire sul piano scientifico. Dare un senso alla apertura cognitiva significa non abdicare alla funzione del giurista di selezionare le informazioni e le acquisizioni teoriche che provengono dalla scienza economica, pena altrimenti il tramonto del suo statuto epistemologico.

Il confronto con altre scienze sociali impone la conoscenza dei suoi contenuti, metodologie, linguaggi. Un processo certamente non semplice che, oltre ad imporre al giurista del lavoro un notevole sforzo concettuale, può condurre a valutazioni errate o a incomprensioni per carenza delle necessarie competenze professionali. Tuttavia questo rischio di "eclettismo" – esistente anche per gli economisti, che peraltro non sembrano molto preoccupati di questo problema – deve essere affrontato per le ragioni più volte spiegate²²⁸.

La difesa della autonomia giuridica deve essere realizzata anche nell'ambito delle metodologie. Si è già detto dell'impossibilità di attribuire valore euristico esclusivamente al canone della interpretazione orientata alle conseguenze (§ 9). In tale contesto bisogna ribadire che gli obiettivi economici, anche se recepiti all'interno della norma giuridica lavoristica, devono fare i conti con i "vincoli interpretativi" che derivano dal testo e dal

²²⁷ Perulli, *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi*, cit., 15 ss.

²²⁸ La teoria dell'autopoiesi afferma che "il dialogo tra sistemi (è) soltanto apparente, giacché ogni sistema, incluso quello giuridico, si sviluppa fondamentalmente attraverso codici e processi interni" (Del Punta, *Epistemologia breve del diritto del lavoro*, cit., p. 44, nt. 12). Mi sembra che la difficoltà di comunicazione, le trasformazioni e la "ricostruzione" delle teorie sociali da parte del diritto si fonda anche sulle diversità radicali nei linguaggi e nelle metodologie, che rendono difficili le conoscenze e quindi il dialogo.

sistema giuridico in cui essa si inserisce. E tali vincoli, in un processo ermeneutico che non ha ovviamente solo valore conoscitivo ma anche creativo dei contenuti delle disposizioni²²⁹, può determinare esiti applicativi certamente non coerenti con le finalità che l'economia persegue²³⁰. Questi risultati dei processi interpretativi devono ovviamente essere difesi (qualunque sia il giudizio che si voglia dare sui loro contenuti, spesso discutibili) perché costituiscono un *proprium* ineliminabile del diritto (anche del lavoro, ovviamente). In senso più generale bisogna ribadire che alcuni caratteri della scienza giuridica non possono essere negati. La distinzione tra tutela in forma specifica e per equivalente o tra forme di responsabilità oggettiva o fondate sulla colpa – a prescindere dalle possibili ricadute economiche ed anche dai diversi obiettivi e valori perseguiti – ha una sua specificità tecnica che può seguire logiche non necessariamente coincidenti con una valutazione in termini di "aggregazioni di benessere" o di analisi "costi/benefici".

Ovviamente il giurista del lavoro deve poi difendere la dimensione assiologica della sua materia. Si tratta del compito più difficile ma che certamente costituisce la sua "missione" principale. I valori di riferimento sono stati ampiamente analizzati e non è necessario soffermarsi ulteriormente su essi (§ 8, 9 e 10). Qui è importante mettere in evidenza che tali valori non costituiscono una scelta soggettiva del giurista - che in tal modo ribadisce la sua identità e giustifica la propria esistenza - ma sono un vincolo di diritto positivo basato sulle Carte fondamentali dei diritti, sui Trattati europei, sulla nostra Costituzione ed su molte leggi ordinarie che le attuano. Quando l'economia pretende di attribuire al diritto del lavoro il compito di garantire la competitività dell'impresa o dei sistemi economici non sta solo snaturando la "storia" della materia ma sta violando un

