

Scienze giuridiche Vol. 2 imp

RIVISTA GIURIDICA DEL LAVORO E DELLA PREVIDENZA SOCIALE

*Fondata da Aurelio Becca e da Ugo Natoli
già diretta da Luciano Ventura e da Giorgio Ghezzi*

DIRETTA DA

Piergiovanni Alleva e Bruno Veneziani

COMITATO DIRETTIVO

*Amos Andreoni, Vittorio Angiolini, Bruno Balletti, Marzia Barbera,
Vincenzo Bavaro, Alessandro Bellavista, Franca Borgogelli, Umberto Carabelli,
Gaetano D'Auria, Antonio Di Stasi, Francesco Fabbri, Mario Giovanni Garofalo,
Fausta Guarriello, Carmen La Macchia, Andrea Lassandari, Gianni Loy,
Luigi Menghini, Luca Nogler, Massimo Pallini, Adalberto Perulli,
Massimo Roccella, Franco Scarpelli, Stefania Scarponi,
Valerio Speciale, Sergio Vacirca, Lorenzo Zoppoli*

REDAZIONE

*Andrea Allamprese, Guido Canestri, Carlo de Marchis, Lorenzo Fassina,
Genevra Galli, Alessandra Raffi, Antonino Sgroi, Lucia Valente*

COMITATO SCIENTIFICO

*Gianni Arrigo, Gian Guido Balandi, Maria Vittoria Ballestrero,
Marco Barbieri, Paolo Boer, Olivia Bonardi, Piero Capurso,
Franco Carinci, Maria Teresa Carinci, Bruno Caruso, Pasquale Chieco,
Maurizio Cinelli, Franco Coccia, Adolfo Di Majo, Madia D'Onghia,
Giuseppe Ferraro, Franco Focareta, Fabio Fonzo, Alessandro Garilli,
Gino Giugni, Enrico Gagnoli, Raffaele Guariniello, Canio Lagala,
Mariosario Lamberti, Alberto Lepore, Franco Liso, Salvatore Mazzamuto,
Giovanni Naccari, Mario Napoli, Angelo Pandolfo, Alberto Piccinini,
Andrea Proto Pisani, Federico Maria Putaturo Donati, Carlo Smuraglia,
Ugo Spagnoli, Tiziano Treu, Patrizia Tullini, Roberto Voza*

SEGRETERIA DI REDAZIONE

Maria Clotilde Domenichini

Anno 2008

INDICE GENERALE

PARTE PRIMA **Dottrina**



EDIESSE

SAGGI

Adalberto Perulli (*)

EFFICACIA E DIRITTO DEL LAVORO (**)

«Dopo l'avvento dello Stato sociale, la razionalità del diritto moderno non può più essere definita in senso moralmente neutrale»

L. Mengoni, *Presentazione a*
Robert Alexy, *Teoria dell'argomentazione giuridica*,
Milano, Giuffrè, 1998.

SOMMARIO: 1. Le origini: verità ed efficacia. — 2. L'efficacia come valore condizionato. — 3. Razionalità ed efficacia. — 4. Efficacia economica: l'analisi economica del diritto. — 5. Le declinazioni dell'efficacia: efficacia e ragioni valutative. — 6. Efficacia e nuova regolazione. — 7. Efficacia ed efficienza economica del diritto. — 8. La funzione antropologica del diritto: per un mondo comune giustificabile.

1. — *Le origini: verità ed efficacia* — Declinare il concetto di efficacia nel campo del diritto del lavoro richiede una preliminare operazione di chiarificazione semantica, posto che la nozione in esame, appartenendo a una famiglia di termini che contempla numerosi sinonimi utilizzati nel linguaggio comune, presenta una molteplicità di sensi, alcuni dei quali più consoni al linguaggio (e al metalinguaggio) giuridico, altri caratteristici dell'analisi economica, altri ancora connessi ai paradigmi scientifici delle scienze sociali.

Efficacia designa anzitutto, in ragione della sua etimologia greca (*k-ratínein*) e latina (*efficere*) l'attitudine a «far essere», a produrre l'effetto sperato o atteso, dunque per estensione, a raggiungere il risultato. L'efficacia è quindi fondamentalmente *produttiva*: produce effetti di realtà, ed è questa la ragione per cui alle origini del pensiero occidentale l'idea di efficacia è associata a quella di verità (*alétheia*). Essenza della verità è l'efficacia, nel senso etimologico di ciò che «fa essere» la realtà, e

(*) Professore ordinario di Diritto del lavoro presso l'Università Ca' Foscari di Venezia.

(**) Questo saggio è destinato agli Studi in onore di Edoardo Ghera.

tale antico legame – ripreso in età moderna nelle intuizioni di Bacone e di Nietzsche – appare di tutta evidenza nell'era della tecnica, in cui la verità misura sé stessa nell'ordine dell'efficacia (1). Ma in origine, il motivo della verità come efficacia potente si salda con l'idea di giustizia (*dike*), nel senso che quando il discorso (la parola) è efficace – nel senso di «far essere» o non essere – è anche conforme a giustizia, onde può dirsi che il criterio dell'efficacia legittima il *diritto*. Al contempo, l'efficacia è razionale, nella misura in cui, nell'universo delle azioni possibili, l'agire in conformità a uno scopo è governato dalla valutazione dell'attitudine del mezzo rispetto al fine, e questa forma di razionalità strumentale è regolata dall'efficacia, cioè dalla capacità di «far essere» ciò che si vuole. In tal senso l'efficacia è anche il principio regolatore della razionalità strumentale, che controlla l'idoneità dei mezzi rispetto ai fini.

Con l'epoca moderna e la dogmatizzazione dei concetti scientifici che si realizza a cavallo dei secoli XVII e XVIII, l'idea di un'efficacia produttiva di realtà tende ad allontanarsi rispetto al piano del discorso giuridico. Probabilmente, ancor prima che in ragione dell'evoluzione interna del pensiero giuridico, questo congedo è il portato della modernità e della logica scientifica, tale per cui l'ordine dell'essere è costretto a cedere all'ordine della rappresentazione, nel senso heideggeriano di un tempo – la modernità, appunto – in cui il mondo diventa immagine del mondo (*Welt-bild*), e la verità della cosa non è più un es-porsi dell'*alétheia* ma un dis-porsi nel campo della rappresentazione anticipata dalla funzione legislativa della ragione (2). Al contempo, muta anche la nozione di ordinamento giuridico, che assume connotati teoretico-cognitivi trascurando, e, anzi, lasciando decisamente da parte, la nozione di sistema reale (3).

Come ora cercheremo di dimostrare, nell'orizzonte attuale del linguaggio giuridico il senso dell'efficacia, dopo aver perduto il suo connubio originario con i temi della verità (e dei suoi effetti di realtà), si declina in una serie di modalità pertinenti al problema della definizione del diritto e delle sue categorie analitiche, recuperando sul piano dell'analisi economica del diritto quell'idea di produzione di realtà valutabile in base alla capacità della regola giuridica di garantire l'efficienza economica.

(1) Su questi temi si veda, in una prospettiva teoretica, U. Galimberti, *Psiche e tecnica. L'uomo nell'età della tecnica*, Milano, 1999.

(2) Cfr. M. Heidegger, *Die Zeits des Weltbildes* (1938), trad. it. *L'epoca dell'immagine del mondo*, in *Sentieri interrotti*, La Nuova Italia, Firenze, 1968.

(3) Cfr. L. Mengoni, *Dogmatica giuridica*, ora in *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 33.

2. — *L'efficacia come valore condizionato* — In una prima accezione giuridico-dogmatica, che accomuna tanto le teorie idealistiche che le teorie giuspositivistiche di stampo normativistico, l'efficacia designa la creazione di un effetto, il quale si qualifica come valore condizionato (in generale a un determinato fatto della realtà) che risiede sul piano del dover essere normativo-ideale (il *Sollen*, nel quadro d'analisi kelseniana), a prescindere dalla realizzazione fattuale di tale valore (4). Concepita la norma giuridica in termini di valore e di dover essere, essa può prescindere dalla contingenza dei fatti e degli accadimenti, cioè della sua concreta realizzazione in termini di applicazione, rispetto, conformazione effettiva (5). Se il contratto è regolarmente concluso è produttivo di obbligazioni, l'obbligazione essendo l'effetto giuridico della stipulazione, a prescindere dalla efficacia in positivo (osservanza): l'obbligazione può non essere adempiuta, ma l'efficacia resta tale sul piano del valore giuridico (6). Il licenziamento produce un'obbligazione di giustificazione, quale effetto giuridico dell'atto di esercizio del potere, a prescindere che la conseguenza sia effettiva sul piano dei comportamenti concreti, giacché essa resta tale sul piano dei valori.

