

## I giuslavoristi e la scienza economica: istruzioni per l'uso\*

Pietro Ichino

1. Valore relativo dei modelli economici fondati sul paradigma razionale utilitaristico	191
2. I modelli di scuola neoclassica che forniscono argomento razionale a sostegno del diritto del lavoro	192
3. Dove il giuslavorista non può prescindere dall'analisi economica degli effetti della norma	194
4. Alcuni esempi dell'utilità dell'approccio di labour law and economics. A) In materia di normativa antidiscriminatoria	195
5. Segue. B) In materia di disciplina limitativa della facoltà di recesso del datore dal rapporto di lavoro	196
6. Segue. C) In materia di contemperamento della protezione del lavoro con la disciplina antitrust	199
7. Il first best e il second best, per l'economista e per il giurista	200
8. Bibliografia	201

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 40/2005

## 1. Valore relativo dei modelli economici fondati sul paradigma razionale utilitaristico

Nel campo del lavoro gli approcci “ortodossi” tradizionali dei giuristi e degli economisti sono reciprocamente impermeabili più di quanto accada in altri campi. Gli economisti guardano sovente a noi giuslavoristi come alle vestali di una strana liturgia irrazionale, misteriosa e in larga parte dannosa; noi, dal canto nostro, guardiamo agli economisti come a una categoria di intellettuali insensibili per vocazione ai valori etici che ispirano la nostra branca del diritto, dediti a minarne le stesse fondamenta in nome di un’efficienza (l’efficienza c.d. paretiana) cui noi riconosciamo un valore non primario (forse anche perché non ci siamo pienamente appropriati di questa nozione in tutti i suoi possibili sviluppi e applicazioni).

In realtà, gli economisti non sono affatto interessati esclusivamente all’efficienza: una chiave di lettura che essi praticano sempre più diffusamente è quella del *trade-off* fra efficienza ed equità; e sono sempre più diffusamente orientati a riconoscere l’esistenza di diverse possibili allocazioni efficienti delle risorse, tra le quali la scelta deve avvenire sulla base della funzione del benessere sociale scelta dal *policy maker*. Sta di fatto, comunque, che ultimamente il muro di incomprendimento ha incominciato a incrinarsi. Pur sempre guardinghi e diffidenti, noi giuristi abbiamo preso a confrontarci un po’ più da vicino con l’opera degli economisti del lavoro. Ma prevale ancora nel nostro campo l’idea secondo cui la cultura giuslavoristica europeo-continentale può trarre scarso profitto dal contributo della corrente degli studi economici dominante nel panorama internazionale: quella neoclassica, o marginalista. Manifestiamo invece una maggiore disponibilità al confronto con il contributo che ci viene dalla corrente istituzionalista (oltre che dai suoi più recenti sviluppi, c.d. neo-istituzionalisti): quella che concepisce la società moderna come un complesso di *istituzioni*, ossia di forme radicate di organizzazione e regolazione del comportamento individuale e associato, e si dedica allo studio del funzionamento di queste entità anche prescindendo dai modelli teorici fondati sul paradigma razionale utilitaristico.

Anche se vengo comunemente collocato fra i giuristi più aperti agli influssi della corrente neoclassica, da profano qual sono in questo campo percepisco l’importanza dell’impostazione istituzionalista: soprattutto del suo richiamo a una forma di relativismo conoscitivo, dell’ammonimento che se ne trae a non pretendere di spiegare i comportamenti umani individuali e associati con leggi di carattere universale, del disincanto con cui essa considera i modelli teorici, denunciandone lo scostamento dalla complessità del reale.

In un certo senso è questo, a ben vedere, anche il messaggio fondamentale di RONALD COASE: i modelli teorici classici sono lontani dalla realtà perché non tengono conto di elementi frizionali che impediscono al mercato di funzionare in modo ottimale, impediscono ai soggetti di scegliere per il meglio e fanno sì che l’intervento dell’ordinamento giuridico sia necessario. COASE, però, non dice affatto che quei modelli siano da buttare: dice soltanto che l’intervento dell’ordinamento giuridico è necessario e ampiamente giustificabile anche alla stregua di un criterio di efficienza paretiana; e con la sua teoria dei costi di transazione ci aiuta, appunto, a mettere in comunicazione tra loro l’approccio marginalista e l’approccio istituzionalista; getta le basi per un sistema unitario nel quale i due approcci possono integrarsi tra loro. Tra gli economisti europei, anche di impostazione marginalista, si osserva ormai un consenso sempre più diffuso sulla rilevanza delle imperfezioni del mercato; e questo consenso sta diffondendosi anche oltre Atlantico.

Occorre dunque diffidare non soltanto della pretesa assoluta di spiegare tutto in base ai modelli teorici di scuola neoclassica, ma anche della pretesa altrettanto assoluta di negare l’utilità di quei

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

## 2. I modelli di scuola neoclassica che forniscono argomento razionale a sostegno del diritto del lavoro

Sta di fatto, comunque, che dal censimento dei (peraltro rari) riferimenti al mercato del lavoro e al contratto di lavoro che possono rinvenirsi nella letteratura neoistituzionalista si trae ben poca cosa. Posso dire invece di avere trovato una quantità assai maggiore di riferimenti utili per il nostro lavoro di giuslavoristi nella letteratura di ispirazione marginalista. E non soltanto, né principalmente, riferimenti che inducono a contestare la ragion d’essere dell’intervento autoritativo dell’ordinamento nel mercato del lavoro, ma anche e soprattutto riferimenti che confermano l’esistenza di una precisa ragion d’essere economica della nostra branca del diritto e che possono svolgere un ruolo indispensabile per individuarne la giustificazione costituzionale (una giustificazione costituzionale di cui troppo sovente in passato abbiamo eluso – oppure risolto troppo semplicisticamente - il problema).