²²⁹ Su tali aspetti, ed in particolare sul "circolo ermeneutico", mi permetto di rinviare a Speciale, La giurisprudenza del lavoro ed il "diritto vivente" sulle regole interpretative, in *DLRI*, 2008, p. 613. Si vedano, anche Chiassoni, L'interpretazione nella giurisprudenza: splendori e miserie del "metodo tradizionale" e G. U. Rescigno, Comunicazione, comprensione, interpretazione di disposizioni normative, entrambi in *DLRI*, 2008, 553 e 589. Più recenti Villa, *Una teoria pragmaticamente orientata dell'interpretazione giuridica*, Giappichelli, 2012; Del Punta, *Epistemologia breve del diritto del lavoro*, cit., 51; Guastini, Interpretare, costruire, argomentare, in *Osservatoriosullefonti.it*, 2015.

²³⁰ Non è un caso che, proprio in considerazione di tale aspetto, si è sviluppata, sempre sotto input della scienza economica, una legislazione che tende ad escludere il controllo giudiziale, proprio per sottrarre la norma giuridica alla variabilità delle interpretazioni giuridiche. L'esempio più recente, in Italia, è la disciplina del contratto a tutele crescenti, dove l'esatta predeterminazione del risarcimento del danno in correlazione alla anzianità di servizio ha la finalità di escludere la discrezionalità del giudice sul *quantum* nell'ottica della prevedibilità esatta del "costo" dell'eventuale illegittimità del licenziamento (§ 9). Questa tendenza, sempre per le ragioni indicate, è presente anche in altri paesi europei (Perulli, *Efficient breach, valori del mercato*, cit., p. 562 ss.)

fondamentale complesso normativo che, di fatto, attribuisce a questo ramo del diritto "la tutela, l'elevazione e l'uguaglianza del lavoratore"²³¹. Nel dibattito che assegna al diritto del lavoro la funzione di promuovere obiettivi economici - si pensi al concetto di "riforme strutturali" perseguito dalla UE - questo aspetto viene completamente trascurato (§ 7). E anche la "flessibilità" dei principi costituzionali e di bilanciamento con quelli più propriamente economici (iniziativa economica privata, concorrenza, competitività) non può significare completa obliterazione della tutela del lavoro quale "formante" del sistema giuridico nazionale ed europeo. Qui sta il *proprium* assiologico del diritto del lavoro, che mi sembra - a normativa vigente - irrinunciabile e tuttavia chiaramente declinante.

Un esempio può essere utile. Si è già visto come l'occupazione sia un obiettivo dell'economia e del diritto del lavoro anche se le due materie attribuiscono ad essa valori diversi (§ 9). Ebbene tutte le riforme degli ultimi anni in questo campo - a fronte del problema certamente decisivo degli elevati livelli di disoccupazione - si è mosso in una logica che persegue la creazione di posti di lavoro come bene in sé, ed a prescindere dal contenuto qualitativo del rapporto. Ne è prova prima la incentivazione alla diffusione di contratti di lavoro temporanei e, successivamente, la riduzione dei diritti nel lavoro stabile. Ora, a prescindere dalla efficacia o meno di queste politiche (§ 6), esse sono in palese violazione di principi costituzionali che, al contrario, impongono la promozione di occupazione "di qualità" sotto il profilo dei diritti non solo economici ma che riguardano tutele fondamentali quali la dignità, l'eguaglianza, l'equità, il valore "sociale" del salario, la garanzia della sicurezza ecc. D'altra parte, un obiettivo quale quello del contratto a tempo indeterminato come "forma comune" del rapporto di lavoro - ribadito a livello europeo e nazionale²³² - implica in primo luogo una netta scelta di campo tipologica, che inibisce la generalizzazione dei contratti temporanei. Questi ultimi, che in una logica esclusivamente "quantitativa" di incremento dell'occupazione potrebbero essere perfettamente in linea con obiettivi economici, al contrario non rispecchiano una "scelta di valore" operata dall'ordinamento giuridico a favore della stabilità occupazionale e tale, pertanto, da dover condizionare la diversa finalità perseguita dall'economia.