Siamo qui nella sfera dell'autonomia assiologica del sistema giuridico, in cui la causalità giuridica (produzione dell'effetto) è irriducibile alla causalità fisica. La teoria del diritto discute se questa struttura della condizionalità della norma giuridica produca degli effetti solo sul piano ideale o anche nella sfera del reale (ad esempio, è chiaro che l'inadempimento dell'obbligazione di giustificazione rende nullo il licenziamento, ma non è detto che ristabilisca il rapporto, inteso quest'ultimo come *effetto reale* della disciplina protettiva), ma in ogni caso, dal punto di vista metodologico tradizionale, il compito del giurista consiste nell'occuparsi della efficacia della norma sul piano dei valori e non su quello fenomenologico, che resta riservato all'analisi sociologica o statistica, ovvero al dominio delle scienze empiriche.

In questo assunto classico, che esalta la qualità dogmatica della norma giuridica e il dualismo — specificamente moderno — della validità

(4) Cfr. A. Falzea, voce *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, 1965, pp. 422 ss.

(5) Cfr. H. Kelsen, *The Pure theory of Law*, Berkeley, The University of California Press, 1967, p. 14.

(6) Peraltro, nella dottrina kelseniana l'efficacia può manifestarsi tanto nell'effettivo adeguamento delle norme giuridiche, quanto nell'esecuzione delle sanzioni per l'innosservanza della norma: cfr. G. Gavazzi, voce *Effettività (principio di)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988.

giuridica, si consuma la frattura originaria tra discorso giuridico, da un lato, e discorso delle altre scienze sociali e delle scienze economiche, dall'altro: in particolare, la frattura tra dogmatica giuridica e valutazione dell'impatto (economico) della norma, ossia tra logica deontica e i nessi concreti che la norma stabilisce nell'esperienza sociale ed economica. Il rapporto tra diritto ed economia, di conseguenza, viene costruito e percepito in termini alternativi, ovvero di indifferenza, del sistema giuridico rispetto alle sue condizioni socio-economiche, nella misura in cui la definizione dei concetti, dei principi e delle regole di diritto si iscrive (e si esaurisce) nell'ordinamento giuridico. Nel pensiero contemporaneo questa frattura subirà superamenti e disvelamenti (da parte della critica marxista, che segna il disincantamento dell'astratto normativismo giusnaturalistico), conferme (da parte del funzionalismo sistemico e dal neo-strutturalismo), e riscoperte (da parte del neo-giusnaturalismo).

3. — *Razionalità ed efficacia* — In una seconda accezione, l'efficacia del diritto designa l'attitudine della regola a raggiungere lo scopo normativo contemplato, e ciò mediante riscontri di efficienza strumentale della legge, che saggia la consistenza del rapporto di connessione causale mezzi-fini da essa posto. Ritroviamo qui l'originario nesso efficacia-razionalità strumentale, la cui misura è il massimo dell'efficienza, a sua volta espressa dal miglior rapporto tra i costi impiegati e i risultati raggiunti. In questo senso, anch'esso autonomo e interno al sistema giuridico, il concetto di efficacia getta un ponte verso la dimensione fenomenologica dell'*effettività* (intesa come comportamento conforme alla norma): l'efficacia della norma giuridica rinvia dunque alla sua razionalità, ossia alla valutazione di conformità e di adeguatezza della norma rispetto al fine desiderato. La valutazione in termini di efficacia apre dunque la via a un controllo di razionalità strumentale, o rispetto allo scopo, mobilizzando la *tecnica* concepita come strumento che consente l'impiego dei mezzi adeguati in vista di ottenere il risultato stabilito *ex ante*. L'efficacia è qui concepita come principio regolatore della razionalità strumentale, come criterio di selezione tra le azioni che conviene svolgere e quelle che non conviene attuare.

Il criterio di razionalità è fondato sull'idea di misura e di proporzione, ed è sempre inscritto entro le coordinate di valore del sistema giuridico, vale a dire nella dimensione assiologia della razionalità in

funzione della quale è orientata l'azione normativa (7). Non si tratta di una semplice esigenza di coerenza e di funzionalità espressa dal sistema normativo, il cui controllo si arresti a un giudizio di mera compatibilità tra mezzi e fini, bensì di un problema più avanzato di efficienza strumentale, che impone di verificare se la legge è *davvero* idonea allo scopo, *id est* se concretamente realizza l'obiettivo divisato.

Il diritto del lavoro non è certo estraneo a tale necessità di verificare l'adeguatezza-ottimalità della legge, specialmente nei casi in cui la norma preveda delle limitazioni alla fruizione di diritti o imponga un fine da raggiungere: si pensi, ad esempio, agli artt. 36 e 38 della Costituzione italiana, ovvero ai casi in cui la norma abbia a oggetto diritti fondamentali rispetto ai quali garantire livelli minimi di fruizione, onde il controllo riguarda puntualmente l'effettiva efficienza strumentale del disposto (8). Ma è certamente nel diritto economico per eccellenza, quello del commercio internazionale, che tale criterio di efficacia-razionalità assurge a parametro di legittimità della regolazione: in tale contesto, ad esempio, gli *standard* globali definiti dal Wto risultano vincolanti e prevalenti sullo stesso diritto comunitario a patto che non si dimostrino «inefficaci» o «inappropriati» rispetto agli obiettivi che essi intendono perseguire (9).

È evidente che in questa declinazione dell'efficienza-razionalità il discorso giuridico e l'analisi economica tendono a incrociarsi, onde il giurista può utilmente fruire dei contributi apportati dalla scienza economica, in particolare dall'analisi degli effetti concreti della norma giuridica, al fine di verificare, ad esempio, se essa produca effetti contrari a quelli dovuti in base ai principi sovraordinati (di natura costituzionale o comunitaria), ovvero per interpretare la norma in un senso più coerente con il perseguimento degli effetti voluti dalla norma di rango superiore (10).

(7) Su questi argomenti vedi G. Scaccia, *Gli «strumenti» della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, in Milano, Giuffrè, 2000.

(8) Per ulteriori approfondimenti in materia giuslavoristica vedi A. Perulli, *Razionalità e proporzionalità nel diritto del lavoro*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2005, pp. 6 ss.

(9) Cfr. *Wto Appellate Body, Sardines*, WT/DS231/AB/R 70-72. Per un'analisi del caso vedi A. Battaglia, *La sicurezza alimentare: amministrazione comunitaria e amministrazione globale*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 237.

(10) Cfr. P. Ichino, *I giuslavoristi e la scienza economica: istruzioni per l'uso*, in *Arg. dir. lav.*, 2006, p. 459.

4. — *Efficacia economica: l'analisi economica del diritto* — In una terza accezione, l'efficacia giuridica chiama in gioco la causalità materiale per interrogarsi sugli effetti extra-giuridici della norma, ossia sulle sue conseguenze economiche – e quindi pratiche – esterne al sistema giuridico. Si può parlare in questo caso di una *efficacia economica e materiale* della norma (non importa se di origine legale o giurisprudenziale) e dunque di una valutazione economica degli effetti giuridici esterna all'ordinamento, nella misura in cui il parametro di apprezzamento non è costituito dalla razionalità strumentale o assiologica della norma, come nei casi esaminati nel precedente paragrafo, ma dagli effetti puramente economici della regolamentazione: la valutazione si basa allora su modalità di ragionamento e su categorie analitiche del tutto esogene al sistema giuridico e alla sua logica tradizionale (11). Come ha scritto un giurista francese, in questa accezione, esplicitamente orientata dall'economia, il diritto, pervenuto a uno stadio di pura strumentalizzazione, si trova *écarté du champ de la pensée, pour n'être plus que technologie annexe au service de l'efficiency ultramoderne, c'est-à-dire pour n'être plus, selon la formule des juristes-sociologues, que régulation sociale* (12). L'economia del diritto, nella sua complessa articolazione metodologica, si focalizza sull'efficienza della norma, situandosi risolutivamente su un registro di calcolo e su una *bargaining culture* (13), anche se a questa visione *standard* si accompagnano prospettive micro-economiche assai diverse, come la variante transazionale consacrata allo studio della dimensione relazionale dei fenomeni giuridici (in questa prospettiva il diritto dei contratti viene valutato sulla base dell'efficacia procedurale) (14), perpetuando la tradizione del *legal realism*, ovvero la variante istituzionalista fondata sull'analisi – risalente a John R. Commons – dell'interdipendenza della sfera giuridica e di quella economica (15).