La preoccupazione, dominante tra i giuslavoristi, di prendere le distanze dalla corrente neoclassica della scienza economica li porta a liquidare forse un po’ troppo affrettatamente alcuni modelli proposti da quella corrente di pensiero, dai quali invece il diritto del lavoro ha moltissimo da attingere, non soltanto per la propria giustificazione costituzionale, ma anche per i profili interpretativi e applicativi di cui dirò tra breve. Assumono rilievo cruciale per il nostro discorso, in particolare:

- il modello del *monopsonio*, nelle sue due articolazioni del monopsonio strutturale (corrispondente in modo assai preciso alle condizioni del mercato del lavoro originario) e del monopsonio dinamico (corrispondente assai meglio alle condizioni del mercato del lavoro maturo); è proprio sull’individuazione della distorsione monopsonistica che si fonda, per un verso, la valutazione in termini di efficienza paretiana dell’imposizione di standard minimi di trattamento dei lavoratori, per altro verso la sollecitazione alle nuove politiche del lavoro impiegate sulla promozione della *employability* dei lavoratori, soprattutto dei meno dotati;
- in particolare l’elemento centrale del modello del monopsonio dinamico costituito dalla nozione di *dipendenza economica*: una nozione che può svolgere un ruolo importantissimo negli sviluppi prossimi della nostra materia, aiutandoci a definire la nuova fattispecie di riferimento dell’intero diritto del lavoro: basti considerare che in questo senso si muovono esplicitamente le tesi

congressuali della maggiore confederazione sindacale italiana<sup>599</sup>; sul piano del diritto comunitario, del resto, a mio avviso questa può già oggi essere considerata come la fattispecie di riferimento fondamentale;

- il modello dell'interesse condiviso tra *insiders* e *outsiders*, quindi del diritto del lavoro come forma indispensabile di coordinamento dei loro comportamenti nel mercato;

- il modello dell'interesse contrapposto di *insiders* e *outsiders* e quello degli *efficiency wages*, che spiegano la rigidità verso il basso delle retribuzioni (individuata ma non spiegata da KEYNES), anche indipendentemente dall'intervento autoritativo dell'ordinamento e persino indipendentemente dall'intervento della coalizione e della contrattazione collettiva: alcune pagine della letteratura economica su questi modelli possono essere lette e utilizzate come vere e proprie "testimonianze a discarico" nel processo che in questi anni in varie sedi si celebra contro le rigidità che sarebbero prodotte dal diritto del lavoro;

- il modello *principal/agent*, che pone in luce un elemento del rapporto di lavoro totalmente negletto in passato dai giuslavoristi: il suo contenuto assicurativo;

\* la considerazione di questo elemento avrebbe consentito di risolvere agevolmente un problema sul quale abbiamo versato fiumi di inchiostro: quello del nesso sinallagmatico che lega alla prestazione lavorativa anche la retribuzione pagata nei periodi di sospensione del lavoro;

\* il modello *principal/agent* induce a riflettere sullo stretto nesso funzionale esistente fra rigidità della retribuzione e limitazione della facoltà di recesso del datore di lavoro: il primo vincolo sarebbe svuotato di effetti pratici in assenza del secondo, e viceversa; donde l'inesattezza del considerare la c.d. "flessibilità in uscita" come una qualità del rapporto di lavoro che possa essere posta senz'altro in alternativa alla flessibilità della retribuzione, o fungere da contropartita in relazione a questa;

\* quel modello, per altro verso, ci costringe a prendere in considerazione il costo della copertura assicurativa pagata dagli stessi lavoratori assicurati, in termini di minor retribuzione: donde la necessità di valutare sempre in concreto quale sia l'estensione ottimale della copertura inderogabilmente disposta dalla legge;

- il modello di AGHION e HERMALIN (1990), che fornisce un relevantissimo argomento a sostegno della disciplina inderogabile della ripartizione del rischio delle sopravvenienze negative tra datore e prestatore di lavoro, quindi della limitazione autoritativa, entro certi limiti, della facoltà di licenziamento. Questo modello merita un cenno un poco più approfondito, poiché, come vedremo, esso assume rilievo anche al di fuori della materia della disciplina dei licenziamenti.