²³¹ Mazzoni, *op. cit.*, 1074

²³² Il principio, contenuto in molte Direttive europee sui contratti flessibili (particolarmente quelle sul contratto a termine e part time), è stato sempre ribadito dalla Corte di Giustizia Europea (soprattutto con riferimento al vasto contenzioso sui rapporti a termine: si veda, da ultimo, Cgue 13.3.2014, causa C-190/13, *Samohano*, punto 51, con indicazione di altri precedenti della Corte analoghi) ed è stato recepito anche dal legislatore italiano (da ultimo l'art. 1 del d.lgs. 81/2015). Su tale principio v. Perulli, *Il contratto a tempo indeterminato è la forma comune dei rapporti di lavoro*, in L. Fiorillo, A Perulli (a cura di), *Tipologie contrattuali e disciplina delle mansioni*, Giappichelli, 2015.

Un altro esempio: vi sono studi economici che predicano la inefficienza della tutela antidiscriminatoria, che produrrebbe diseconomie di vario genere. Anche se tali conclusioni fossero verificabili e quindi dotate di una propria verità, non vi è dubbio che la *ratio* giuridica di tale tutela – impedire che condizioni personali connesse ad attributi fondamentali dell'essere umano possano costituire la base di trattamenti normativi differenziati – non può che prevalere in considerazione della supremazia dei valori non economici alla luce delle disposizioni contenute nei Trattati europei e nella Costituzione italiana.

La riaffermazione dei valori e degli obiettivi del diritto del lavoro, racchiusi in norme costituzionali di vario livello ed espressi nella legislazione ordinaria, è il mezzo attraverso cui il giurista difende anche l'autonomia della materia da altre scienze sociali. È vero che la crescita dei diritti fondamentali, legata al processo di costituzionalizzazione del lavoro, non ha impedito la economicizzazione del rapporto (§ 8). Tuttavia essa può costituire un argine contro una logica "totalizzante", che legge il contratto di lavoro solo in una dimensione di efficienza e di costi, consentendo, attraverso la tecnica tradizionale dei "controlimiti" (pur nella sua problematicità), di ribadire la specificità assiologica di questo ramo del diritto²³³. L'esito di questa utilizzazione dei principi costituzionali per ridurre la "deriva economicista" non è certamente scontato per le ragioni già spiegate (contenuti generici, possibilità di diverse interpretazioni, difficoltà di stabilire priorità tra essi) (§ 8). Senza dimenticare le letture molto diverse che le stesse Corti superiori esprimono²³⁴. Mi rendo anche conto che si tratta di una strategia meramente "difensiva" che non è probabilmente in grado di invertire le tendenze egemoniche del pensiero economico. Inoltre se ne è recentemente sottolineato il carattere "regressivo", incapace di cogliere le novità che scaturiscono dagli imponenti

²³³ Sulla teoria dei "controlimiti" "elaborata in Italia dalla Corte costituzionale, similmente a quanto avvenuto presso altri giudici costituzionali europei, come argine rispetto a possibili violazioni dei principi fondamentali della Costituzione e dei diritti inviolabili da parte delle fonti degli ordinamenti sovranazionali e internazionale, oltre che del diritto concordatario e delle leggi costituzionali e di revisione" (Calvano, La Corte costituzionale e i "Controlimiti", 2016, in <http://www.federalismi.it>), la bibliografia è sterminata. A parte l'a. citata vedi, più di recente, Tullini, Effettività dei diritti fondamentali del lavoratore: attuazione, applicazione, tutela. *DLRI*, 2016, 295; Luciani, I controlimiti e l'eterogeneità dei fini. *QG*, 2015, I, 84 ss.; Spadaro, La crisi, i diritti sociali e le risposte dell'Europa, in B. Caruso, G. Fontana (a cura di), *Lavoro e diritti sociali nella crisi europea. Un confronto tra costituzionalisti e giuslavoristi*, Il Mulino, 2015, p. 37 ss.