(11) Cfr. T. Kirat, *Action juridique et calcul économique. Regards d'économie du droit*, in T. Kirat, E. Serverin, *Le droit dans l'action économique*, Paris, CNRS Editions, 2000, pp. 42 ss.

(12) P. Legendre, *Sur la question dogmatique en occident*.

(13) Cfr. W. Heydebrand, *Changing Legal Cultures at the End of the 20th Century*, Annual Meeting of the American Sociological Association, Toronto, 1997.

(14) Cfr. O. E. Williamson, *Transaction Costs Economics Meets Posnerian Law and Economics*, in *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, vol. 149, n. 1, 1993, pp. 99 ss.

(15) Cfr. S. G. Medema, N. Mercurio e W. J. Samuels, *Institutional Law and Economics*, in B. Bouckaert e G. De Geest (ed.), *Encyclopedia of Law and Economics*, 14, Edward Elgar Publ., 2000.

Nei sistemi giuridici tanto di *civil* che di *common law* l'argomentazione orientata alle conseguenze (o il cd. argomento consequenzialista) ha da tempo inaugurato sul piano ermeneutico ciò che l'analisi economica del diritto porta oggi alle estreme conseguenze, vale a dire l'identificazione del concetto di giustizia con quello di efficienza (16). Secondo Luigi Mengoni una simile *reductio* non avrebbe risparmiato neppure la teoria sistemica, quanto meno sotto il profilo della preoccupazione di connotare la giustizia nei termini di una «complessità adeguata», *id est* come capacità del sistema giuridico di riprodurre al proprio interno la complessità esterna dei rapporti sociali. In realtà, come ora vedremo, per la teoria dei sistemi una tale *reductio* appare contraria all'assunto della necessaria separatezza tra sistema e ambiente, e quindi non può dirsi scientificamente accettabile.

Una consimile valutazione del diritto dal punto di vista esterno obbliga dunque il giurista a concepire il risultato della norma alla luce di un criterio di efficacia molto distante da quello tipico del diritto del lavoro. Ciò che viene in evidenza nella prospettiva di *law and economics* è soprattutto la ricerca di sincronia tra diritto ed economia, nel senso che ogni separazione tra le due sfere viene percepita e stigmatizzata come una forma di *inefficacia*: nella misura in cui il sistema giuridico e quello economico non sono perfettamente sincronici l'uno rispetto all'altro, le norme non saranno adeguatamente e correttamente allineate alle preferenze e alle dotazioni degli attori economici. In termini tradizionali, questa impostazione del problema dell'efficacia può essere considerata come un *decalage* dal piano del dovere essere a quello dell'essere, che tende inevitabilmente a mettere in discussione la funzione antropologica del diritto e il suo apporto di condizioni di validità dello scambio economico fondate su valori e principi normativi diversi da quelli tipici del mercato (17). In termini di analisi sistemica, una simile prospettiva trascura gli effetti contro-intuitivi di una dissoluzione della frontiera tra il sistema giuridico e il suo ambiente, dimenticando che così come l'economia possiede i propri meccanismi di creazione delle informazioni sotto forma di prezzi, il sistema giuridico – in quanto sistema necessariamente *auto-*

(16) Cfr. L. Mengoni, *L'argomentazione orientata alle conseguenze*, in *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, cit., pp. 91 ss.

(17) Sulla funzione antropologica del diritto e sulla sua irriducibilità al ruolo puramente tecnico, cfr. A. Supiot, *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Seuil, Paris, 2005, qui in particolare p. 31.

nomo – possiede una propria logica interna differenziata rispetto a quella mercantile espressa dal sistema economico (18).

Di fronte a questa dimensione del problema posto dalla *law and economics*, il diritto del lavoro appare particolarmente esposto e sensibile. Tuttavia, se l'economia chiede al diritto di garantire un quadro normativo più adatto al raggiungimento di obiettivi di efficacia/efficienza economica, viene quasi automatico rispondere che il diritto – e quello del lavoro in particolare – promuove anzitutto obiettivi di giustizia, rispetto ai quali l'obiettivo dell'efficienza economica dovrebbe essere subordinato. In questa prospettiva il diritto del lavoro, assai più del diritto civile, afferma la propria autonomia assiologica rispetto al discorso economico in quanto attribuisce primaria importanza alla redistribuzione basata sulla ricognizione di una disegualianza di potere tra le parti rispetto alla *competition* che mira a una allocazione efficiente delle risorse in base all'assunto dell'eguaglianza delle parti. Sarebbe tuttavia *naive* limitarsi ad alzare barriere comunicative sostenendo che il diritto del lavoro, di fronte alla materialità economica, corre il rischio di perdere il suo statuto scientifico e il suo orientamento assiologico, compendiabile nell'attitudine a correggere le disparità di potere contrattuale e consentire il superamento della visione economica del lavoro come merce (19). Infatti, il diritto del lavoro, con la sua componente di legittimazione dell'autorità aziendale, è sempre stato anche strumento di *Rationalisierung* capitalistica, in un continuo processo di razionalizzazione/adattamento della forma giuridica alle esigenze dell'economia e dell'organizzazione (20). Non a caso tale funzione è stata sottolineata da un'analisi economica del diritto *ante litteram*, condotta da Coase nell'ambito delle sue ricerche sulla natura dell'impresa, laddove il premio Nobel per l'economia coglieva nel contratto di lavoro – e nel suo elemento fondamentale: il principio di autorità – uno strumento capace di ridurre i costi di transazione consistenti nella rinegoziazione nel tempo dei termini dello

(18) S. Deakin, *Les conventions du marché du travail et l'évolution du droit*, in F. Eymard-Duvernay, *L'économie des conventions, methods et resultants*, La Découverte, Paris, 2006, p. 235.

(19) Cfr. M. Napoli, *Il lavoro e le regole. C'è un futuro per il diritto del lavoro?*, in Jus, pp. 51 ss.

(20) L'assunto è al centro della riflessione di Autori che seguono metodologie tanto diverse, come, tra i più rappresentativi, G. Lyon-Caen, U. Romagnoli, M. Persiani, G. Vardaro, R. Del Punta, R. Pessi, ma in fondo convergenti.

scambio tra lavoro e retribuzione, quindi in grado di ridurre i costi di coordinamento connessi all'uso del mercato (21).

Il problema non sta, quindi, nel prospettare (o rimpiangere) un' improbabile età d'oro del diritto del lavoro, tramontata sotto l'incombente minaccia degli imperativi sistemici dell'efficacia economica. Si tratta, piuttosto, di ribadire – nello stesso interesse dell'economia – la funzione del diritto come meccanismo di regolazione del mercato: non solo per correggere le *failures* di quest'ultimo, o per ridurre i costi di transazione, o ancora per garantire gli aspetti dinamici della concorrenza, ma anche come strumento di controllo nell'allocazione delle risorse realizzata dal mercato e come vettore di giustizia distributiva (22). Il che appare tuttavia in contrasto con le attuali tendenze, propugnate dalla scuola economica *standard*, volte a realizzare un modello di neo-*laissez faire* in cui la logica economica costringe tanto la politica quanto il diritto a negare la produzione di valori alternativi rispetto a quelli della competizione, dell'efficienza e del profitto (23).

La prospettiva dell'analisi economica del diritto si interessa agli effetti economici della norma e delle istituzioni giuridiche. Il ricorso riposa sull'idea, al contempo descrittiva e prescrittiva, di *valutazione* del diritto e della sua efficacia: si tratta di una impostazione descrittiva nel senso che l'analisi concerne gli effetti materiali della norma colti nella loro dinamica reale-oggettiva; prescrittiva nella misura in cui comporta una valutazione riguardante la desiderabilità della norma dal punto di vista dell'ottimizzazione dei comportamenti economici degli attori finalizzata al «benessere sociale».