Nel modello di AGHION e HERMALIN l'imprenditore conosce molto imperfettamente le qualità personali del lavoratore che gli si presenta per l'assunzione, nonché i corrispondenti rischi di impedimenti futuri (malattia, maternità, incapacità di adattarsi alle nuove esigenze tecniche del lavoro, disimpegno personale, ecc.); qualità e rischi che invece quest'ultimo conosce assai meglio. In un mercato in cui le parti siano lasciate completamente libere nella negoziazione della ripartizione tra loro del rischio delle sopravvenienze, il soggetto che conosce meglio il proprio rischio sarà

---

<sup>599</sup> "La Cgil propone un concetto allargato della dipendenza economica, attraverso una ridefinizione di lavoratore 'economicamente dipendente' cui far corrispondere l'equiparazione dei diritti, delle tutele e dei costi cui deve far fronte l'impresa" (dalla quinta tesi per il 15° Congresso della Cgil, che si terrà a Rimini all'inizio del 2006).

sempre indotto a tacere sulla propria aspirazione alla sicurezza, per segnalarsi come soggetto meno “rischioso” e rendersi così più appetibile per la controparte, anche a costo di rinunciare a qualsiasi forma di assicurazione contro le sopravvenienze negative (ovvero a qualsiasi limitazione della facoltà di recesso del datore). In assenza di una tutela generale precostituita, il lavoratore o la lavoratrice che chiedessero una garanzia per il caso di malattia, di gravidanza, di incapacità di adattarsi alle sopravvenienze tecnologiche o di mercato, si segnalerebbero come più esposti degli altri a questi rischi. In un mercato lasciato a se stesso, pertanto, la domanda di sicurezza dei lavoratori resterebbe tendenzialmente inespressa; col risultato che tutto il rischio finirebbe coll'essere collocato sulla parte che, in generale, è meno capace di sopportarlo, e l'impresa trarrebbe minor profitto dalla propria capacità di produrre e offrire sicurezza. In altre parole, quell' “acquisto di sicurezza” da parte del lavoratore in cambio di un “premio assicurativo” pagato in termini di minor retribuzione, che conviene a entrambe le parti, ha dei problemi a prodursi spontaneamente.

Questo modello spiega perché tutti gli ordinamenti statali intervengano in qualche misura – sia pure in forme e misure molto diverse – a imporre inderogabilmente un contenuto assicurativo del rapporto di lavoro, attraverso la limitazione della facoltà di recesso unilaterale dei datori di lavoro. E dove, come negli U.S.A., non vi provvede la legge, sono i giudici a “costruire” quella limitazione sulla base delle “clausole generali” di correttezza e buona fede (v. in proposito A.B. KRÜGER, 1991, e J.H. VERKERKE, 1998).

Esistono, del resto, vari contributi di economisti di ispirazione marginalista che mostrano come non ci sia sempre un *trade-off* fra equità ed efficienza: ad esempio, in molti casi soluzioni egualitariste che conducono a forme di compressione salariale possono favorire l'incremento del capitale umano.

### 3. Dove il giuslavorista non può prescindere dall'analisi economica degli effetti della norma

Tutti i modelli menzionati nel paragrafo precedente sono riconducibili all'impostazione marginalista; e il censimento delle sinapsi possibili tra economia e diritto del lavoro conferma che proprio da questi modelli viene il contributo più rilevante tra quelli che la scienza economica può dare oggi al diritto del lavoro. E non un contributo apprezzabile soltanto sul piano della filosofia del diritto del lavoro, della ricerca delle sue radici, della sua ragion d'essere fondamentale: i risultati della ricerca economica - teorica ed empirica - ci sono indispensabili anche sul piano dell'interpretazione e dell'applicazione quotidiana del diritto del lavoro.

Dovunque una norma costituzionale (o comunitaria) imponga alla legge ordinaria il perseguimento di un determinato obbiettivo,

- la norma legislativa ordinaria è suscettibile di censura di incostituzionalità (o incompatibilità con l'ordinamento comunitario) quando essa produca effetti contrari a quelli dovuti;
- inoltre, tra due significati della norma legislativa ordinaria compatibili con il suo contenuto letterale deve essere preferito quello che meglio si concilia con il perseguimento degli effetti voluti dalla norma di rango superiore.

In entrambi i casi i risultati dell'analisi economica degli effetti concreti della norma possono dunque costituire un passaggio decisivo dell'argomentazione giuridica, in un senso o nell'altro.

Nei tre paragrafi che seguono propongo altrettanti esempi del rilievo cruciale che l'analisi economica degli effetti della norma giuridica può assumere nell'interpretazione e applicazione della norma stessa.

#### 4. Alcuni esempi dell'utilità dell'approccio di labour law and economics. A) In materia di normativa antidiscriminatoria

Un campo nel quale l'analisi economica pone al giurista qualche grattacapo, ma al contempo gli indica il modo per evitare una inammissibile contraddizione interna all'ordinamento, è quello della legislazione antidiscriminatoria.

*Divieto di discriminazione ai danni degli stranieri.* La Convenzione dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro n. 143/1975 obbliga l'Italia, che l'ha ratificata nel 1981, a promuovere e garantire la parità di opportunità nel mercato del lavoro in favore degli stranieri immigrati legittimamente (artt. 10 e 12 lett. g).

Nell'ottica giuslavoristica tradizionale, la garanzia della "parità di opportunità" si coniuga perfettamente e senza attriti con il divieto di differenziare i trattamenti. In questo ordine di idee, pertanto, sembrerebbe doversi ravvisare una perfetta coerenza con la Convenzione n. 143/1975 nell'art. 41 della legge italiana 6 marzo 1998 n. 40 (ora art. 43 del testo unico emanato con d.lgs. 25 luglio 1998 n. 286, non modificato su questo punto dalle leggi successive), che vieta qualsiasi discriminazione ai danni dello straniero, proibendo agli imprenditori di riservare ai lavoratori stranieri un trattamento inferiore rispetto ai lavoratori indigeni.

