

Antonio Viscomi

Logiche economiche e regole giuridiche: note giuslavoristiche per un confronto interdisciplinare

Sommario: **1.** Mercati e immagini del mercato. **2.** *Prudent knowledge* e regolazione mite. **3.** Adattamento al contesto e ricerca di nuove vie. **4.** Contratto, mercato e regolazione giuridica.

1. *Mercati e immagini del mercato*

Mi è stato chiesto di condividere una riflessione sul rapporto tra ‘logiche di mercato’ e ‘regole giuridiche’ nella prospettiva del diritto del lavoro¹. Oltre alla mia parziale e limitata conoscenza della letteratura economica (non diversamente in ciò, credo, dalla gran parte dei giuristi di tradizionale formazione accademica) confesso fin da subito una duplice difficoltà. La *prima* riguarda l’esatta individuazione del tema di discussione e trova fonte nella non immediata identificazione e delimitazione dei *termini* stessi della relazione proposta dal titolo. La *seconda*, invece, trova origine nell’estensione problematica di quella relazione che presuppone (e impone) una rinnovata riflessione in ordine alla attuale *funzione* dell’ordinamento del lavoro. Riflessione, a dire il vero, non facile, almeno nella misura in cui si ritenga di non poter accogliere *prospettive antagoniste* di “irriducibile alterità” della logica giuridica alle regole del mercato² e neppure opposte *prospettive mimetiche* di

¹ Relazione presentata e discussa al convegno “*Logiche di mercato tra economia ed efficienza delle regole giuridiche*”, organizzato dal Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università di Messina e dal Consorzio Universitario Megara-Ibleo, Siracusa 10-11 maggio 2013. Il convegno, organizzato da TOMMASINI, ha rappresentato un’utile occasione di incontro tra civilisti e lavoristi (con la partecipazione di BARCELLONA, MONTANARI, GORASSINI, PARDOLESI, CARINCI F, DI RAIMO, MAZZÙ, ROMEO, SCALISI e naturalmente di chi scrive).

² In questi termini cfr. BARBIERI, *Lavoro e diritto tra mercati e poteri*, relazione al convegno della Fondazione Jacopo Malagugini *I diritti del lavoro e le pretese dell’economia*, Milano, 16 febbraio 2001, in fondazionemalagugini.it, 2001, p. 3 dattiloscritto.

stampo posneriano³, e di dover viceversa proporre *prospettive di regolazione mite*, in grado di coniugare, con nuovi o rinnovati strumenti e con nuova o rinnovata sintesi, interessi mercantili e valori non appropriativi, pretese della logica economica e aspirazioni a una diversa socialità, razionalità della tecnica e irriducibile complessità dell'esistenza umana⁴. E ciò pur sempre nell'ambito di un rapporto obbligatorio destinato ad integrare prestazioni individuali in contesti organizzativi complessi, a loro volta caratterizzati da elevata correlazione con dinamiche esterne di mercato ed infine ad alta intensità di coinvolgimento della persona.

Per le intuibili conseguenze sul piano analitico, è opportuno qui ricordare in via preliminare quanto è stato già più volte efficacemente evidenziato: prima ed oltre che i mercati (e le loro logiche), ad essere plurali sono le *immagini del mercato*, di questo potendosi parlare come luogo, come ideologia, a stregua di paradigma dell'azione sociale ed infine come istituzione⁵. Questa circostanza impone all'interprete un elevato controllo critico del discorso al fine di evitare che la molteplicità dei piani narrativi possa determinare improprie conseguenze sul piano analitico, soprattutto per quanto riguarda la stessa comprensione della funzione dello scambio, da riguardare – a mio giudizio – come relazionale prima ed oltre che economica, connaturata cioè alla dimensione sociale dell'esperienza umana prima che istitutiva del mercato. Come è stato efficacemente affermato, “lo scambio è la risposta più altamente civile alla ‘umana tragedia’ della condizione di scarsità, un ‘trattato di pace’ che, in quanto tale, bandisce l’uso della forza e conferisce a ciascuno la libertà di rifiutare le offerte altrui e di scegliere liberamente la propria controparte”⁶.

Per questa sorta di *ridondanza antropologica* dello scambio⁷, è ancora neces-

³ POSNER, *Economic Analysis of Law*, 6th ed., Aspen, 2003, e pure *Overcoming law*, Harvard University Press, 1995, p. 416: “The law tries to make the market work and, failing that, tries to mimic the market”.

⁴ Mi permetto di rinviare a VISCOMI, *Cap. 28 – Presupposti concettuali ed ambiti della diversificazione*, in RUSCIANO, ZOPPOLI L. (a cura di), *Diritto del mercato del lavoro*, Jovene, 1999, p. 209.

⁵ Così FERRARESE, *Immagini del mercato*, in *SM*, 1992, p. 291. Più recentemente CASSETTI, *La cultura del mercato tra interpretazioni della costituzione e principi comunitari*, Giappichelli 1997, p. 15 ss.

⁶ INFANTINO, *Potere. La dimensione politica dell'azione umana*, Rubbettino, 2013, p. 260 ss. in dialogo con SIMMEL, *Filosofia del denaro*, Utet, 1984, pp. 418-419.

⁷ In definitiva, “sono le persone a fare un mercato, non le merci”: AIME, *La casa di nessuno. I mercati nell'Africa occidentale*, Bollati Boringhieri, 2002.

sario evidenziare l'asimmetria di potere tra le parti come tratto specifico della relazione di lavoro – la qual cosa dovrebbe rendere del tutto evidente le ragioni per cui la normativa lavoristica spesso “contravviene ai principi che governano in generale il diritto delle obbligazioni”⁸ – ma *non è più sufficiente* limitarsi ad invocare quell'asimmetria per fondare e giustificare una pervasiva estensione del principio di inderogabilità (e della conseguente necessaria prevalenza tanto della componente eteronoma su quella autonoma, quanto della dimensione collettiva su quella individuale) fino al punto di legittimare ogni e qualunque limitazione dello spazio di autonomia e di autoregolazione, anche quando gli interessi tutelati da quel principio poco hanno a che vedere con le asimmetrie di potere tra le parti. L'inderogabilità, in buona sostanza, in ragione degli interessi tutelati, ma anche dei costi sociali da essa originati, non può che essere declinata al plurale e conformata ormai sulla base di variabili geometrie concettuali, prima che giuridiche, dal momento che la tutela del singolo – come altrove ho avuto modo di evidenziare – non richiede una necessaria uniformità di disciplina e l'uniformità di disciplina non sempre si traduce in tutela del singolo⁹. Per questo, la norma inderogabile non può che essere riconosciuta, allo stesso tempo, come “fondamento” e come “problema” attuale del diritto del lavoro¹⁰.

2. Prudent knowledge e regolazione mite

D'altronde, ad essere plurali sono non soltanto le immagini del mercato ma anche le relative narrazioni, come dimostrano – fra gli altri – almeno due

⁸ Così Ministero del Lavoro, *Libro Bianco sul mercato del lavoro in Italia. Proposte per una società attiva e per un lavoro di qualità*, Roma, 2001, p. 67, nella prospettiva dell'avvenuto superamento della segnalata asimmetria.