È necessario sottolineare le caratteristiche del «benessere sociale» preso in considerazione dall'analisi economica del diritto: 1) in primo luogo l'idea di benessere sociale soggiacente all'analisi economica del diritto concerne la massimizzazione delle utilità di individui razionali; 2) in questa accezione di benessere sociale sono esclusi tutte le considerazioni

(21) R. H. Coase, *The Nature of the Firm*, in *Economica*, vol. 4, 1937, pp. 386 ss. Sui costi di transazione vedi di recente G. Clerico, M. Novarese, S. Rizzello, *I costi di transazione: analisi teorica e indagine empirica*, Giuffrè, Milano, 2007.

(22) Cfr. I. Musu, *Pensiero economico e diritto: più teorie economiche, ma terreni comuni*, in P. Ciocca e I. Musu, *Economia per il diritto. Saggi introduttivi*, Bollati Boringhieri, Milano, 2006, p. 68, favorevole a un diritto dell'economia che tenga conto delle implicazioni in termini di giustizia distributiva anche in vista di massimizzare, per tal via, la stessa efficienza dei processi e dei risultati dell'attività economica.

(23) In questi termini U. Mattei, *Qualche riflessione su potere e interpretazione*, in *Il diritto civile oggi*, ESI, 2006, p. 203.

riguardanti la *distribuzione* delle utilità: dunque l'efficacia della norma dal punto di vista della distribuzione del benessere non ha alcuna rilevanza nella dimensione valutativa dell'analisi economica del diritto; 3) da questa nozione di benessere sociale sono banditi i temi della giustizia e della morale, così come l'idea di solidarietà, intesa, quest'ultima, come principio giuridico oggettivo complementare del principio costituzionale di parità di trattamento (24). Il problema della giustizia in generale (e della giustizia distributiva in particolare) si riduce quindi a una nozione di efficacia nel quadro di una visione puramente mercantile del diritto e della sua funzione, concepito come un sistema di prezzi atto a orientare i comportamenti individuali.

Adottare il punto di vista descrittivo e normativo dell'analisi economica del diritto significa quindi mettere in discussione l'inclusione, tipica del diritto positivo, dei valori etici e personali che orientano il legislatore e l'interprete verso scelte non sempre, e non necessariamente, coincidenti con quelle dettate da modelli di efficacia puramente economici, mercantili od organizzativi (25). Per il diritto del lavoro, in particolare, ciò significa accettare una lettura efficientistica delle norme che valuta i dispositivi giuridici come limiti, o addirittura ostacoli, capaci di modificare i comportamenti degli attori economici, nonché produttivi di effetti perversi, contrari sia alla razionalità strumentale sia alla razionalità assiologica (ossia con la finalità di protezione dei diritti fondamentali della persona che lavora).

Incontriamo a questa latitudine il principale argomento della critica economica al diritto del lavoro, secondo la quale le rigidità caratteristiche della normativa giuslavoristica tradizionale (*rectius*, i sistemi di protezione dell'impiego) avrebbero un impatto negativo sul funzionamento del mercato del lavoro. Secondo questa analisi, il diritto del lavoro avrebbe creato e alimentato una frattura tra i soggetti protetti (gli *insiders*) e i soggetti non protetti (disoccupati, atipici, in generale gli *outsiders*) con effetti di rigidità normativa e salariale che sarebbero alla base della

(24) Cfr. L. Mengoni, *Fondata sul lavoro: la repubblica tra diritti inviolabili e doveri inderogabili di solidarietà*, in Jus, pp. 45 ss.

(25) Su questa condivisibile conclusione si chiude il ricco saggio di Riccardo Del Punta, *L'economia e le ragioni del diritto del lavoro*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2001, pp. 38 ss., ove si mette correttamente l'accento sui valori non economici, quali l'equità, l'eguaglianza, la solidarietà, la dignità e la libertà, nonché sulla razionalità «di sintesi», che assorbe la razionalità economica entro un più vasto orizzonte valoriale, tipica del diritto del lavoro.

questione occupazionale. In realtà è noto che questa analisi non risulta supportata da evidenze empiriche – ovvero dalla dimostrazione di un rapporto diretto e unico di causa-effetto tra indici di protezione dell'impiego e disoccupazione –, onde può ben dirsi che quelle teorie non sono capaci di dimostrare in maniera conclusiva l'irrazionalità del diritto del lavoro dal punto di vista economico (26).

Tuttavia, l'argomento in esame rimane centrale nella critica economica al diritto del lavoro, soprattutto in quei sistemi, come l'Italia o la Francia, collocati ai primi posti tra i paesi che, secondo gli indicatori dell'Ocse, hanno rafforzato o conservato il rigore delle norme di protezione del lavoro; come dimostra, ad esempio, l'impostazione fornita dal *Libro verde* della Commissione europea sulla «modernizzazione» del diritto del lavoro (27), che ripropone l'affievolimento della protezione contro il licenziamento come ricetta per far accedere gli *outsiders* a un sistema di tutele fondato sull'idea di *flexicurity*. E come dimostra l'accennarsi di un «sentimento comune della precarietà» prodotto dalle politiche del lavoro della scorsa legislatura (28).

5. — *Le declinazioni dell'efficacia: efficacia e ragioni valutative* — Data la polisemia del concetto di efficacia, e compresa la portata del tema e il suo abbracciare gli aspetti più problematici del rapporto tra economia e diritto, è opportuno svolgere alcune considerazioni di prospettiva sui tre assi che il campo lessicale dell'efficacia propone all'interprete, in un'ottica di connessione, e non di semplice opposizione, tra sistema giuridico, razionalità assiologica e logica economica.

Nella prima accezione proposta (*retro*, par. 2), l'efficacia come valore condizionato appare centrale nella dialettica diritto/scienze sociali e diritto/economia poiché rappresenta il principale fattore di resistenza contro la tendenza a una pura e semplice riduzione del giuridico alla fattualità economica, ovvero, se si preferisce (con Luhmann), come garanzia per il mantenimento del sistema giuridico come sistema autopoietico di

(26) Del Punta, *op. cit.*, p. 36.

(27) *Libro verde* «Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XXI secolo», Com (2006) 708 def.; per un'analisi critica del documento comunitario vedi A. Perulli, *Il Libro verde della Commissione europea: un'occasione mancata?*, in *Aran notizie*, 2007; M. G. Garofalo, *Post-moderno e diritto del lavoro*, in *q. Riv.*, 2007, I, p. 135; S. Leonardi, *Sul Libro verde «Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XIX secolo»*, *ibidem*, p. 145.

(28) Cfr. L. Mariucci, *Le politiche del lavoro: bilancio di una legislatura e nuove prospettive*, in *Lav. dir.*, 2006, p. 452.

produzione e di riproduzione dei valori che ne caratterizzano senso e orientamento, ovvero (con Habermas) per garantire al diritto la sua funzione di mediazione sociale di fattività e valore.

Tramontato l'ideale giusnaturalistico di una fondazione in via deduttiva delle verità assiomatiche, ed entrato in crisi il positivismo legislativo tipico delle società identificate da un blocco tendenzialmente unitario di valori stabili, il pensiero giuridico si è aperto alla possibilità di fondare conoscitivamente i giudizi di valore. Al contempo, l'esigenza di una rinnovata «legittimazione meta-legislativa dell'ordinamento» (29) spinge il positivismo giuridico verso una dogmatica flessibile e meno universalistica, ma più permeabile al pensiero assiologicamente orientato, con un ritorno a moduli discorsivi orientati a valori (30).

I valori – e i comportamenti morali che riguardano le scelte di valore entro le società moderne – «non dipendono da un atto di pensiero, non sono mere proiezioni dello spirito umano, realtà puramente psicologiche», ma rappresentano un obiettivo ideale (ove «ideale» è opposto a reale-empirico), il cui modo di essere non è dato dall'esistenza ma dalla possibilità (31) e il cui perseguimento può essere spiegato razionalmente all'interno di un processo attivo di interpretazione e selezione di aspettative socialmente condivise (32). L'efficacia come valore condizionato sul quale il sistema giuridico è costruito rappresenta quindi una garanzia per proseguire a concepire il diritto del lavoro come sistema di valori che completano quelli economici e mercantili e di concepire la sua funzione – tipica della società complessa e pluralistica, fondata sul conflitto – di arbitraggio e bilanciamento tra valori. Come dire che, organizzando la coesistenza e la coordinazione tra *diverse* razionalità – il «fiume» di razionalità particolari che richiedono al sistema giuridico un proprio statuto normativo, di cui parla G. Teubner (33) – il diritto svolge la sua peculiare e insostituibile funzione normativa e universalizzante di cerniera tra l'agire comunicativo del *Lebenswelt* e l'agire sistemico dell'economia.