Se però si esamina la questione dal punto di vista del funzionamento effettivo del mercato del lavoro, il discorso si complica. Di fatto, l'imposizione generalizzata di uno standard di trattamento minimo uguale per tutti costituisce sovente un ostacolo per l'accesso al lavoro del lavoratore immigrato da un Paese straniero, soprattutto quando si tratti di un Paese economicamente meno sviluppato. L'analisi economica porta a dire che la promozione di condizioni di pari opportunità può, talvolta, richiedere che non si applichi un divieto di differenziazione del trattamento, poiché questo di fatto può ridurre la possibilità per i lavoratori appartenenti a un gruppo svantaggiato di competere nel mercato con gli altri. In questa ottica l'art. 41 della legge n. 40/1998 potrebbe essere visto come una norma posta a protezione dei lavoratori italiani contro la concorrenza degli extracomunitari, configurandosi così un contrasto fra questa norma nazionale e la Convenzione n. 143/1975, che protegge l'interesse dei lavoratori migranti.

La questione non è affatto priva di rilievo pratico. Nel febbraio 2000, per iniziativa del Comune di Milano, venne stipulato un accordo collettivo locale che prevedeva la possibilità, per le imprese cui fosse stato conferito dal Comune l'appalto di determinati servizi, di assumere lavoratori extracomunitari con livelli di tutela della stabilità inferiori rispetto agli standard generali. Il Comune e le confederazioni firmatarie dell'accordo sostenevano che esso mirava a favorire l'accesso al lavoro regolare dei lavoratori extracomunitari, in piena aderenza al principio enunciato nella Convenzione O.I.L. n. 143/1975, ancorché in apparente disapplicazione della norma legislativa nazionale; la Cgil rifiutò invece di sottoscriverlo, sostenendo che esso violava il divieto di discriminazione posto dalla Convenzione internazionale, oltre che dalla legge n. 40/1998. Una soluzione persuasiva della questione (giuridica in senso stretto: attinente, cioè, all'interpretazione e applicazione di una norma legislativa vigente, non solo a scelte di politica del lavoro) difficilmente può

prescindere dallo studio teorico ed empirico dei possibili effetti della norma, se interpretata nell'un modo, oppure nell'altro.

*Divieto di discriminazione ai danni dei disabili.* La nostra Costituzione impone allo Stato l'obbligo di promuovere l'avviamento al lavoro dei lavoratori disabili (art. 38 Cost., 3° comma) e di rimuovere gli ostacoli alla loro eguaglianza effettiva con gli altri lavoratori (art. 3 Cost.). In attuazione di questi principi costituzionali, l'art. 10, 1° c., della legge 12 marzo 1999 n. 68 attribuisce ai lavoratori disabili il diritto all'applicazione degli stessi standard di trattamento legislativi e collettivi applicabili ai lavoratori non disabili. Si pone in proposito la questione se la legge abbia inteso imporre al datore di lavoro di riservare al disabile lo stesso trattamento che è riservato al normodotato svolgente le stesse mansioni, indipendentemente dall'eventuale minore rendimento derivante in concreto dalla menomazione, oppure abbia inteso garantire al disabile soltanto un trattamento proporzionato al suo rendimento effettivo (con possibilità, pertanto, di un trattamento inferiore a quello del normodotato svolgente le stesse mansioni, nel caso in cui la menomazione riduca il rendimento).

I risultati dell'indagine economica teorica ed empirica sugli effetti della norma, interpretata nel senso della proporzionalità oppure invece nel senso dell'insensibilità del trattamento al minor rendimento, potrebbero assumere un notevole rilievo ai fini dell'opzione fra le due interpretazioni: se infatti potesse affermarsi che la regola dell'insensibilità del trattamento costituisca un ostacolo all'inserimento del disabile nel tessuto produttivo, questo fornirebbe un argomento assai forte a sostegno dell'interpretazione contraria, in quanto produttiva di effetti più coerenti con i principi costituzionali ispiratori della legge n. 68/1999, salvo prevedere meccanismi redistributivi, quali i *wage subsidies* finanziati mediante le imposte o prelievo contributivo sul monte-salari (si segnala in proposito lo studio di D. ACEMOGLU e J. ANGRIST, 1998, che attribuisce alla legge statunitense del 1991 sulla parità di trattamento per i lavoratori disabili un effetto depressivo sulla loro possibilità effettive di inserimento al lavoro; per una ricerca econometrica circa gli effetti paradossali delle norme antidiscriminatorie contenute nel *Civil Rights Act* statunitense sulla possibilità di accesso al lavoro di neri e donne - che con quelle norme si intendono proteggere - v. lo studio di P. OYER e S. SHAEFER, 2002).

#### 5. Segue. B) In materia di disciplina limitativa della facoltà di recesso del datore dal rapporto di lavoro

Dottrina e giurisprudenza giuslavoristiche si sono lungamente affaticate nel tentativo di definire il giustificato motivo di licenziamento, senza mai pervenire a una soluzione appagante del problema e non riuscendo pertanto a superare un approccio eminentemente casistico. L'approccio micro-economico consente di affrontare in modo razionale e risolvere il problema della definizione della nozione di giustificato motivo obiettivo. Vediamo come.