⁹ Mi permetto di rinviare a VISCOMI, *Autonomia privata tra funzione e utilità sociale: prospettive giuslavoristiche*, in questa rivista, 2012, p. 441 ss. Da ultimo, la proposta ricostruttiva, critica sul punto, offerta da DE LUCA TAMAJO, *Il problema dell'inderogabilità delle regole a tutela del lavoro, ieri e oggi*, relazione al Convegno Aidlass, *Il diritto del lavoro al tempo della crisi*, Bologna 16-17 maggio 2013, in *aidlass.org*, e qui p. 13 del dattiloscritto.

¹⁰ Riprendo il titolo del saggio di CESTER, *La norma inderogabile: fondamento e problema del diritto del lavoro*, in *DLRI*, 2008, p. 341. Cfr. la coeva “proposta metodologica” di TULLINI, *Indisponibilità dei diritti dei lavoratori: dalla tecnica al principio e ritorno*, in *DLRI*, 2008, p. 424 che sollecita “una diversa sensibilità sistematica che ponga al centro del diritto del lavoro non più (o non solo) la norma inderogabile *in sé* – perché presunta o tendenziale o tradizionale o ideale – ma anche (e soprattutto) il diritto indisponibile”.

elementi. Da un lato, l'emergere e l'affermarsi di un *network* accademico, maturato da ormai più di un decennio, che sottolinea l'autismo autoreferenziale di una scienza economica caratterizzata da una sorta di *perdita di contatto con la realtà esterna*, anche in virtù della accentuata formalizzazione matematica del proprio linguaggio¹¹. In modo emblematico, le linee metodologiche essenziali di tale *network* sono ben espresse dal titolo stesso della rivista di riferimento: *Real-World Economics Review*¹². Dall'altro lato, il fatto che, a voler attentamente considerare le frontiere della ricerca economica, appare sempre più evidente che “una serie di eventi e shock esterni”, per un verso, nonché il “ripetuto realizzarsi di alcuni risultati dell'economia sperimentale”, per altro verso, hanno determinato la “*crisi*” dell'idea di un “*agente individuale razionale e onnisciente*” ed hanno inoltre provocato, se non proprio un collasso del “*dominio dell'ortodossia neoclassica*”, almeno un “*indebolimento di approcci più ortodossi, in particolare dei modelli caratterizzati da unicità e stabilità dell'equilibrio*”¹³. In conseguenza di ciò, da più parti si suggerisce ormai

¹¹ È forse opportuno ricordare l'economia “da lavagna” di cui parla COASE nel discorso in occasione del Premio Nobel, 9 dicembre 1991, *The Institutional Structure of Production*, nobel-prize.org: “*What is studied is a system which lives in the minds of economists but not on earth. I have called the result 'blackboard economics'*”.

¹² LAWSON, *Mathematical Modelling and Ideology in the Economics Academy: competing explanations of the failings of the modern discipline?*, in *Econ. Thought*, 2012, vol. 1(1), et.worldeconomic-sassociation.org: “*My contention, in short, is that contemporary academic mainstream economics is indeed often underpinned by ideology. But this ideology is first of all methodological in nature, being in effect the widespread cultural view that mathematics is essential to science. Incidentally I argue elsewhere not only that this ideology covers a false view in that successful natural science does not actually rest on the application of mathematics, but also that a nonmathematical economics can actually yet be a science in the sense of the successful natural sciences*”.

¹³ BARKLEY ROSSER jr, *Frontiere della ricerca economica*, in *Treccani – XXI secolo*, 2009, *treccani.it*; cfr. già KIRMAN, *Whom or What Does the Representative Individual Represent?*, *JEP*, 1992, 6(2), p. 117: “*my basic point is to explain that this reduction of the behavior of a group of heterogeneous agents even if they are all themselves utility maximizers, is not simply an analytical convenience as often explained, but is both unjustified and leads to conclusions which are usually misleading and often wrong*”. In senso classico cfr. ad esempio JENSEN, MECKLING, *The nature of man*, in *Journ. Appl. Corp. Finance*, 1994, 7(2), p. 4; dopo aver discusso “*five alternative models of human behavior that are commonly used (though usually implicitly) ... the Resourceful, Evaluative, Maximizing Model (REMM), Economic (or Money Maximizing) Model, Psychological (or Hierarchy of Needs) Model, Sociological (or Social Victim) Model, and the Political (or Perfect Agent) Model (...)* we argue that REMM best describes the systematically rational part of human behavior. It serves as the foundation for the agency model of financial, organizational, and governance structure of firms”. Per una critica al modello dell'*homo oeconomicus* vedi da ultimo INFANTINO, *Potere*, cit., p. 28 ss.

l'adozione di un più ampio paradigma cognitivo attento a cogliere la complessità del reale: “*the neoclassical era in economics has ended and has been replaced by an unnamed era; we believe what best characterizes the new era is its acceptance that the economy is complex, and thus that it might be called the complexity era*”¹⁴. A ulteriore conferma di tale processo può qui utilmente ricordarsi l'ambizioso progetto proposto dai teorici di “*behavioral economics*”: si tratta di un “*emerging field*”¹⁵ che mira “*to synthesize findings from economics, political science and psychology into a more unified theory of individual and multi-person decision theory*”¹⁶. Alla luce di tali prospettive, credo sia ragionevole riconoscere che, nell'ambito delle ricerca economica, quello neoclassico si avvia a perdere il ruolo di “*modello o schema accettato*”¹⁷, cioè di paradigma, in guisa tale che gli stessi giuristi – e i giuristi del lavoro in particolare – sono chiamati ad un attento controllo in ordine all'incidenza dei paradigmi cognitivi tradizionali, conformati dalla scienza economica o più spesso dalla relativa vulgata ideo-

¹⁴ HOLT, BARKLEY ROSSER JR., COLANDER, *The Complexity Era in Economics*, in *Rev. Pol. Econ.*, 2011, 23(3), p. 357, che così continuano: “*The complexity era has not arrived through a revolution. Instead, it has evolved out of the many strains of neoclassical work, along with work done by less orthodox mainstream and heterodox economists. It is only in its beginning stages, but it is, in our view, the wave of the future*”. Più ampiamente BARKLEY ROSSER JR., *Complex Evolutionary Dynamics in Urban-Regional and Ecologic-Economic Systems: From Catastrophe to Chaos and Beyond*, Springer, 2011, dove il tentativo di analizzare gli approcci basati sulla discontinuità elaborando una “*integrated view of economics as a whole from the perspective of inherent discontinuity*”.

¹⁵ Va però evidenziato che la “*behavioral economics*” trova precedenti importanti nei lavori degli anni 1950 di SIMON H.A. (secondo cui le scelte economiche spesso puntano a soddisfare e non a ottimizzare, come invece assunto dalla teoria standard) e di ALLAIS (il cui “*paradosso*” descrive il fatto che, in situazioni di rischio, molte persone attribuiscono valori sproporzionatamente grandi a date probabilità, se esse rappresentano la differenza tra rischio e certezza). Cfr. *Behavioral Economics*, sub voce, *Enciclopedia Treccani on line*, treccani.it.