(29) L. Mengoni, *Dogmatica giuridica*, cit., p. 40.

(30) L. Mengoni, *Interpretazione e nuova dogmatica*, ora in *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, cit., p. 81.

(31) L. Mengoni, *Inrerpretazione e nuova dogmatica...*, cit., p. 76.

(32) Sull'autorità incondizionata delle ragioni morali cfr., in una prospettiva filosofica, C. Bagnoli, *L'autorità della morale*, Milano, Feltrinelli, 2007.

(33) In *Diritto policontesturale*.

Se non si accetta questo postulato, e si cede alle sirene della riduzione del diritto all'*hic et nunc* dettato dalle esigenze della produzione, si perde la base comune di dialogo tra diritto ed economia e si precipita nel soggettivismo e nel relativismo empirico dei valori, sottomessi a una logica quantitativa ovvero inscritti in un orizzonte dominato dalla valutazione economicistica di dati statistici (34).

Il vero oggetto di discussione circa l'efficacia come valore condizionato è dunque la necessità razionale e assiologia dei valori, l'esigenza del dover essere di cui il sistema giuridico è emblema ed espressione. La nozione di efficacia giuridica deve dunque essere mantenuta sul terreno dell'autonomia assiologica del sistema, mentre la differenza tra effetto giuridico ed effetto fisico dev'essere percepita sul piano della differenza tra piano del fatto e piano dei valori. L'efficacia come valore condizionato esplica il bilanciamento degli interessi in conflitto e l'organizzazione istituzionale delle scelte economiche governate dal diritto. Il tema, come si vede, è ancora una volta quello dell'autonomia sistemica del diritto, compendiabile nella sua capacità di autoregolarsi in maniera riflessiva e di delimitarsi nei confronti della morale, della politica e dell'economia: questo insegnamento, già presente nell'analisi weberiana (con riferimento al pericolo che il diritto venga fagocitato dalla politica), è tematizzato sia dalla teoria sistemica, che vede nella iper-politicizzazione del diritto un rischio di de-differenziazione visualizzabile quando il formalismo giuridico si rende malleabile ai calcoli di utilità e di potere; sia nella teoria critica habermasiana, la quale, pur fondata sull'intreccio strutturale tra diritto, politica e morale, si oppone alla strumentalizzazione politica del *medium* diritto, sottolineando la necessità sostanziale della *indisponibilità* del diritto positivo e della sua autonomia (non sistemica, ma fondata su una razionalità procedurale di tipo morale) (35).

6. — *Efficacia e nuova regolazione* — Nella seconda accezione (*retro*, par. 3), il tema rinvia almeno a due questioni maggiori.

(34) Ancora illuminante l'insegnamento mengoniano, in *Interpretazione e nuova dogmatica*, p. 76, secondo cui se non si accetta il postulato del valore come oggettività ideale e principio regolativi della nostra conoscenza «si scade [...] nel relativismo empirico dei valori, alla cui stregua tutto si riduce a un problema di rilevazione statistica delle valutazioni correnti in un certo ambiente sociale e del rispettivo grado di consenso».

(35) La tesi è esplicitata da Habermas nella seconda delle *Tanner Lectures on Human Values*, trad. it. *Morale, Diritto, Politica*, Torino, 1992, pp. 43 ss.

Una prima questione – riassumibile nel binomio «efficacia-razionalità» – è rappresentata dalla valutazione della norma alla luce dei criteri di apprezzamento fondati sui parametri tipici del controllo di razionalità della legge; è un tema su cui ci siamo già in parte soffermati (vedi *retro*), e che rappresenta una dimensione sufficientemente conosciuta e analizzata. Per questo non indugeremo oltre su questo aspetto, concretandoci invece su una seconda problematica – che potremmo riassumere con il titolo «efficacia e fonti» – offerta dalla valutazione dei meccanismi giuridici di regolazione tradizionali (o di *hard law*) in rapporto alla prospettiva aperta da dispositivi alternativi (*soft law* ecc.).

Il tema dell'efficacia si connette, infatti, direttamente con gli scenari di crisi della norma giuridica intesa secondo i postulati classici del positivismo normativo e del diritto-ordinamento fondato sul principio di effettività, a favore di una visione dinamica del sistema, in cui l'effettività risulta assorbita dall'imperativo dell'efficacia. L'approccio *soft* al diritto uniforme, per contrasto con quello *hard* dell'unificazione legislativa, sembra attualmente imporsi come strategia e tecnica di uniformazione del diritto privato europeo per la sua maggior forza proprio in termini di efficacia: una forza che risiede nella sua apparente debolezza, nel senso che le norme *soft*, senza bisogno di incorporazione mediante atti formali di ricezione nei singoli ordinamenti, vivono di vita propria e prosperano nella misura in cui valgono a soddisfare le esigenze della comunità internazionale di operatori cui sono rivolte; ossia, «nella misura in cui si dimostrano effettivamente competitivi rispetto ad altri sistemi di regolazione, così da essere accettati e integrarsi gradualmente ma stabilmente nel loro contesto di riferimento» (36). In tale prospettiva si consuma, peraltro, quella tendenza alla trasmutazione del sistema delle fonti del diritto riassumibile nei termini di una formazione etero-giuridica (in particolare *economica*) delle fonti di produzione oggi dominanti, in cui la dipendenza da matrici economiche «non solo è accettata ma è anzi presentata come valore legato alla modernità» (37).

Interi settori dell'esperienza giuridica sono interessati a questo processo evolutivo che si caratterizza come decentrato, pluridimensionale, post-statale. La diffusione della nuova *lex mercatoria*, che in un'ottica

(36) L. Moccia, *Dal «mercato» alla «cittadinanza»: ovvero, dei possibili itinerari di diritto privato europeo*, in M. Napoli (a cura di), *Lavoro, mercato, valori*, Vita e Pensiero, Milano, 2003, p. 64.

(37) U. Mattei, *Qualche riflessione su potere ed interpretazione*, in *Il diritto civile oggi*, Atti del I Convegno Nazionale, ESI, Napoli, 2006, pp. 199 ss.

globale diminuisce i costi di transazione sostituendo al costo informativo sul diritto applicabile un unico insieme di regole uniformi (38), testimonia ampiamente l'ascesa di forme di regolazione guidate da enti privati di auto-normazione e assurge a emblema di un diritto che punta non tanto al controllo delle dinamiche economiche quanto alla loro facilitazione attraverso tecniche e logiche di *soft law* (39).

La globalizzazione induce invero tutti gli attori a ricercare nuove tecniche di regolazione sociale, più attente alle esigenze dell'efficacia. Si tratta di un processo progressivo, che sta modificando il paesaggio normativo tradizionale: la diversificazione dei modelli di regolazione e la sofisticazione delle tecniche investono la natura, la portata spaziale e il contenuto della regolazione, coinvolgendo gli stessi principi fondamentali del costituzionalismo classico. A un diritto per definizione *hard*, che segue i principi del positivismo giuridico e si colloca nel tradizionale modello di *government (command and control* nella versione anglosassone) si affiancano forme di regolazione *soft*, eteronome e autonome, che arricchiscono l'ambito di una *new governance* eterarchica, policentrica, diffusa, fondata sull'idea di democrazia deliberativa (40), sulla pluralità di mondi privati autoregolati (41), sulla «rete» come nuovo paradigma del diritto statale, internazionale e sovranazionale (42).

Anche il diritto del lavoro vede crescere forme di regolazione leggera: *soft law* non cogenti, talora sprovviste di diritti giuridicamente azionabili (e di sanzioni comminabili) ma dotate nondimeno di efficacia regolativa, elaborate e adottate dagli attori economici (*in primis* le imprese multinazionali) in una prospettiva di auto-normazione volontaria, nonché da organizzazioni internazionali (Oil, Ocse). Sul piano del diritto internazionale del lavoro, la *soft law* rappresenta un'esperienza assai diffusa (oltre 200 raccomandazioni), non necessariamente qualificabile come sottopro-

(38) Fra le analisi più acute, anche nell'ambito della letteratura internazionale, cfr. F. Marrella, *La nuova lex mercatoria tra controversie dogmatiche e mercato delle regole. Note di analisi economica del diritto dei contratti internazionali*, in *Sociologia del diritto*, 2005, pp. 249 ss., nonché *amplius* F. Marrella, *La nuova lex mercatoria. Principi Unidroit ed usi dei contratti del commercio internazionale*, in F. Galgano (diretto da), *Tratt. di dir. comm.*, Padova, 2003.