²³⁴ Si è ben consapevole dei notevoli problemi connessi alla teoria dei "controlimiti" ed alle difficoltà, in alcuni casi, della sua attuazione. Si rinvia, sul punto, agli a. citati nella nt. precedente. Ciò non esclude, peraltro, che importanti risultati, sul piano della effettività dei diritti, siano stati conseguiti (cfr., ad es. Tullini, op. ult. cit., 295 ss.).

processi di trasformazioni sociali ed economiche ormai realizzati²³⁵. In verità a questa obiezione si può rispondere che la difesa dei valori positivizzati dall'ordinamento giuridico, pur se riletti in un'ottica dinamica e non statica (come sempre deve essere per chi interpreta il diritto), è una ineliminabile funzione del giurista, a cui certamente non è possibile rinunciare. E che essa, quindi, è in qualche misura una strada obbligata, a meno di non voler ritenere che i principi e gli obiettivi del diritto del lavoro e le regole protettive che ne costituiscono attuazione sono "orpelli e bardature che ostacolano l'impresa, il funzionamento del mercato, gli investitori stranieri"²³⁶.

Non vi è dubbio che non ha senso "contrapporre orizzontalmente il diritto del lavoro all'economia: ciò semplicemente perché *il diritto del lavoro è fatto anche di economia, così come di tante altre ragioni e giustificazioni*, senza peraltro esaurirsi in alcuna di esse"²³⁷. Tuttavia, il diritto in generale (e quello del lavoro in particolare) deve necessariamente essere concepito come sistema di valori che completa quelli economici e mercantili. La sua funzione fondamentale è quella - essenziale nelle società complesse e pluralistiche - di "arbitraggio" tra valori, per organizzare la coesistenza e la coordinazione tra diverse razionalità (il fiume di "razionalità particolari" di cui parla G. Teubner²³⁸). In sostanza, bisogna riaffermare con forza che "l'essenza della razionalità (o ragione) giuridica, e segnatamente giuslavoristica, è di essere una razionalità di sintesi, che assorbe la razionalità economica all'interno di un quadro di riferimento più ampio"²³⁹.

Molto si discute oggi sulla necessità di un nuovo "paradigma scientifico" che sostituisca quello precedente, considerato come obsoleto. Le soluzioni proposte sono diverse e si fondano su approcci radicalmente differenti²⁴⁰. Non posso, per evidenti ragioni, analizzare questo problema, che per la sua complessità richiederebbe un esame molto più approfondito. Tra le varie opzioni mi sento più vicino a chi afferma la necessità di "far riemergere le virtualità positive del vecchio paradigma dal nuovo, e ricostruire un percorso di legittimazione sociale delle norme giuslavoristiche in base ad una ragione non solo procedurale ma basata su un nucleo assiologico sostanziale", riappropriandosi "di quel senso profondo della mediazione

²³⁵ Caruso, *Impresa, lavoro, diritto nella stagione del Jobs Act*, in *DLRI*, 2016, 265 ss.

²³⁶ *Ivi*, 268.

²³⁷ Del Punta, *Epistemologia breve del diritto del lavoro*, cit., p. 45 - 46

²³⁸ Teubner, *Diritto policontesturale*, La città del sole, 1999

²³⁹ Del Punta, *L'economia e le ragioni del diritto del lavoro*, cit., 39; *Id.*, *Epistemologia breve del diritto del lavoro*, cit., p. 45 ss.

²⁴⁰ Si vedano le riflessioni di Perulli, *L'idea del diritto del lavoro, oggi*, cit., 17 ss.; Caruso, *Impresa, lavoro, diritto nella stagione del Jobs Act*, cit., 255 ss. A quest'ultimo autore si rinvia, in particolare, per un riepilogo delle diverse interpretazioni teoriche in materia.

degli interessi e del loro *giusto temperamento*²⁴¹. Qui mi preme rilevare che il "nucleo assiologico essenziale" è oggi quello desumibile dai valori positivizzati dall'ordinamento giuridico nella sua dimensione nazionale, europea, internazionale. Qualunque sia l'opzione di politica del diritto in relazione alle funzioni ed agli obiettivi del diritto del lavoro, tali elementi non possono essere trascurati.