¹⁶ CAMERER, TALLEY, *Chapter 21 - Experimental Law and Economics*, in POLINSKY, SHAVELL (eds), *Handbook of Law and Economics*, Elsevier, 2007, vol. II, p. 1619. Più recentemente ENGEL, *Behavioral Law and Economics: Empirical Methods*, in *Max Planck Society Preprints of the Max Planck Institute for Research on Collective Goods*, Bonn 2013/1, www.coll.mpg.de/pdf_dat/2013_01online.pdf. Per una prima analisi cfr. HOFFMAN, SPITZER, *Experimental Law and Economics: An Introduction*, in *CLR*, Vol. 85, No. 5 (Jun., 1985), pp. 991-1036, che ne parlavano in termini di “*new research technique*” (Spitzer e Hoffman sono considerati come coloro che “*first introduced the idea of experimental law and economics*” da MCADAMS, *Experimental Law and Economics*, in BOUCKAERT, BOUDEWIJN AND DE GEEST, GERRIT (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics, Volume I. The History and Methodology of Law and Economics*, Elgar, 2000, p. 539 ss.). Cfr. poi WRIGHT J.D., GINSBURG D.H., *Behavioral Law and Economics: Its Origins, Fatal Flaws, and Implications for Liberty*, in *Northwestern Un. Law Rev.*, Vol. 106, No. 3, 2012.

¹⁷ KUHN T., *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, Einaudi, 1969, p. 43.

logica¹⁸, sulla costruzione argomentativa e, ancor prima, su quella ordinamentale¹⁹. Non è privo di significato che un attento (e talvolta visionario) studioso della transizione postmoderna, richiami l'attenzione sull'urgenza di una “*prudent knowledge*” coniugandola con una rafforzata etica della responsabilità e contrapponendola alle facili etiche della convinzione²⁰.

In altri termini, e per quanto qui interessa, proprio la riconosciuta presenza di significativi frammenti di un nuovo paradigma sollecita a prendere finalmente sul serio due questioni (ed anzi a ripensarle alla luce di tale evoluzione): a) la prima, relativa ai *limiti* ed alla *fallibilità* della razionalità umana, individuale o istituzionale, soprattutto se e quando chiamata ad operare nell'ambito di sistemi sociali complessi²¹; b) la seconda, e correlata, relativa alla plausibilità di un “punto di vista privilegiato” sul mondo, la cui ricerca appare invece tanto ambiziosa quanto spesso inutile per via della reale *dispersione* delle conoscenze e della *proliferazione* plurale degli interessi²². Se si concorda

¹⁸ “L'errore che compie una buona parte degli operatori – lobbisti, avvocati, politici ed influenti giornalisti economici – che attinge alla saggista economica tradizionale consiste nel non rendersi conto che la concettualizzazione manualistica del libero mercato descriverà pure tutte queste qualità, ma che un mercato del genere non solo non esiste ma probabilmente non può esistere nella realtà”, così BASU, *Oltre la mano invisibile. Ripensare l'economia per una società giusta*, Laterza, 2013, p. XI, in quale afferma ancora (p. 17) che “la grande intuizione di Smith si è progressivamente fossilizzata in una dottrina rigida e inflessibile, quella che qui definisco ‘mito smithiano’”.

¹⁹ Per tutti, credo sia sufficiente citare GENTILI, *Informazione contrattuale e regole dello scambio*, in *RDPPriv*, 2004, p. 555: “La disciplina dell'informazione contrattuale è espressione della teoria economica marginalista su cui si basa la teoria del contratto”, ed in nota la seguente considerazione: “il punto è ovvio ma forse proprio per ciò poco ricordato dalla dottrina giuridica” con le citazioni di LANZILLO, *Regole del mercato e congruità dello scambio contrattuale*, in *CI*, 1985, p. 309 e di GORDLEY, *The philosophical origin of modern contract doctrine*, Clarendon Press, 1991.

²⁰ DE SOUSA SANTOS B., *Toward a New Common Sense. Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*, Cambridge University Press, 1995. “*The ecology of knowledges enables us to have a much broader vision of what we do not know, as well as of what we do know, and also to be aware that what we do not know in our own ignorance, non a general ignorance*”: ID., *Beyond Abyssal Thinking: from global line to ecologies of knowledges*, in *Review*, 2007, vol. XXX, n. 1. Il richiamo all'etica della responsabilità deve intendersi nel senso di JONAS, *Il principio responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, Einaudi, 1990.

²¹ Cfr. da ultimo MINOGUE, *La mente servile. La vita morale nell'era della democrazia*, IBL libri, 2012.

²² “Il carattere particolare del problema di un ordine economico razionale è determinato precisamente dal fatto che la conoscenza delle circostanze di cui ci dobbiamo servire non esiste mai in forma concentrata o integrata, ma solamente sotto la forma di frammenti sparpagliati di conoscenza incompleta e, spesso, contraddittoria, che tutti gli individui possiedono separatamente”, HAYEK, *The Use of Knowledge in Society*, in *AER*, 1945, 35, 4, p. 519.

sulla validità di questa condizione di partenza, che attiene all'umano prima ancora che all'economico, le conseguenze sull'estensione e l'intensità della legislazione, sulla stessa funzione che questa può assumere senza provocare possibili effetti non previsti, non voluti o addirittura perversi, risultano immediatamente percepibili. D'altronde, credo sia noto il consolidamento, nell'ambito della teoria dei giochi, di una particolare considerazione, analitica ed euristica, della 'razionalità strategica' a discapito di quella tradizionalmente denominata come 'parametrica': questa – com'è risaputo – descrive sinteticamente i comportamenti massimizzanti adottati dai singoli nel presupposto che le azioni individuali lascino immutato l'ambiente nel quale anche gli altri effettuano le proprie scelte; quella, invece, prende abbrivio dal fatto che le scelte dei singoli, in quanto modificano l'ambiente circostante, sono scelte condizionate, cioè scelte il cui esito dipende dalle *interazioni* che si stabiliscono con le scelte degli altri operatori.

Emblematica, al riguardo, una risalente disciplina²³ di disincentivazione del ricorso all'orario di lavoro straordinario, ispirata da finalità di incremento dell'occupazione aggiuntiva e perseguita mediante una specifica tassazione: va da sé che una disciplina del genere – che pure sembra presupporre un modello astratto di imprenditore razionalmente utilitarista – non può che essere segnata, nei fatti, da un alto livello di ineffettività, in quanto inidonea a comprendere i reali contesti produttivi, gli specifici interessi della parti e la dimensione relazionale interpersonale (e forse neppure tanto le ragioni meramente economiche, dal momento che i costi di formazione dei neoassunti potrebbero essere superiori alla tassazione dello straordinario). Alla stessa stregua, non credo possa sorprendere se, in perduranti contesti critici di elevato prelievo fiscale sulle retribuzioni, le parti sociali siano state indotte – come nel recente accordo del 24 aprile 2013 – ad utilizzare le risorse finanziarie disponibili al fine di pervenire ad una riduzione del costo del lavoro piuttosto che assicurare la correlazione, astrattamente imposta dal legislatore, tra de-tassazione e riorganizzazione (da perseguire mediante rimodulazione degli

²³ Comma 19 dell'art. 2 della legge n. 549 del 28 dicembre 95: "L'esecuzione del lavoro straordinario comporta, a carico delle imprese con più di 15 dipendenti, il versamento a favore del Fondo prestazioni temporanee dell'Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS), di un contributo pari al 5 per cento della retribuzione relativa alle ore di straordinario compiute. Per le imprese industriali tale misura è elevata al 10 per cento per le ore eccedenti le 44 ore e al 15 per cento, indipendentemente dal numero dei lavoratori occupati, per quelle eccedenti le 48 ore".