(39) U. Mattei, *op. cit.*

(40) Cfr. J. Harbermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*, I, Frankfurt-am-Main, 1981.

(41) Cfr. G. Teubner.

(42) Cfr. F. Ost, M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, 2002.

dotto da disdegnare, ma, anzi, in assenza di obbligazioni internazionali azionabili, metodo apprezzabile per influenzare il comportamento degli Stati nella misura in cui un organo internazionale competente e rappresentativo formula norme in un contesto disciplinare determinato (43). La stessa costruzione del diritto comunitario, tradizionalmente concepita attorno agli assi portanti della *hard law* (regolamenti e direttive) è divenuta esempio paradigmatico dell'affermarsi di nuove tecniche e metodi di regolazione sociale, definibili come *soft law* di seconda generazione per distinguerli da quegli atti di indirizzo politico-programmatico (raccomandazioni, pareri, risoluzioni) che venivano adottati in passato (44). La Strategia europea per l'occupazione (Seo) e il Metodo aperto di coordinamento (Mac), nell'ambito di una più complessa *multilevel governance* che caratterizza la regolazione dell'Ue in seguito alle riforme introdotte con i Trattati di Maastricht, Amsterdam e Nizza, mobilitano una serie di congegni regolativi flessibili e non strettamente vincolanti, finalizzati al raggiungimento di obiettivi individuati mediante linee guida e centrati su tecniche di derivazione economico-aziendalistica come la *peer review*, il *benchmarking*, il *management by objectives*, le buone prassi (45).

In questo scenario complesso, in cui il linguaggio della politica e quello dei diritti tendono a confondersi e a sovrapporsi, emergono combinazioni inedite di regolazione, forme ibride di giuridicità che sanciscono il superamento di frontiere e dicotomie consolidate (pubblico/privato, *hard/soft law*, nazionale/internazionale, locale/globale), e che privilegiano lo sperimentalismo, l'adattabilità, la reversibilità in luogo della generalità e astrattezza, ma anche della certezza e della stabilità, proprie della regolamentazione tradizionale (46).

Razionalismo e costruttivismo giuridico convergono – nell'ambito della letteratura di teoria di relazioni internazionali e di diritto internazionale – nel sottolineare i limiti ma anche i pregi di questa prospettiva, per molti versi più adatta a rispondere alla sfida che la «seconda modernità», caratterizzata da incertezza, flessibilità, instabilità (47), lancia al-

(43) Cfr. Valticos.

(44) M. Roccella, T. Treu, *Diritto del lavoro della comunità europea*, quarta edizione, Padova, 2007, p. 164.

(45) Cfr. i saggi contenuti nel volume a cura di M. Barbera, *Nuove forme di regolazione: il metodo aperto di coordinamento delle politiche sociali*, Milano 2006.

(46) Sottolinea l'importanza delle interconnessioni tra linguaggio della politica e discorso del diritto B. Caruso, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2006, pp. 29 ss.

(47) Cfr. D. M. Trubek, P. Cottrell, M. Nance, «Soft Law», «Hard Law» and *European Integration: Toward a Theory of Hybridity*, NYU School of Law, 2005.

l'efficacia regolativa. Da un punto di vista razionalista la regolazione, in quanto funzionale alla stabilizzazione di aspettative individuali, alla riduzione dei costi di transazione e all'aumento dei benefici derivanti dal rispetto della norma, trova nei meccanismi *soft* uno strumento pluri-funzionale: capace di ridurre i costi di transazione nell'ambito di negoziazioni altamente complesse o contenziose, di impegnare le parti senza ledere troppo le rispettive sfere di sovranità, di modellare la norma in termini adattivi e flessibili, di rispettare le diversità, di consentire una più ampia partecipazione nel processo di costruzione della norma, e infine di marcare, in una prospettiva incrementale, la prima tappa nella direzione di impegni maggiormente vincolanti (48).

La riflessione costruttivista, dal suo canto, ravvisa nella *soft law* un percorso che valorizza all'interno della sfera regolativa elementi quali la persuasione, l'argomentazione, la socializzazione, l'apprendimento, tutti funzionali alla visione della regolazione come processo aperto e dinamico che coinvolge la comunità e le reti transnazionali nella costruzione delle identità sociali e dei valori condivisi nelle istituzioni (49). In tal prospettiva la *soft law* sembra meglio equipaggiata per promuovere processi trasformativi di diffusione efficace delle norme, oltre che conoscenze capaci di produrre – anche mediante la creazione di arene deliberative – un impatto positivo sulla formazione delle politiche e sulla loro implementazione.

La tensione tra una visione dell'efficacia della regolazione come strumento costrittivo, capace di vincolare il comportamento degli attori secondo preferenze prefissate, ovvero come strumento trasformativo capace di conformare le identità e gli interessi degli attori, è destinata a comporsi in una prospettiva di coesistenza dei dati regolativi di stabilità e flessibilità, uniformità e differenziazione, cambiamento e vincolatività. Probabilmente all'interno dei sistemi giuridici del lavoro si stanno costituendo dispositivi osmotici che vanno nella direzione dell'ibridazione piuttosto che del conflitto tra strumenti di regolazione *hard* e *soft*, come dimostra, del resto, la stessa esperienza europea, ove possiamo classificare congegni regolativi formalmente *hard* che producono effetti *soft* (le di-

(48) Cfr. D. Snidal, *Rational Choice and International Relation Theory*, in *Handbook of International Relations*, London, 2002.

(49) Cfr. E. Adler, *Constructivism and International Relations Theory*, in *Handbook of International Relations*, London, 2002; J. Ruggie, *Whot Makes The World Hang Together*, in *International Organization*, 1998; T. Risse, *Social Constructivism and European Integration Theory*, Oxford, 2004.

rettive di seconda generazione), norme *soft* che producono effetti vincolanti per le parti (gli accordi quadro del dialogo sociale, la coordinazione in materia di politiche occupazionali, soprattutto nella prima fase), e norme definibili semi-*hard* o semi-*soft*, come la Carta dei diritti fondamentali dell'Ue (o Carta di Nizza), in considerazione dell'uso fattone di recente dalla Corte di Giustizia (50).

Per il giurista del lavoro la regolazione *soft* apre un vasto orizzonte di riflessione, a partire da una alternativa fondamentale: si tratta di una tendenza che, in nome dell'efficacia, porterà il diritto del lavoro ad arricchirsi di inedite tecniche regolative in vista di una nuova democrazia sociale, o siamo piuttosto di fronte a una modernizzazione del modello sociale inscritta nella visione neo-liberista dell'economia e della società, che conduce sul piano interno a una destrutturazione dell'apparato garantista e sul piano sopranazionale a una progressiva diluizione dei diritti sociali in politiche sociali sempre meno capaci di garantire la coordinazione? Il dibattito ferve (51). Secondo una parte della dottrina, è reale il pericolo che il Mac e le altre forme di cooperazione e di *new governance* si collochino in (e siano funzionali a) un *trend* minimale di *government* orientato alla *deregulation* (52). In tal prospettiva sotto il vocabolo *soft* della scienza politica applicata al diritto si nasconderebbe non tanto l'impotenza dell'Europa ad agire con rinnovata incisività nell'ambito dei di-

(50) Cfr. la sentenza della Corte 11 dicembre 2007 nella causa *International transport Workers Federation, Finnish Seamen's Union* contro *Viking Line ABP, OU Viking Line Esti*, ove nel riconoscere il diritto di sciopero quale diritto fondamentale facente parte integrante dei principi generali del diritto comunitario la Corte richiama espressamente la Carta di Nizza; sentenza 27 giugno 2006, C-540/03, in materia di ricongiungimento familiare; sentenza 13 maggio 2007, C-432/05, su cui vedi G. Bronzini, V. Picone, *La Corte di Lussemburgo «scopre» la Carta di Nizza: verso una nuova stagione nella tutela «multilevel» dei diritti fondamentali?*, in *D&L*, 2006; più cauta M. V. Ballestrero.