La norma contenuta nell'art. 3 della legge n. 604/1966 non specifica quali possano essere le ragioni oggettive suscettibili di giustificare il licenziamento: è pertanto demandato al giudice di valutare caso per caso. La stessa cosa può essere espressa, nel linguaggio degli economisti, con le due seguenti proposizioni:

- il lavoratore può essere licenziato quando dalla prosecuzione del rapporto derivi per l'impresa, in termini di valore atteso, una perdita (risultante da costi contabili o da costi-opportunità, cioè

da minor reddito prodotto rispetto a quello che sarebbe prodotto da altro lavoratore disponibile) superiore a una soglia di sopportabilità;

- quale sia questa soglia di sopportabilità, non è stabilito per legge ma è stabilito dal giudice caso per caso.

Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento consiste dunque in una *perdita attesa*, di importo superiore a una data soglia. Nelle sentenze dei giudici del lavoro su questa materia l'entità della soglia non viene quasi mai precisata; oppure affiora talvolta l'idea ingenua che la soglia sia pari a zero: sussisterebbe il giustificato motivo di licenziamento in tutti i casi in cui il bilancio preventivo della prosecuzione del rapporto potesse considerarsi comunque in perdita, quale che fosse l'entità di tale perdita. Ma - quando si escluda il licenziamento per motivi di rappresaglia o di discriminazione, che per legge è sempre e comunque nullo - l'imprenditore non licenzia mai un proprio dipendente se il bilancio preventivo del rapporto è in pareggio o in attivo: se egli licenzia è *sempre* perché il bilancio preventivo è in perdita. Ne consegue che, se fosse sufficiente qualsiasi perdita attesa per giustificare il licenziamento, ciò equivarrebbe a dire che qualsiasi licenziamento (non dettato da motivi illeciti) è giustificato; non occorrerebbe allora alcuna disciplina limitativa della facoltà di recesso, salvo il divieto del licenziamento determinato da motivi illeciti. La legge è invece intervenuta a limitare la facoltà di licenziamento proprio perché si è voluto evitare che una perdita attesa *qualsiasi* potesse portare al licenziamento: per giustificare il recesso - dice implicitamente la legge - la perdita deve superare un limite di sopportabilità.

Le motivazioni delle sentenze in materia di giustificato motivo oggettivo di licenziamento vengono argomentate secondo schemi molto diversi da quello ora proposto, espressi con massime più o meno ripetitive, che in verità non lasciano trasparire il ragionamento sul quale effettivamente si fonda la decisione del caso concreto. Ma quel ragionamento, quando porta a negare la legittimità del licenziamento, si fonda sostanzialmente sempre su questa valutazione: "nel caso specifico ritengo che dalla prosecuzione del rapporto di lavoro ci si debba attendere una perdita (consistente anche eventualmente in un costo-opportunità) di entità sopportabile; non si può licenziare per così poco". Una maggiore capacità di avvalersi dei concetti elaborati dalla microeconomia renderebbe le motivazioni dei giudici in questa materia assai più trasparenti, fornendo oltre tutto alle parti un criterio di più agevole applicazione per la soluzione amichevole delle controversie e così contribuendo a ridurre il volume del contenzioso giudiziale.

In materia di disciplina limitativa dei licenziamenti, il problema giuridico non sta nel *se*, ma nel *quanto* della limitazione; e su questo punto la norma legislativa è genericissima. Tutti gli economisti concordano sulla stretta correlazione positiva esistente tra rigidità del vincolo ai licenziamenti e durata dello stato di disoccupazione (o di irregolarità) di chi sta fuori dell'area del lavoro protetto. Spinta oltre un certo limite, la rigidità del vincolo ai licenziamenti crea una paratia stagna tra *insiders* e *outsiders* (problema, questo, che si pone oggi in Italia non soltanto fra occupati del Nord e disoccupati del Sud, ma anche all'interno degli occupati stessi del Nord, come di quelli del Sud). Che la limitazione dei licenziamenti sia causa di un aumento *della quantità* della disoccupazione non è dimostrato (e sfido chiunque a trovare una pagina in cui io abbia scritto questo, anche se proprio questo mi viene frequentemente imputato); tutti concordano invece sull'effetto che la disciplina dei licenziamenti produce *sulla qualità* della disoccupazione e dell'occupazione irregolare, aumentandone la durata (OCDE, 1999 e 2005). Poiché questo effetto indesiderato, contrario ai principi costituzionali del perseguimento dell'uguaglianza tra i cittadini e del diritto al lavoro, è proporzionato alla rigidità del vincolo, la considerazione di tale effetto ben potrebbe

influire sull'orientamento del giudice nell'applicazione della clausola generale del giustificato motivo oggettivo di licenziamento, nel senso di un allargamento della possibilità di sostituzione del lavoratore (ovvero di un abbassamento della soglia di perdita attesa necessaria per giustificare il licenziamento) là dove il tasso di disoccupazione è più elevato. Si osserva invece un comportamento dei giudici esattamente inverso a questo: essi sono mediamente tanto più severi nella valutazione della legittimità del licenziamento, quanto più alto è il tasso di disoccupazione nel mercato del lavoro della zona (A. e P. ICHINO, M. POLO, 1998).