orari, redistribuzione delle ferie in modo più flessibile, impiego di nuove tecnologie per controllare l'ambiente di lavoro o adibizione di dipendente a diversa mansione). A prescindere dalla coerenza di sistema e dalla opportunità pratica di usare risorse pubbliche (in termini di incentivi positivi o negativi) per incidere sulle specifiche scelte organizzative in sede aziendale (addirittura anche promuovendo una diversa distribuzione delle mansioni), e trascurando di considerare che questa vicenda richiama l'attenzione sull'esistenza nel nostro paese di una seria questione salariale anche a motivo di una onnivora politica fiscale, è del tutto evidente che tanto nella tassazione dello straordinario, quanto nella detassazione del medesimo il legislatore sembra non tenere nel debito conto che il concreto contesto economico ed organizzativo sollecita *specifiche strategie di adattamento* negli attori interessati, anche a prescindere dalle convenienze astrattamente ipotizzate dal legislatore medesimo (e dagli stessi modelli economici).

Per questo anche a me²⁴, insieme ad altri²⁵, nel contrasto tra diritto antagonista e diritto mimetico è da tempo parso ragionevole proporre un *modello mite di regolazione giuridica*, orientato più alla definizione della cornice e meno al disegno del quadro, più al 'come' che al 'cosa'. Ma per essere implementato, il modello richiede e presuppone l'abbandono della pretesa (o dell'ossessione) della modernità giuridica (ed in verità del decisore politico) di congelare nella rigidità della legge la molteplicità del divenire: "c'è troppo diritto" – lamentava qualche anno fa Jean Carbonnier²⁶ – "occorre ridurre la pressione giuridica e modificare al contempo il tipo di norme". Ciò significa, in concreto, riuscire a delineare una regolazione, legislativa o contrattuale, leggera che si limiti, appunto, a definire la 'cornice', consentendo agli attori (individuali e/o collettivi) di dipingere il 'quadro'. Perciò sembra corretto ritenere che un *approccio attento alla complessità del sistema economico debba accompagnarsi ad una necessaria riconsiderazione, prima ancora dei contenuti regolativi, delle fonti e delle forme di regolazione, peraltro nel pieno rispetto del principio di sussidiarietà*, da considerare come criterio costituzionale di conformazione e legittimazione del sistema delle fonti giuslavoristiche, sia nel senso

²⁴ VISCOMI, *Modelli normativi e prassi contrattuali nei mercati di lavoro locali*, in *DML*, 2001, p. 371.

²⁵ CARUSO, *Alla ricerca della "flessibilità mite": il terzo pilastro delle politiche del lavoro comunitarie*, in *DRI*, 2000, p. 141; ID., *Il diritto del lavoro nel tempo della sussidiarietà (le competenze territoriali nella governance multilivello)*, in *ADL*, 2004, p. 842.

²⁶ CARBONNIER, *Flessibile diritto*, Giuffrè, 1997, p. XXIX.

del decentramento delle competenze regolative, sia nell'opposto senso di riportarle al centro quando la situazione oggetto di regolazione non può essere regolata in modo ottimale in diversa sede²⁷.

Ciò considerando, è difficile non concordare con Luca Nogler quando segnala l'irriducibilità della realtà ad un qualunque modello regolativo astratto²⁸ e appare di permanente e pertinente attualità il suggerimento metodologico rivolto da Luigi Mengoni al giurista: quello cioè di affiancare al "talento" ed alla "fantasia" (se e quando sono presenti) anche un attento "controllo della propria precomprensione"²⁹. In effetti, la necessaria apertura cognitiva e l'assunzione di metodologie analitiche attente alla dimensione economica ed organizzativa, e comunque non più ancorate nei formalismi di una rigida *Stufentheorie* ordinamentale³⁰, non possono certo tradursi (e, direi, neppure ridursi) nel ritenere che i "postulati dell'economia di mercato rappresentino il *prìus* delle soluzioni giuridiche"³¹. Sarebbe veramente ben strano che ciò accadesse, ove solo si considerino i ripensamenti di uno dei più decisi sostenitori di *Law and Economics* che ne ha parlato in termini di "*glorious past*" e di "*cloudy future*", suggerendo come possibile e proficua linea di ricerca una maggiore attenzione agli "*institutional arrangements*" e invocando addirittura maggiore attenzione "*to the demands of history*"³². Con qualche elemento di paradosso sono dunque gli orientamenti più attenti alla dimensione 'economica' a riscoprire ultimamente la dimensione storica e

²⁷ NAPOLI, *Le fonti del diritto del lavoro e il principio di sussidiarietà*, in *DLRI*, 2002, p. 85; TULLINI, *Breve storia delle fonti nel mercato del lavoro*, in *ADL* 2005, p. 168, pur ritenendo che "una dinamica delle fonti più relazionale, inclusiva, tollerante secondo le doppie coordinate della sussidiarietà (...) è, poi, l'unica visione possibile per realizzare l'integrazione del pluralismo sociale e giuridico a livello comunitario" segnala l'emergere di un "bisogno acuto di elaborare i cambiamenti con (un) supplemento di riflessione e di comprensione", in considerazione dei possibili rischi di destrutturazione del quadro giuridico di riferimento anche perché "non si possono nascondere le difficoltà di risolvere i conflitti socio-economici che non sono 'miti'".

²⁸ NOGLER, *Problema e comparazione nella controversia sulla riforma del diritto del lavoro*, in *PD*, 2012, p. 53: "le persone non compiono le loro scelte sulla base della sola razionalità propria del *resourceful evaluating and maximising man*, neppure se sono imprenditori come dimostra l'economia sperimentale".

²⁹ MENGONI, *Ancora sul metodo giuridico*, in *RTDPC*, 1984, p. 330.

³⁰ Mi permetto di rinviare ad alcune riflessioni sul punto in VISCOMI, *L'adempimento dell'obbligazione di lavoro tra criteri lavoristici e principi civilistici*, in *DLRI*, 2010, p. 595.

³¹ Sempre NOGLER, *op. loc. ultt. cit.*

³² EPSTEIN, *Law and economics: Its glorious past and cloudy future*, in *UCLF*, 1997, 64, 4, p.

sociale del diritto, ed in definitiva il suo operare a stregua di formante e di collante di una comunità sociale. Perciò vale pena ricordare ancora, e ricordare proprio ora, il carattere irriducibilmente progettuale (e non meramente esegetico) del diritto del lavoro³³. Semmai, quell'apertura e quelle metodologie dovrebbero sollecitare, anche nel giurista, la matura consapevolezza sulla profonda condizione di *incertezza nella quale versiamo in ordine alle conseguenze effettive di una regolazione (e di una interpretazione) destinata ad operare in contesti complessi e non pienamente dominabili* neppure attraverso i più sofisticati algoritmi. Basti pensare, al riguardo, ai dubbi sugli effetti occupazionali della tutela reintegratoria o, più in generale, alla odierna discussione sulla relazione tra politiche di bilancio e politiche di crescita³⁴. Cautela consapevole e tanto più necessaria, quanto più l'analisi economica tracima dal piano descrittivo a quello marcatamente prescrittivo, ed è qui spesso presentata con i toni della verità ultima e perciò quasi religiosa (ed in effetti di ortodossia si parla ormai più nell'accademia economica che nelle dispute teologiche). In verità, proprio la considerazione dell'orgogliosa presunzione di poter racchiudere la complessità del mondo nella linearità delle formule dei fogli Excel, con i relativi e banali errori di calcolo, ha indotto Paul Krugman a scrivere in modo icastico, in uno dei suoi editoriali sul New York Times³⁵: *“These aren't good times for austrian economics; and, to be honest, they aren't too good for economics in general. Even if some economists have come out of the Reinhart/Rogoff/ Alesina/ Ardaqna business looking pretty good, the reputation of the intellectual enterprise as a whole has clearly suffered”*.