(51) Per alcune attualizzazioni del dibattito nell'ambito della riflessione dottrinale italiana vedi A. Alaimo, *L'impatto della globalizzazione sul diritto del lavoro in Italia. La mediazione dell'Unione europea*, in *Dir. lav. merc.*, 2007, pp. 244 s.; B. Caruso, *Diritto del lavoro e nuove tecniche di regolazione: il soft law*, in *Lav. dir.*, 2003, pp. 49 ss.; B. Caruso, *Il diritto del lavoro tra hard law e soft law: nuove funzioni e nuove tecniche normative*, in *Working Paper Csdle «Massimo D'Antona»*, Int-38/2005, in www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp; M. Delfino, *Il diritto del lavoro comunitario e italiano fra inderogabilità e soft law*, in *Dir. lav. merc.*, 2003, p. 653.

(52) Cfr. J. Kenner, *EU Employment Law*, Hart Publishing, Oxford, 2003, p. 505; A. Lyon-Caen, J. Affichard, *De normes juridiques aux normes statistiques: les politiques de l'emploi à l'épreuve de la coordination*, in *Studi in onore di Giorgio Ghezzi*, Cedam, Padova, 2005.

ritti sociali, quanto, più profondamente (e insidiosamente) la strumentalizzazione delle politiche sociali a profitto di obiettivi strutturali di riduzione della spesa pubblica, di austerità salariale e di flessibilità del mercato del lavoro (53).

Secondo visioni meno critiche, e, anzi, decisamente ottimistiche, le potenzialità del Mac come strumento di rafforzamento di integrazione nell'era della globalizzazione non possono essere sottovalutate (54), seppure altri autori evidenzino il difficile rapporto tra la prospettiva procedurale del Mac e la grammatica sostanziale dei diritti fondamentali (55), di cui invece gli individui, in ambito europeo, chiedono garanzie visibili e certe.

Probabilmente, anche in questa dimensione disciplinare l'imperativo dell'efficacia del diritto del lavoro può dunque declinarsi in guida differenziata a seconda del punto di vista valoriale prescelto: da parte di chi analizza in chiave problematica la dinamica tra efficacia economica e giustizia sociale esso tenderà a mascherare una strategia di smantellamento dello Stato sociale e di deriva (de)regolativa che mette a rischio lo stesso *corpus* dell'*acquis* sociale comunitario; per coloro che si pongono nell'ottica del primato dell'economia sul sociale, ovvero ritengano che le norme giuridiche rappresentano un ostacolo alla produttività e allo sviluppo, quell'imperativo costituirà lo strumento per superare l'*inefficacia* e il *deficit* di legittimità delle politiche sociali europee (56).

Certo è che la teoria dell'ibridazione, sviluppatasi nel diritto internazionale e applicata al contesto della regolazione europea in materia di coordinamento delle politiche occupazionali e fiscali, mette in luce la presenza simultanea di *hard* e di *soft law* nei processi di regolazione legislativa, ciò che dà vita a un modello complesso di giuridicità in cui la *soft law*, sensibile all'imperativo dell'efficacia, opera in funzione rafforzativa

(53) Cfr. F. Eymard-Duvernay, O. Faverau, A. Orléan, R. Salais, L. Thévenot, *Des contrats incitatifs aux conventions légitimes. Une alternative aux politiques néolibérales*, in F. Eymard-Duvernay, *L'économie des conventions, methods et resultats*, Tome 2, La Découverte, Paris, 2006, p. 40.

(54) Cfr. S. Sciarra, *Global or Re-nationalised? Past and Future of European Labour Law*, in F. Snider (ed.), *The Europeanisation of Law: The Legal Effects of European Integration*, Hart Publishing, Oxford, 2000, pp. 280 ss.

(55) Cfr. A. Lo Faro, *Coordinamento aperto e diritti fondamentali: un rapporto difficile*, in M. Barbera (a cura di), *Nuove forme di regolazione...*, cit., pp. 353 ss.

(56) Per una ricostruzione dello stato del dibattito si veda B. Caruso, *Il diritto del lavoro tra hard law e soft law: nuove funzioni e nuove tecniche normative*, in M. Barbera (a cura di), *Nuove forme di regolazione...*, cit., pp. 77 ss.

degli effetti di misure *hard*: come è accaduto in passato, con riguardo a strumenti *soft* di prima generazione, con la Raccomandazione in materia di promozione di azioni positive per le donne, volte a rendere effettive le prescrizioni della Direttiva n. 76/207/Ce, o con la Raccomandazione relativa a un codice di buone pratiche in materia di molestie sessuali nei luoghi di lavoro, descrivibili come strumenti ibridi tra legge e *litigation* finalizzati sia a influenzare le Corti nazionali e la Corte di Giustizia nell'interpretazione delle previsioni legali, sia a influenzare gli Stati membri per adottare in *subiecta materia* nuove previsioni normative o incentivare buone prassi (57). Con ciò accreditando l'idea di un rapporto virtuoso (e non oppositivo) tra coordinamento e armonizzazione, tra *hard* e *soft law*, in un contesto ove congegni regolativi di differente natura coesistono e partecipano alla medesima finalità di crescita occupazionale e di lotta all'esclusione sociale.

7. — *Efficacia ed efficienza economica del diritto* — Nella terza accezione l'efficacia del diritto del lavoro si rapporta a un criterio di valutazione fondato su criteri extrasistemici, esterni alle regole giuridiche e alla stessa logica ordinamentale: in sostanza si tratta di verificare la razionalità regolativa del diritto del lavoro intesa, sostanzialmente, alla luce della compatibilità del suo sistema normativo con l'efficienza del sistema economico. Ritroviamo in questa dimensione il terreno di confronto più difficile tra diritto ed economia, caratterizzato, nell'attuale fase di globalizzazione, da una tendenza alla «delavorizzazione» del diritto del lavoro in nome di un fondamentalismo dei valori del mercato libero concorrenziale che riposa – come altri ha efficacemente scritto – «sull'identità dell'Economista come formatore e giudice delle politiche di normalizzazione» (58).

Questioni ben note sono oggetto di un acceso dibattito, in sede dottrinale e di politica del diritto.

Una prima questione riguarda gli effetti di perturbazione prodotti dal diritto del lavoro (e dalle sue rigidità normative) sui meccanismi di autoregolazione del mercato, prospettandosi nuovi spazi di azione per una moderna politica del lavoro volta a fornire maggiori strumenti di auto-protezione al lavoratore-individuo sul mercato in termini di informa-

(57) Traggo questi esempi da J. Kenner, *EU Employment Law*, Hart Publishing, 2003, *passim*.

(58) C. Boris Manghi, *Logica del diritto sociale*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 86.

zione, formazione, mobilità, tutela previdenziale per i periodi di non lavoro ecc. (59). Il tema si compendia, da un lato, nella formula delle «asimmetrie informative» nel rapporto e nel mercato del lavoro, puntando sulla loro necessaria correzione: si tratta certamente di una nuova frontiera dell'efficacia economica del diritto del lavoro, che tuttavia sconta (più o meno consapevolmente) una grave sottovalutazione dello storico (ma non per questo inattuale) problema derivante dalla asimmetria di *potere* tra le parti del rapporto (60), che è dato diverso e ulteriore rispetto a quello dell'asimmetria informativa (61). D'altra parte, la questione del rafforzamento del potere contrattuale sul mercato del lavoro evoca importanti profili evolutivi del diritto del lavoro, lungo un *continuum* che dalla tutela del lavoratore nel rapporto porta alla tutela dell'occupabilità intesa, correttamente, come garanzia derivante da un sistema pubblico avanzato e articolato di servizi per il lavoro, logica derivazione da quella politica attiva del lavoro capace di «interagire con il sistema governato dall'economia e capace anzi – per la naturale propensione delle norme – a governarlo» (62); un sistema, è bene ribadirlo, necessario per realizzare gli obiettivi di Lisbona e per realizzare effettivamente le condizioni di libera circolazione nel mercato del lavoro europeo (63), ma ancora assai lungi dall'essere apprezzabile, almeno nel nostro paese, soprattutto per quanto attiene all'effettiva capacità del sistema a farsi carico dei percorsi transizionali dei prestatori di lavoro, in grado di suggerire loro i tragitti di qualificazione o riqualificazione in funzione delle professionalità effettivamente richieste, assicurandogli i necessari supporti formativi.