Dottrina e giurisprudenza giuslavoristiche, per altro verso, hanno sempre considerato indiscutibile la distinzione fra il concetto di *giustificato motivo oggettivo* (inadempimento grave del lavoratore) e quello di *g. m. oggettivo* (esigenza aziendale di ordine economico-organizzativo). L'approccio micro-economico induce invece a mettere in discussione la drastica contrapposizione fra l'accezione soggettiva e quella oggettiva del giustificato motivo: vi sono ottimi motivi per ravvisare un'ampia zona di sovrapposizione tra il licenziamento disciplinare e il licenziamento per esigenze obbiettive dell'impresa: solo in questo modo può spiegarsi il variare della soglia di tollerabilità delle mancanze del lavoratore in relazione alla situazione congiunturale e all'andamento dell'azienda (L. FELLI, A. ICHINO, 1996, P. ICHINO, 2004).

L'arricchimento del discorso giuridico con gli schemi propri dell'economia consente anche di leggere l'evoluzione della disciplina limitativa dei licenziamenti in un modo assai diverso da quello proposto nei manuali di diritto del lavoro.

È opinione diffusa, a questo proposito, che prima della legge 15 luglio 1966 n. 604 la regola del preavviso costituisse la sola limitazione della facoltà di recesso unilaterale del datore di lavoro, essendo consentito dal codice civile il c.d. recesso *ad nutum*. In realtà, già il codice civile, attribuendo a qualsiasi lavoratore licenziato senza giusta causa il diritto a un indennizzo (l'"indennità di anzianità" di cui all'art. 2120; ma si trattava in sostanza di una indennità *di licenziamento*), aveva istituito un primo "filtro" delle scelte di recesso unilaterale del datore di lavoro, rendendo antieconomico il licenziamento in tutti i casi nei quali la *perdita attesa* dalla prosecuzione del rapporto fosse inferiore a quell'esborso. Poiché l'indennità era assai più elevata per gli impiegati che per gli operai, ne conseguiva sostanzialmente una tutela della stabilità assai maggiore per i primi che per i secondi. Con la legge n. 604/1966 vennero compiute due operazioni:

- si stabilì che l'indennità di cui all'art. 2120 c.c. sarebbe stata pagata al lavoratore in tutti i casi di cessazione del rapporto, compresi il caso di licenziamento giustificato e quello delle dimissioni, col risultato che quell'indennità assunse da quel momento la natura di retribuzione differita<sup>600</sup>, perdendo l'effetto di «filtro» economico dei licenziamenti;
- per converso, la stessa legge del 1966, recependo quanto disposto da un accordo interconfederale dell'anno precedente, stabilì che, qualora il licenziamento fosse privo di idonea giustificazione, il datore di lavoro con più di 35 dipendenti fosse obbligato, alternativamente, a riassumere il lavoratore o a pagargli un indennizzo.

<sup>600</sup> Con ciò la legge ha di fatto attribuito a tutti i lavoratori in attività al momento della sua entrata in vigore un beneficio *una tantum*, un credito destinato a essere comunque riscosso alla fine del rapporto: un beneficio di cui hanno goduto soltanto i lavoratori in attività in quel momento, poiché è ovvio che da quel momento in poi i trattamenti abbiano preso a essere determinati, in sede di contrattazione collettiva e individuale, tenendosi conto del nuovo elemento di retribuzione differita istituito inderogabilmente dal legislatore.

Vista con gli occhi dell'economista, la legge del 1966 non segnò dunque un mutamento qualitativo di grande rilievo nel nostro regime di protezione contro il licenziamento: essa si limitò a sostituire la vecchia indennità di licenziamento prevista dall'art. 2120 c. c. con un indennizzo di entità diversa (ma mediamente non più elevata), calcolato secondo un criterio comune a operai e impiegati e amministrato dal giudice caso per caso. Con la previsione della soglia dei 36 dipendenti per l'applicazione del nuovo regime di tutela contro il licenziamento, però, quella legge istituì sostanzialmente un regime di licenziabilità totalmente libera per le aziende di dimensioni inferiori, non più assoggettate ad alcun "costo di licenziamento" di fonte legislativa; e poiché già all'epoca le imprese con organico inferiore a 36 dipendenti occupavano la parte maggiore dei lavoratori italiani nel settore privato, il risultato dell'operazione fu, paradossalmente, quello di una attenuazione del grado complessivo di protettività del sistema contro i licenziamenti (ciò di cui sindacati e forze politiche incominciarono ad avere la percezione negli anni immediatamente successivi, ma apparentemente senza comprendere quanto era accaduto).