Da questo punto di vista, pur nel dubbio sull'effettiva realizzazione di quanto previsto, ritengo sia veramente meritevole di apprezzamento l'introduzione, ad opera della l. 28 giugno 2012 n. 92, di un *osservatorio* volto a monitorare gli effetti della riforma sulla efficienza del mercato del lavoro, sull'occupabilità dei cittadini, sulla modalità di entrata e di uscita dall'im-

³³ Cito, ovviamente, il titolo del libro di BAYLOS GRAU, *Diritto del lavoro: un modello per progettare*, Giappichelli, 1993.

³⁴ Per tutti, cfr. la recente discussione suscitata dal volume di REINHART, ROGOFF, *This Time Is Different: Eight Centuries of Financial Folly*, Princeton University Press, 2009, e le osservazioni critiche di HERNDON, ASH, POLLIN, *Does High Public Debt Consistently Stifle Economic Growth? A Critique of Reinhart and Rogoff*, in *University of Massachusetts, Political Economy Research Institute*, WP 322, April 2013 per i quali: *“the evidence we review contradicts Reinhart and Rogoff's claim to have identified an important stylized fact, that public debt loads greater than 90 percent of GDP consistently reduce GDP growth”*.

³⁵ KRUGMAN, *Varieties of Academic Temptation*, 3 maggio 2013, in krugman.blogs.nytimes.com.

piego” (art. 1, co. 2), in guisa tale che dagli esiti di tale monitoraggio e della conseguente valutazione possano essere desunti “elementi per l’implementazione ovvero per eventuali correzioni delle misure e degli interventi introdotti dalla (...) legge, anche alla luce dell’evoluzione del quadro macroeconomico, degli andamenti produttivi, delle dinamiche del mercato del lavoro e, più in generale, di quelle sociali” (art. 1, co. 3)³⁶. Per riprendere le parole di Deakin e Wilkinson: “trovare il tipo ‘giusto’ di regolamentazione è un processo di scoperta, nel caso del mercato del lavoro come altrove”³⁷. E il rischio ben noto è che una regolamentazione non corretta sul piano oggettivo, o come tale percepita dagli attori, sarà immediatamente segnata da un elevato tasso di ineffettività. In effetti, non è azzardato proporre una correlazione diretta tra effettività della normazione e compatibilità con le dinamiche di sviluppo di un sistema economico organizzato³⁸.

Insomma, è forse giunto il momento di riferire anche a quella economica quanto Pugliatti predicava di quella giuridica, l’essere cioè il titolo di scienza un poco mitologico, sì da preferirvi quello di *sapere*, più intriso di comprensione dei limiti della razionalità umana³⁹. Anche per questo, il legislatore e più in generale ogni regolatore che sia consapevole della complessità sistemica in cui si trova ad operare non può che abbandonare la pretesa di *autosufficienza cognitiva* e di *hybris regolativa* assumendo un più razionale atteggiamento di prudente cautela, ispirato ad un *approccio pragmatico e sperimentale*⁴⁰. In effetti, non sempre il coordinamento delle iniziative è utile o produce gli effetti sperati, non solo, e neppure tanto, perché può alterare lo spontaneo attivarsi di ciascuno e ledere l’auspicato risultato ottimale per la

³⁶ Ai sensi dell’art. 2, co. 8, del d.l. 28 giugno 2013 n. 76 conv. in l. 9 agosto 2013 n. 99, costituiscono oggetto di monitoraggio *ex lege* 92 gli interventi straordinari ivi previsti per promuovere l’occupazione giovanile.

³⁷ DEAKIN, WILKINSON, *Capabilities, ordine spontaneo del mercato e diritti sociali*, in *DML*, 2000, p. 338.

³⁸ Cfr. BIN, *Effettività*, in DI COSIMO, LANZALACO (a cura di), *Riscoprire la sfera pubblica*, Ati editore, 2012, p. 59: “L’effettività e l’efficienza sono la dimensione naturale del mercato e delle sue regole. Il mercato non ha il problema della validità o della legittimità dei modelli di comportamento che impone”.

³⁹ PUGLIATTI, *Diritto pubblico e diritto privato*, in *ED*, XII, Giuffrè, 1964, p. 722.

⁴⁰ “Nella cultura tradizionale una legge, un trattato un accordo ‘chiudono’ un problema, ingessandolo per parecchio tempo. Personalmente penso, invece, che bisogna sperimentare un’idea dinamica della norma e del mandato, che preveda, già nella sua costruzione, delle ‘finestre’ predisposte a interventi di modifica rapida”, così BARATTA, *Come cambia la rappresentanza politica e sindacale nel post-fordismo. Spunti per un’agenda*, in *QRS*, 2010, 4, p. 129.

collettività, *quanto piuttosto per la non sempre decifrabile prevedibilità delle conseguenze delle scelte compiute, soprattutto quando inverte in contesti sociali, economici e culturali tra loro plurali*. Scrive Coase: “È mia convinzione che ... i responsabili delle decisioni politiche abbiano sovrastimato i vantaggi che derivano dalla regolazione governativa”⁴¹. Vantaggi che invece potrebbero essere rilevanti per via di una regolazione mite, in grado di valorizzare l’apporto conoscitivo ‘disperso’ e ‘frammentato’ degli attori socio-economici⁴².

3. *Adattamento al contesto e ricerca di nuove vie*

Ancora qualche considerazione sul secondo dei termini che il titolo del seminario invita a porre in relazione: le regole giuridiche (e ovviamente quelle del lavoro in particolare). Di queste, prima ed oltre che discuterne l’efficienza, come proposto dal titolo, appunto, pare necessario definirne la funzione, dal momento che, senza tale indagine preliminare, la stessa nozione di efficienza risulta euristicamente poco produttiva. Nella sua dimensione elementare, infatti, il concetto di efficienza pone in *rapporto i risultati raggiunti con gli sforzi necessari per ottenerli*, sì che un sistema si dice efficiente se consente di ottenere gli obiettivi prefissati con un utilizzo ottimale delle proprie risorse. Anche per queste ragioni, se è vero che ogni incontro tra diritto del lavoro ed economia rinvia, come è stato detto, ad una questione metodologica⁴³, e più precisamente alla definizione dello statuto epistemologico disciplinare in presenza di una opportuna apertura cognitiva verso altri saperi, è anche vero che ogni incontro presuppone e impone una riflessione identitaria sulla *funzione della disciplina* e sul suo stato attuale, forse un po’ troppo retoricamente contrabbandato sotto la formulazione di ‘crisi’ del diritto del lavoro. Più che in crisi, il diritto del lavoro mi pare sia invece alla ricerca di

⁴¹ COASE, *Impresa, mercato e diritto*, il Mulino, 1995 p. 222, che però così continua: “ma questa opinione, anche se giustificata, non può andare oltre il suggerimento che la regolazione governativa dovrebbe essere ridotta, non dice dove dovrebbe essere tirata la linea di confine”.