La egemonia del pensiero economico su quello giuridico difficilmente cesserà. I fattori economici, sociali, ideologici già descritti impediscono un ritorno ad una auspicabile maggiore autonomia del diritto del lavoro. La stessa proposta, teoricamente condivisibile, di un *paradigma discorsivo* che ponga a confronto il diritto del lavoro con le altre scienze sociali, in un processo comunicativo aperto e trasparente²⁴², mi sembra auspicabile ma di difficile realizzazione. Gli interessi economici in gioco e l'egemonia culturale di un "pensiero unico" fatto proprio dalle grandi istituzioni politiche rende questa proposta realizzabile ma certamente non in grado di modificare la situazione esistente. Il che non esclude che l'apertura dei processi comunicativi sia una strada obbligata. Voglio solo sottolineare che, pur se questo obiettivo si realizzasse in modo tale da determinare una "situazione comunicativa ideale"²⁴³, la subordinazione del diritto del lavoro all'economia non cesserebbe, perché le condizioni materiali (interessi, ideologie, controllo dei *mass media*, *common sense*) non sono tali da favorire la parità tra le due scienze nel discorso comunicativo e la "libera competizione degli argomenti"²⁴⁴.

Nonostante tutte le difficoltà descritte, non vi è dubbio, peraltro, che il giurista del lavoro debba proseguire in questa sua opera di riaffermazione dei caratteri costitutivi della sua materia, sotto il profilo dell'oggetto, delle metodologie, degli obiettivi e dei valori perseguiti. Solo in questo modo è possibile ribadire l'autonomia epistemologica di questo ramo del diritto e nel contempo impedire che la razionalità economica costituisca l'unico parametro di valutazione degli effetti delle norme giuridiche e di fondamento delle proposte di riforme del sistema giuridico.

Molti anni fa un grande filosofo del diritto, pur valutando in senso positivo l'apertura e l'attenzione alle altre discipline non giuridiche, sottolineava il rischio che "i giuristi, quando hanno abbandonato la propria isola" – da intendersi come scienza fondata su presupposti epistemologici autonomi – "sono annegati nel vasto oceano di una indeterminata scienza della

²⁴¹ Perulli, *L'idea del diritto del lavoro, oggi, cit.*, 32

²⁴² Del Punta, *Epistemologia breve del diritto del lavoro, cit.*, p. 37 ss.

²⁴³ Sono le parole di Habermas citate da Del Punta (*Epistemologia breve del diritto del lavoro, cit.*, p. 50), che si ispira alla teoria di questo autore.

²⁴⁴ Del Punta, *Epistemologia breve del diritto del lavoro, cit.*, p. 47

società”²⁴⁵. Credo che questo rischio sia oggi ancora maggiore rispetto all’epoca in cui Bobbio scriveva ed impone ai giuristi in genere (ed a quelli del lavoro in particolare) un grande sforzo concettuale per difendere i confini scientifici del diritto del lavoro ed il suo assetto valoriale oggi profondamente minacciato²⁴⁶.

²⁴⁵ Bobbio, *Diritto e scienze sociali*, in *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Laterza, 2007 (ma 1971), p. 44.

²⁴⁶ “Come ha scritto un giurista del Sud del mondo, il diritto del lavoro è oggi ‘*under fire*’ vuoi nella prospettiva della sua legittimazione teorica, in quanto sempre meno compatibile con gli imperativi economici, vuoi sotto il profilo della sua effettività, con il risultato di una debolezza applicativa senza precedenti” (Perulli, *L’idea del diritto del lavoro, oggi, cit.*, 18).