#### 6. Segue. C) In materia di contemperamento della protezione del lavoro con la disciplina antitrust

La tutela della concorrenza imposta dall'ordinamento comunitario ha fatto irrompere nello scenario del diritto del lavoro un nuovo soggetto, in precedenza del tutto assente: l'interesse del consumatore o utente. Dopo la sentenza *Albany* della Corte di Giustizia (1999), non può più darsi per scontata l'immunità assoluta degli atti di autonomia collettiva rispetto alla normativa antitrust: l'eventuale contrasto fra l'interesse perseguito dall'autonomia collettiva e l'interesse del consumatore o utente deve essere risolto mediante l'individuazione degli interessi concretamente perseguiti e degli effetti concretamente conseguiti dal contratto collettivo, nel caso specifico. È facile prevedere quella secondo cui nelle controversie su questa materia gli avvocati dovranno avvalersi sempre più largamente della consulenza di buoni economisti; e altrettanto dovranno fare i giudici. Gli uni e gli altri faranno bene a riferirsi anche agli scritti istituzionalisti di WILLIAMSON o di ORMEROD, ma troveranno più risposte *concrete* alle loro domande nei modelli di ispirazione marginalista. È proprio su quei modelli che può costruirsi oggi più credibilmente una difesa efficace – ancorché non assoluta e indiscriminata – del ruolo della contrattazione collettiva, così come della legislazione protettiva del lavoro, anche quando queste interferiscano con il funzionamento dei mercati dei servizi o dei capitali. E questa sarà la migliore prova del fatto che l'impostazione marginalista, non pone affatto in antitesi fra loro il diritto (o "i diritti") e l'efficienza. Anzi: sono proprio i modelli cui ho accennato sopra quelli che individuano con maggiore precisione le cause di inefficienza del mercato del lavoro e quindi individuano nell'intervento del legislatore o della contrattazione collettiva il *second best*, cioè la soluzione che garantisce la maggiore efficienza concretamente possibile nelle circostanze date che impediscono di perseguire il *first best*.

Consideriamo, ad esempio, proprio il caso deciso con la sentenza *Albany* appena citata. In quel caso si discuteva della limitazione della libertà di concorrenza derivante, nel mercato dei servizi assicurativi, da un contratto collettivo olandese che vincolava tutte le imprese di un settore e i loro dipendenti a partecipare a un programma di previdenza pensionistica complementare, affidando la gestione degli accantonamenti a un fondo di settore determinato e senza lasciare ai singoli interessati la possibilità di affidare la gestione degli accantonamenti a fondi diversi. Una giustificazione dell'introduzione del vincolo potrebbe fondarsi sul modello di AGHION e HERMALIN di cui si è detto sopra, laddove potesse dimostrarsi la sussistenza di una situazione di asimmetria

informativa, tra gestori dei fondi e singoli beneficiari dell'assicurazione, circa il rischio di cui ciascuno di questi ultimi è effettivamente portatore; con la conseguente possibilità che restino al fondo di settore istituito dal contratto collettivo soltanto i "rischi cattivi" mentre i "rischi buoni" fuggono verso gli altri fondi nel libero mercato. Dove invece non si ravvisino i presupposti di questa *market failure*, né si ravvisino altri possibili difetti del meccanismo concorrenziale, questo potrebbe condurre a preferire la soluzione della questione nel senso dell'illegittimità del vincolo posto dal contratto collettivo.

### 7. Il first best e il second best, per l'economista e per il giurista

Il rifiuto tradizionale dell'impostazione marginalista da parte del giuslavorista ortodosso – a ben vedere - è motivato dallo schema logico fondamentale del pensiero marginalista, secondo il quale gli interventi correttivi dell'ordinamento sono sempre giustificati come *second best*, rispetto a un *first best* (la mano invisibile di ADAM SMITH) impedito dalle distorsioni nel funzionamento del libero mercato. Ma di che cosa abbiamo paura noi giuslavoristi? che l'eliminazione di quelle distorsioni ci tolga il lavoro? RONALD COASE avverte che quelle distorsioni – in particolare i costi di transazione, ma lo stesso discorso vale per le asimmetrie informative e i meccanismi che generano dipendenza economica – li avremo sempre con noi; e, possiamo aggiungere, li avremo particolarmente nel mercato del lavoro. Dunque avremo sempre bisogno anche del diritto del lavoro.

Molti di noi si mostrano turbati dal fatto che il funzionamento perfetto del libero mercato sia indicato da quelle teorie come *first best*. Ma a me sembra che non debba dubitarsi della desiderabilità di un ipotetico (e peraltro irrealizzabile) mercato del lavoro nel quale, eliminati totalmente i costi di transazione, le asimmetrie informative e i fattori di dipendenza economica, ogni lavoratore potesse scegliere liberamente – in condizioni, a quel punto, di libertà *effettiva* – tra molte imprese che gli offrono lavoro in concorrenza tra loro.

Molti di noi giuslavoristi affermano che, anche in quel caso tutto teorico, quando fosse eliminata ogni distorsione monopsonistica nel mercato del lavoro, ogni asimmetria informativa, ogni costo di transazione, quando il mercato del lavoro fosse capillarmente innervato di servizi efficienti di informazione, formazione professionale, riqualificazione, assistenza alla mobilità, e il lavoratore potesse davvero scegliere tra diverse imprese in concorrenza tra loro nel mercato del lavoro, il rapporto resterebbe pur sempre un rapporto di "soggezione e dominio". Ma chi afferma questo non spiega da dove nascerebbe e in che cosa consisterebbe questa residua situazione di inferiorità e assoggettamento del lavoratore nei confronti del datore di lavoro.

Può essere che chi afferma questo abbia ragione: cioè che la situazione di "soggezione e dominio" perdurerebbe anche in quel contesto di un mercato del lavoro perfettamente concorrenziale; ma occorre spiegare in che cosa quella situazione di "soggezione e dominio" consisterebbe, sul piano dei fatti, della realtà economico-sociale. E per spiegare questa realtà occorrono ancora gli strumenti dell'economista: la pretesa del giuslavorista di farne a meno è perdente.