⁴² A tale stregua, la valorizzazione delle autonome capacità compositive degli attori deriva più dalla segnata consapevolezza in ordine alla frantumazione e dispersione delle conoscenze e meno dalla confidenza, giustamente discussa criticamente da TULLINI, *Breve storia*, cit., p. 166, “nelle capacità di cooperazione e di collaborazione degli attori (istituzionali e sociali)”. Proprio la realistica considerazione di tali capacità impone una chiara e pertinente cornice legale.

⁴³ DEL PUNTA, *op. loc. ultt. citt.*

nuove vie in grado di assicurare, in questo confuso inizio secolo, che quella del lavoro possa ancora essere una esperienza umana segnata dalla finalità proclamata dalla Costituzione: strumento di realizzazione individuale e di partecipazione al progresso materiale o spirituale della società, in cui trova radicamento la dignità della persona e garanzia la sua essenziale libertà⁴⁴. Come è stato efficacemente detto: “*Labour law’s back page do not have to dominate our thinking ... Both substantive and procedural labour law will have to find new techniques and platforms of operation to do the required work*”⁴⁵.

La domanda non è, insomma, “se e fino a che punto il diritto del lavoro deve abbandonare il proprio patrimonio genetico”⁴⁶, ma in che modo possa realizzare le sue finalità in contesti differenti, instabili e dinamici: in fondo, *nella prospettiva evolutiva il vantaggio competitivo non sta nella conservazione museale dei propri caratteri originari quanto semmai nella capacità di adattamento al contesto*. Da questo punto di vista, il disprezzo del giurista nei confronti dell’apporto conoscitivo delle scienze sociali ed economiche⁴⁷ (ovvero, se si vuole, il suo prendere rifugio nella prospettiva ordinamentale se non addirittura meramente esegetica) comporta una immediata ed evidente lesione della capacità di comprensione e trasformazione del reale. Per questo vale la pena ancora oggi ricordare il celebre aforisma di Heidegger: “il fatto decisivo non è l’uscire dal cerchio ma penetrarvi in modo corretto”⁴⁸.

Se si concorda con questa osservazione, la pur rivendicata “strutturale eccedenza del diritto del lavoro rispetto al mercato, alle pretese del mercato, dell’economia di mercato, delle ideologie del mercato”⁴⁹, non è tale da emarginare la circostanza che il “problema dello sviluppo e dell’efficienza economica è centrale per il diritto del lavoro, almeno per chi si pone il problema della costruzione delle regole giuridiche in modo responsabile e cioè argomentando le soluzioni tenendo conto di tutti gli interessi coinvolti. Tuttavia,

⁴⁴ Cfr. ZAGREBELSKY, *Fondata sul lavoro. La solitudine dell’art. 1*, Einaudi, 2013.

⁴⁵ LANGILLE, *Labour Law’s Back Pages*, in DAVIDOV, LANGILLE (eds), *Boundaries and frontiers of labour law*, Hart, 2006, p. 13 e qui 32, 34.

⁴⁶ GARILLI, *La crisi del diritto del lavoro*, in *temilavoro.it*, 2012, 4(1).

⁴⁷ Da alcuni ricondotto, ma con una qualche forzatura concettuale, anche alla nota affermazione sulla “ibrida mescolanza” tra diritto e sociologia espressa nell’*Introduzione* da BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Milano, 1901, p. 2. Dico forzatura, perché l’affermata autonomia dei due rami del sapere è funzionale alla costruzione identitaria della nascente disciplina.

⁴⁸ HEIDEGGER, *Essere e tempo*, § 32, p. 166.

⁴⁹ Con forza affermata da BARBIERI, *Lavoro e diritto*, cit., p. 3 dattiloscritto.

nel valutare come questi interessi siano coinvolti nei casi concreti non è sufficiente fare riferimento a modelli astratti, ma è necessario confrontarsi con la realtà empirica”⁵⁰. Perciò ha ragione Ichino, quando ricorda che “occorre diffidare non soltanto dalla pretesa assoluta di spiegare tutto in base ai modelli teorici di ispirazione ‘neoclassica’, ma anche dalla pretesa altrettanto assoluta di negare ogni utilità di quei modelli (...). Il problema è sempre soltanto di capire quale e quanta parte della realtà ciascun modello è in grado di spiegare”⁵¹. Ovvero, per continuare ad usare le sue parole, “nessun duello mortale fra diritto ed economia, ma al contrario, un contributo essenziale che dall’economia può venire (sia al momento della creazione della norma, sia in quello della sua interpretazione) al rafforzamento del diritto, cioè della sua capacità di produrre effettivamente un *essere* economico corrispondente al *dover essere* posto dalla norma”, cioè – mi permetto di aggiungere – dalla politica, come luogo della scelta condivisa del modello di società nel quale una comunità decide di riconoscersi. Come è stato pure detto: “*Economics should not be expected to provide us with a set of straight-forward answers. Nor should we treat economics analysis as the only valid insight into the problem of labour law... Nevertheless, economics plays a vital role in helping us to understand the cost and benefits of policy choices*”⁵².

4. Contratto, mercato e regolazione giuridica

In questa prospettiva, occorre però tenere in considerazione che l’ordinamento lavoristico presenta, per così dire, un duplice aspetto, essendo destinato a disciplinare, da un lato, la continuativa integrazione funzionale delle singole prestazioni di lavoro nell’ambito di una organizzazione destinata alla produzione di beni o servizi; ed essendo chiamato a regolare, dall’altro lato, l’incontro tra domanda ed offerta nella dimensione propria del mercato del lavoro. *Contratto e mercato costituiscono insomma i due ambienti, non simmetrici né tra loro omogenei, tipici della regolazione giuslavoristica*. In relazione al primo

⁵⁰ NOGLER, *op. cit.*, p. 55.

⁵¹ ICHINO, *Il giuslavorista tra marginalisti e istituzionalisti*, intervento al convegno della Fondazione Jacopo Malagugini “*I diritti del lavoro e le pretese dell’economia*”, Milano, 16 febbraio 2001, in *fondazionemalagugini.it* ed anche in *Id.*, *I giuslavoristi e la scienza economica: istruzioni per l’uso*, in *ADL*, 2006, p. 454 ss.

⁵² DAVIES, *Perspectives on Labour Law*, Cambridge University Press, 2009, p. 35.

aspetto, e volendo sintetizzare i risultati di precedenti riflessioni, credo di poter ragionevolmente affermare che il contratto di lavoro rappresenti un *dispositivo tecnologicamente sofisticato* geneticamente destinato ad assicurare l'integrazione tra prestazione e organizzazione: a tal fine, legittima (e per ciò stesso limita) il potere unilaterale del datore di lavoro nell'ambito di un rapporto di durata. In questa prospettiva, il diritto del lavoro ha conformato la rivoluzione industriale, nelle sue varie fasi, operando a stregua di strumento di governo di quella tipica istituzione totale che era (ed è ancora) la fabbrica e di razionalizzazione del sistema di produzione capitalistico. Ne segue che la logica organizzativa impregna o dovrebbe impregnare la costruzione, l'interpretazione e l'applicazione (soprattutto in sede giudiziaria) delle regole giuridiche; anche per questo, la causa del contratto di lavoro può meglio individuarsi nella organizzabilità della prestazione di lavoro e non già nella mera messa a disposizione delle energie lavorative. D'altronde, occorre riconoscere che proprio la costruzione della causa come funzione (o sintesi funzionale) del contratto è tale da inibire ogni tentativo volto ad affermare una necessaria scissione tra la dimensione giuridica (del dover essere) e quella economica-organizzativa (dell'essere), tant'è che la causa risulta abitualmente concretamente configurata a stregua di uno strumento di controllo (pubblico, e nella prospettiva bettiana anche autoritario) dell'operazione economica (privata). Intendo dire, in altri termini, che per una pluralità di ragioni il *codice genetico lavoristico non mi pare possa essere ricondotto e ridotto in via esclusiva alla tutela del lavoratore* mediante gli effetti conformativi o ablativi derivanti dal principio di inderogabilità tanto da risultare, per questa via, incompatibile con le ragioni economiche ed organizzative. Quel codice, viceversa, appare molto più complesso per almeno due motivi: per un verso, a motivo dell'intreccio tra le dinamiche *endoaziendali* di legittimazione e limitazione dei poteri organizzativi e la funzione *esoaziendale* di governo del mercato del lavoro; per altro verso, perché la stessa funzione di tutela del lavoratore non può essere identificata nella privazione dell'autonomia ma piuttosto e semmai, come ho cercato di argomentare altrove, nel *rafforzamento di quella autonomia mediante adeguate e variabili strategie giuridiche di consolidamento*. “Labour law”, è stato recentemente segnalato, “*may be implemented for a variety of goals, some of which may not be protective of workers interests*”; da qui la conseguente osservazione secondo cui “*the adoption of a broader perspective is crucial to the future health and vitality of labour law scholarship*”⁵³.

⁵³ HOWE, *The broad idea of labour law: industrial policy, labour market regulation and decent work*,

In questa prospettiva, per il giurista del lavoro può rivelarsi fecondo di risultati un approccio analitico ispirato alla categoria dei *contratti relazionali* di Macneil⁵⁴ e più ancora a ciò che lo stesso Macneil ha più recentemente definito *relational thinking*⁵⁵ volendo così intendere “*the complex patterns of human interaction that inform all exchange*”⁵⁶. In questa prospettiva, com'è ben noto, la funzione economica essenziale del contratto relazionale è di ridurre i costi di transazione derivanti, in ipotesi, dalle continue rinegoziazioni eventualmente necessarie per adeguare la prestazione dovuta al variabile assetto organizzativo della produzione⁵⁷. Emblematica, da questo punto di vista, la disciplina delle mansioni, la cui variabilità unilaterale consente una riduzione dei costi di transazione che potrebbero derivare dall'applicazione, nel caso concreto, della norma di diritto comune sul mutamento dell'oggetto. E ciò vale, si badi, anche nelle ipotesi in cui si reputa di concordare con chi ritiene necessario rivedere le teoriche relazionali sulla base delle specificità dei singoli contratti e in particolare, per quanto riguarda il rapporto di lavoro a mo-

in DAVIDOV, LANGILLE (eds), *The Idea of Labour Law*, Oxford University Press, 2011, che così continua: “*The broader perspective assists in conducting more complete, long term analysis of regulation which pertains to the person dependent upon their labour for subsistence. It is less prone to crises related to avoidance of traditional labour law and changing work relationships, because the subject matter is not tied to a particular form of work relationship, and allows for analysis of variation in working arrangements by industry*”.

⁵⁴ Il riferimento è naturalmente a MACNEIL, *Contracts: Exchange Transaction and Relationships*, Foundation Press, 1971.

⁵⁵ MACNEIL, *Relational Contract: what we do and do not know*, in *Wis. Law Rev.* 1985, 483 ss.

⁵⁶ Scrive MACNEIL: “*To have even a glimmer of hope of understanding relational contract we must overcome the impact hundreds of years of history have had on our minds. We must start with exchange viewed broadly. By now, we are so brainwashed as to be almost unable to conceive of exchange except in terms of markets and discrete transactions. But exchange is not the product simply of social relations so organized. Rather, exchange is the inevitable product of specialization of labor, however that specialization of labor may occur. Whether in a factory, in a commune, within a corporation, between discrete entities in markets, or within a family, exchange will occur as long as specialization exists. Understanding this is the first step towards freeing ourselves of the Hobbesian and utilitarian intellectual blinders which prevent us from understanding contract behavior and with it relational contract*” (p. 485).

⁵⁷ Cfr. HVIID, *Long-term contracts and relational contracts*, in BOUCKAERT, BOUDEWIJN, DE GEEST, GERRIT (EDS.), *Encyclopedia of Law and Economics, Volume III. The Regulation of Contracts*, Elgar, 2000, p. 46 ss. per una più ampia ed attenta distinzione tra le due tipologie di contratti indicati nel titolo della voce citata e per l'osservazione conclusiva secondo cui “*The main contribution of the relational contract theory so far would appear to be to highlight the potential importance of the relationship between the contracting parties and the social groups to which these belong, including the importance of norms and non-legal sanctions*”.

tivo della disparità di potere tra le parti⁵⁸. Insomma, per usare le parole del giudice Stevens, “*a contract is not just a piece of paper; just as a single word is the skin of a living thought, so is a contract evidence of a vital, ongoing relationship between human beings*”⁵⁹. A ben vedere, è proprio questa caratteristica relazionale, il fatto cioè che l’esecuzione della prestazione non solo non si esaurisce in un unico atto ma deve anche essere resa all’interno di un contesto dinamico, a rendere ragione della necessità di ripensare adeguatamente *contenuti regolativi e fonti regolatrici*. È qui sufficiente ricordare la contorta vicenda dei contratti a termine per punte stagionali di attività o dei contratti *week-end* degli esattori dei pedaggi autostradali per rendersi conto delle conseguenze dannose dei pregiudizi sulla irriducibile alterità della logica giuridica a quella economica e della diffusa convinzione, in un paese come il nostro, che le norme di legge (e i conseguenti regolamenti burocratici) costituiscano la soluzione per eccellenza. Anche da questo punto di vista, il diritto del lavoro mantiene dunque una sua specificità, non potendosi ad esso riferire, senza alcuna adeguata specificazione, le condizioni di efficienza allocativa del contratto ancora recentemente assunte dalla dottrina civilistica come metro di commisurazione della teoria giuridica del contratto. Questa “non può non avere”, così si afferma, “come sua funzione precipua quella di determinare le circostanze fattuali più idonee a garantire la sussistenza delle (...) condizioni” di efficienza allocativa (o ottimo paretiano: esternalità negative, informazioni, concorrenzialità, cooperazione)⁶⁰.