Se si rifiuta di discutere della questione su questo piano, quella asserita situazione residua di "soggezione e dominio" diventa oggetto di un'opzione di fede. Di qua i credenti, di là i non credenti. E in quel caso preferirei collocarmi, per *habitus* mentale inveterato, fra i "non credenti". Anche

perché, come Arthur OKUN insegna, “il mercato ha più spesso subito delle limitazioni per salvaguardare il potere e i privilegi per i pochi che per garantire eguali diritti per i molti”<sup>(601)</sup>; e aggiunge: “Tiranni, guerrieri, fanatici religiosi e dittatori raramente tollerano la rivalità del mercato nelle loro società ordinate”. L’analisi economica costituisce uno strumento molto utile per smascherare non solo i tiranni e tirannelli che prosperano sui fallimenti del mercato, ma anche quelli che prosperano sulle protezioni dal libero mercato che indebitamente l’ordinamento talora garantisce loro.

## 8. Bibliografia

D. ACEMOGLU, J. ANGRIST, *Consequences of Employment Protection? The case of the Americans with Disabilities Act*, NBER WP 6670, 1999;

P. AGHION, B. HERMALIN, *Legal Restrictions on Private Contracts Can Enhance Efficiency*, *Journal of Law, Economics and Organization*, n. 2, 1990, pp. 381-409;

R.H. COASE, *The Problem of social Cost*, Univ. Chicago Press, 1960; trad. it.: *Impresa, mercato e diritto*, Bologna, il Mulino, 1995;

R.H. COASE, *The Firm, the Market and the Law*, 1988; trad. it.: *Impresa, mercato e diritto*, Bologna, il Mulino, 1995;

S. DEAKIN, F. WILKINSON, *Il diritto del lavoro e la teoria economica: una rivisitazione*, DLRI, 1999, pp. 587-622;

R. DEL PUNTA, *Mercato o gerarchia? I disagi del diritto del lavoro nell’era delle esternalizzazioni*, DML, 2000, pp. 49-67;

R. DEL PUNTA, *L’economia e le ragioni del diritto del lavoro*, DLRI, 2001, pp. 3-45 (riprodotto anche in appendice al cap. I di P. Ichino, *Lezioni ecc.*, cit.).

L. FELLI, A. ICHINO, *Sistemi di incentivazione della forza lavoro: una rassegna dei principali problemi teorici*, PE, 1996, I, pp. 331-361;

A. ICHINO, P. ICHINO, M. POLO, *L’influenza delle condizioni del mercato del lavoro regionale sulle decisioni dei giudici in materia di licenziamento*, RIDL, 1998, I, pp. 19-47 (riprodotto anche in appendice al cap. VII di P. Ichino, *Lezioni ecc.*, cit.);

P. ICHINO, *Lezioni di diritto del lavoro. Un approccio di labour law and economics*, Milano, Giuffrè, 2004;

F.H. KNIGHT, *Risk, Uncertainty and Profit*, Chicago – London, 1921; trad. it.: *Rischio, incertezza e profitto*, Firenze, 1960;

A.B. KRÜGER, *The Evolution of Unjust-Dismissal Legislation in the United States*, ILRR, 1991, n. 4, p. 644-660;

A. LINDBECK, D.J. SNOWER, *The insider-outsider Theory. Theory of Employment and Unemployment*, Cambridge, Mass., Mit Press, 1988;

---

<sup>601</sup> *Eguaglianza ed efficienza*, p. 22 dell’edizione italiana, dove in nota O. aggiunge che “Le analisi degli ordinamenti sociali del passato di POLANYI illustrano più volte questo punto”.

OCDE, *Protection de l'emploi et performance du marché du travail*, in *Perspectives de l'emploi*, 1999, pp. 51-86;

OCDE, *Les coûts d'ajustement liés aux échanges sur les marchés du travail des pays de l'Ocde: quelle est leur ampleur véritable?*, in *Perspectives de l'emploi*, 2005, pp. 25-82;

A.M. OKUN, *Equality and Efficiency. The Big Tradeoff*, Washington D.C., Brookings Inst., 1975; tr. it. *Eguaglianza ed efficienza. Il grande tradeoff*, Napoli, Liguori, 1990;

PAUL OYER, SCOTT SCHAEFER, *Sorting, Quotas and Civil Rights Act of 1991: Who Hires When it's Hard to Fire?*, in *The Journal of Law and Economics*, vol. XLV, n. 41, 2002; tr. it. *RIDL*, 2003, I, pp. 137-165 (riprodotto anche in appendice al cap. VII di P. Ichino, *Lezioni ecc.*, cit.);

STEWART J. SCHWAB, *Employment Discrimination*, voce dell'Encyclopedia of Law and Economics (cur. B. Bouckaert, G. De Geest, Northampton, Edward Elgar Publishing, sect. 5530, 1999; tr. it. *RIDL*, 2000, I,3-40 (riprodotto anche in appendice al cap. VII di P. Ichino, *Lezioni ecc.*, cit.);

J.H. VERKERKE, *Labor Contract Law*, nel *New Law and Economics Dictionary*, London, Palgrave, 1998; trad. it. *RIDL*, 1998, I, pp. 293-315 (riprodotto anche in appendice al cap. X di P. Ichino, *Lezioni ecc.*, cit.);

O.E. WILLIAMSON, *Markets and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implications*, New York, Free Press, 1975.

O.E. WILLIAMSON, *Le istituzioni economiche del capitalismo*, 1985; tr. it. Milano, Angeli, 1987.