La consapevolezza dell’incidenza delle scelte (regolative o interpretative) in contesti complessi, siano essi organizzativi o più latamente economici, dovrebbe dunque portare ad un *attento e consapevole bilanciamento delle decisioni* (legislative o interpretative, anche e soprattutto in sede giurisprudenziale), anche al fine di evitare ben noti effetti perversi. Emblematica, ad esempio, la disciplina della nullità dei patti contrari in materia di mutamento di mansioni, la cui rigida applicazione ha astrattamente condotto a giustificare la perdita del posto di lavoro piuttosto che il mantenimento del lavoro, sia pure dequalificato⁶¹. Anche in considerazione di ciò, è ragionevole auspicare che

⁵⁸ BRODIE, *How relational is the employment contract?*, in *Ind. Law Journ.*, 2011, p. 232.

⁵⁹ In esergo al saggio di BIRD, *Employment as a relational Contract*, in *UPJLE*, 2005, p. 149

⁶⁰ DI CIOMMO, *Efficienza allocativa e teoria giuridica del contratto*, Giappichelli, 2013.

⁶¹ Cfr. le diverse prospettive di Cass. 14 aprile 2011 n. 8527 (“La disposizione dell’art. 2103 c.c. che vieta l’adibizione del lavoratore a mansioni inferiori è norma imperativa non derogabile nemmeno con accordo tra le parti”) e di Cass. 8 agosto 2011 n. 17095 (“Il divieto di adibizione

il legislatore abbandoni radicalmente la pretesa di coordinare in modo vincolante l'azione degli attori sociali ed economici, preoccupandosi semmai di meglio definire l'assetto di tutele idoneo ad impedire comportamenti opportunistici in grado di limitare le aspirazioni di libertà dei singoli contraenti.

Al contempo, riguardato nel prisma del mercato, al diritto del lavoro ovvero, più ampiamente, alla regolazione pubblica del mercato del lavoro (che è fatta di norme ma anche di agenzie amministrative e soprattutto di servizi) si chiede di realizzare le migliori condizioni per una ottimale allocazione della forza lavoro, al fine di promuovere (ma certo non di assicurare) un incremento dell'occupazione o, almeno, di impedire un incremento della disoccupazione, dando corpo all'art. 4 della Costituzione. Non a caso, è proprio su questo versante che sono maturate le osservazioni più significative sui rapporti tra mercato e diritto, dal momento che le regole protettive e distributive del diritto del lavoro hanno oggettivamente una funzione di creazione e di governo del mercato del lavoro: basti pensare alla funzione monopolista del collocamento pubblico e alla previsione doganale della richiesta numerica o ancora, ma è solo un esempio, all'affermazione del principio di parità di trattamento tra immigrati e autoctoni⁶² che trova giustificazione e ragione nella tutela del lavoro autoctono piuttosto che nel mero riconoscimento della dignità personale (perché se così fosse dovrebbe essere spiegato perché non consentire agli immigrati di trovare lavoro a costi inferiori ma certo con guadagni significativi rispetto alla personale situazione di partenza).

Da questo specifico punto di vista, mi limito qui solo a segnalare come il diritto del lavoro si trovi oggi a dover operare una delicata opera di bilanciamento tra il riconoscimento della pluralità e specificità dei mercati locali e la tendenziale omogeneizzazione dei trattamenti che invece deriva strutturalmente dalla norma di legge generale ed astratta (quand'anche posta in via autonoma e non soltanto eteronoma). Naturalmente non è questa la sede idonea per analizzare in dettaglio la questione, oltremodo difficile perché

del lavoratore a mansioni inferiori non opera nel caso in cui tale adibizione sia disposta a richiesta del lavoratore, in base ad una esclusiva scelta dello stesso, pervenuto a tale unilaterale decisione senza alcuna sollecitazione, neppure indiretta, del datore di lavoro”), entrambe in *MGL*, 2012, 7, p. 540.

⁶² Mi permetto di rinviare a VISCOMI, *La disciplina delle migrazioni economiche tra protezione dei mercati e promozione dei diritti. Spunti per una discussione*, in corso di pubblicazione negli *Scritti in memoria di M. G. Garofalo*.

impregnata dal rischio di una destrutturazione regolativa e di una balcanizzazione concorrenziale. Tuttavia, per quanto qui interessa è possibile segnalare come proprio la questione della diversificazione della regole mette in risalto i paradossi e i limiti di una regolazione (e ancor prima di una razionalità) che non sia in grado di coniugare l'attenzione ai principi con la consapevolezza degli effetti conseguenti e dunque di evitare, al contempo, l'ineffettività delle lodevoli proclamazioni (e petizioni) di principio e la diffusiva strumentalità di un diritto privo di storia. In questo dilemma si gioca, probabilmente, una delle partite più significative del diritto del lavoro il cui obiettivo è di riportare all'interno della logica giuridica le esigenze di una *controllata differenziazione delle regole, anche su base territoriale*, ripensando anche i modelli di relazioni sindacali ai quali le grande narrazioni del 900 ci avevano abituato. Intendo riferirmi non tanto all'esperienza (allo stato quasi inesistente) dei contratti di prossimità di cui all'art. 8 del d.l. 13 agosto 2011 n. 138 conv. con l. 14 settembre 2011 n. 148, quanto piuttosto con l'esperienza applicativa (questa invece intensa) degli accordi in deroga consentiti dagli ultimi accordi interconfederali (ricordo per tutti l'art. 4-bis del ccnl metalmeccanici ma anche l'art. 25 del ccnl chimici, quest'ultimo firmato anche dalla Cgil).

Insomma, dovendo concludere, credo sia opportuno evidenziare come tra mercato e diritto, per consentire all'uno di operare proficuamente, e all'altro di inverare i valori di cui è portatore, occorre instaurare forme rinnovate di sintesi. Dal mio punto di vista, ciò richiede almeno *tre presupposti*: a) che si rinunci all'ossessione regolativa (e autoritaria) della modernità e si valorizzi la capacità compositiva degli interessi ad opera delle parti sociali; b) che si proponga una ricostruzione del sistema delle fonti di disciplina in grado di consentire una adeguata differenziazione regolativa sulla base del principio di sussidiarietà, secondo trasparenti processi di negoziazione; c) che si adottino delle strategie di resilienza ordinamentale, che consentano al diritto del lavoro di operare come un sistema capace di adeguarsi all'evoluzione culturale ed economica e alla diversità dei mercati locali del lavoro. Ciò non vuol dire dimenticare delle asimmetrie di potere presenti nel rapporto e nel mercato; significa, invece, individuare strumenti idonei ad assicurare che la riduzione delle asimmetrie non produca essa stessa l'asimmetria più grande e cioè il mancato incontro tra chi offre e domanda lavoro.

Abstract

Il saggio esamina la relazione tra logiche economiche e regole giuridiche evidenziando la necessità di appropriati modelli interpretativi e sottolineando la necessità che la pretesa del legislatore onnisciente sia ridimensionata a beneficio del ruolo delle parti sociali nella definizione delle regole, in una prospettiva di attenta e controllata sperimentazione operata sulla base di una “*prudent knowledge*”.

The essay deals with the relationship between law and market stressing the need for a proper understanding of the interpretative patterns, proposing to resize the “big legislator” in favor of the enhancing role of the social partners in the definition of the rules, from a perspective of careful and controlled experimentation of the solutions proposed on the basis of a “prudent knowledge”.

Key words

Economia, Diritto, Regole, Sperimentazione, Flessibilità, Contrattazione collettiva.

Economics, Law, Rules, Experimentation, Flexibility, Collective bargaining.