Una seconda questione riguarda gli effetti negativi – tanto sul piano dell'organizzazione imprenditoriale che su quello dell'efficienza economica del sistema nel suo complesso – della legge e del controllo giudiziario in materia di licenziamenti individuali, auspicandosi la loro sostituzione con sistemi incentivanti basati sul calcolo preventivo dei costi di rottura del contratto: una sorta di *efficient beach of contract* applicato al

(59) Del Punta, *op. cit.*

(60) Per una interessante rivisitazione di questo tema classico cfr. P. Lokiec, *Contrat et pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, Paris, L.G.D.J., 2004.

(61) Lo rileva giustamente R. Pessi, *Economia e diritto del lavoro*, cit., p. 444.

(62) R. Bortone, *Le tutele e i servizi nel mercato*, in A. Perulli (a cura di), *Il futuro del lavoro*, Halley editrice, Matelica, 2007, p. 22.

(63) Cfr. F. Valdes Dal-Ré, J. M. Zufiar Narvaiza, *Hacia un mercado europeo de empleo*, Ministerio de Trabajo y Suntos Sociales, Madrid.

diritto del lavoro (64). Ciò che viene in questione, allora, è l'impatto anti-economico della disciplina dei licenziamenti, che giustificherebbe una radicale revisione della legislazione nonché il definitivo superamento della funzione di controllo giudiziario, considerato aleatorio, economicamente ingiustificato, irrazionale (65), e perciò da sostituirsi vuoi con una sorta di «filtro automatico» capace di neutralizzare il giustificato motivo oggettivo o, meglio, di ridefinirlo in termini meramente quantitativi (secondo la dottrina del *firing cost*) (66), vuoi eliminando del tutto i costi del recesso (secondo la dottrina dell'*employment at will*). Secondo Posner, la miglior prova che i sistemi di protezione dell'impiego sono economicamente inefficienti è data dal fatto che negli Stati Uniti l'*employment at will* è la forma normale di contratto di lavoro (67); Posner stesso, tuttavia, deve riconoscere come siano all'opera, da parte delle Corti statunitensi, meccanismi di regolazione basati sul *common law tort of unjust termination*, che in taluni casi introducono di fatto un principio di giusta causa di licenziamento (*good cause for firing*), come tale irriducibile a una pura e semplice questione di costi/benefici economici (il maggior costo del licenziamento equivarrebbe a una minor capacità/volontà dell'impresa di pagare i salari dei propri dipendenti). In realtà, come è noto, l'esistenza di una relazione inversamente proporzionale tra tasso di protezione del lavoro e livelli occupazionali è un teorema a tutt'oggi non dimostrato dalle scienze economiche. Tale correlazione è smentita dalla stessa Ocse, che nei suoi rapporti annuali sugli «indici di protezione dell'impiego» – sulla cui scientificità è peraltro lecito dubitare (68) – ammette che le sole conseguenze rilevabili riguarderebbero il *turn-over* senza alcun rapporto diretto tra indici di protezione e disoccupazione. La ricetta «a somma zero» consistente nel ridurre le protezioni degli *insiders* per fornire tutele agli *outsiders* sembra un sofisma per demolire il più importante diritto dei lavoratori, quello alla stabilità dell'impiego, che rappresenta l'architrave di molti sistemi giuridici (non solo «mediterranei») del lavoro, in assenza del quale la regola-

(64) Cfr. R. A. Posner, *Economic Analysis of Law*, Wolters Kluwer, 2007, pp. 119 s.

(65) Cfr. O. Blanchard, J. Tirole, *Protection de l'emploi et procédures de licenciement*, La Documentation française, Paris, 2003.

(66) P. Ichino, *Il lavoro e il mercato*, Mondadori, Milano, 1996, p. 127.

(67) R. A. Posner, *op. cit.*, p. 348.

(68) Sugli errori nelle stime Ocse con riferimento all'indice di protezione dell'occupazione per l'Italia cfr. E. Reyneri, *Luoghi comuni e problemi reali del mercato del lavoro italiano*, in *Dir. lav. merc.*, 2006, pp. 2 ss.

zione dei rapporti si troverebbe su un piano inclinato, che la porterebbe fatalmente a dissolversi nel diritto comune dei contratti, magari assistita da qualche garanzia «costituzionale» fondamentale (69).

Posto che nessuna prova statistica viene fornita circa la reale sussistenza di correlazioni tra deregolamentazione e livelli della disoccupazione, le critiche economiche appaiono dunque fortemente connotate in senso ideologico, e disvelano il tentativo di mascherare dietro impostazioni razionaliste e «scientiste» l'obiettivo di eliminare nel diritto del lavoro una reale ponderazione degli interessi, giustificando qualsivoglia scelta gestionale implicante il licenziamento per motivi economici, magari con il solo limite del motivo discriminatorio o fraudolento, a tutto vantaggio di una logica di monetizzazione (o «tassazione») del potere di recesso (70).

Una terza problematica attiene più in generale alla messa in discussione sistematica dei dispositivi giuridici di regolazione nella misura in cui si dimostrano inefficaci dal punto di vista economico: gli esempi più importanti di tale «economicizzazione» del diritto del lavoro si trovano all'interno del sistema giuridico comunitario, laddove il diritto sociale – qui più che altrove – si trova strutturato, radicato e incastrato entro una logica mercantile. L'economia di mercato anzitutto un ordine concorrenziale e le «tavole» della legge della concorrenza possono essere viste come il «diritto costituzionale» di un mercato sovranazionale (71). L'area critica si condensa, in questo caso, nella formula «conflitto/concorrenza» tra diritto comunitario della concorrenza e diritto del lavoro, ovvero, più in particolare, tra gli interventi comunitari in tema di concorrenza e i loro effetti sugli ordinamenti nazionali del lavoro. Nonostante il diritto del lavoro partecipi, sin dalle sue origini nazionali e internazio-

(69) Sul valore della stabilità, anche con riferimento ai principi costituzionali cfr. M. V. Ballestrero, *Il valore e il costo della stabilità*, in Idem (a cura di), *La stabilità come valore e come problema*, Giappichelli, Torino, 2007, pp. 8 ss.

(70) Cfr. P. Ichino, *Il lavoro e il mercato*, Milano, 1996, pp. 126 s., per il quale il compito del giudice dovrebbe ridursi «al controllo che la vera ragione del licenziamento non sia costituita da un motivo illecito, quale il motivo di discriminazione o rappresaglia politica, sindacale, religiosa, razziale, etnica, di genere, per il quale deve essere mantenuta la comminatoria di nullità». In senso critico, nella dottrina francese, F. Gaudu, *Des illusions des juristes aux illusions scientistes*, in A. Jeammaud (diretto da), *Le droit du travail confronté à l'économie*, Dalloz, Paris, 2005, pp. 101 ss.

(71) Cfr. A. Pirovano, *L'expansion de l'ordre concurrentiel dans le pays de l'Union européenne*, in R. Charvin e A. Guesmi (dir.), *L'Algérie en mutation*, L'Harmattan, Paris, 2001, p. 19.

nali, a una ben nota funzione regolativa volta a garantire le condizioni di *fair competition* tra attori economici (72) – al punto che si è potuto autorevolmente sostenere che esso nasce come parte del diritto della concorrenza, e non contro di essa (73) –, le continue infiltrazioni del diritto europeo della concorrenza all'interno dei sistemi nazionali di diritto del lavoro e di protezione sociale dei lavoratori ha posto sul tappeto inquietanti interrogativi circa la capacità di resistenza dei valori espressi dai diritti sociali fondamentali rispetto al diritto che esprime le tutele del mercato contro meccanismi di perturbazione da parte di poteri privati. Le leggi del mercato non sono rispettate quando operano meccanismi che hanno per effetto di impedire, restringere o falsare la concorrenza: basti pensare alle preoccupazioni – che assurgono nelle motivazioni a giustificazione delle decisioni dei giudici di Lussemburgo – in termini di «efficacia economica» dei dispositivi giuridici per quanto concerne, ad esempio, norme a finalità sociale, come quelle che conferivano il monopolio pubblico del collocamento al fine di assicurare l'equità nello scambio tra domanda e offerta di impiego; dispositivi stigmatizzati – nelle sentenze *Macroton* e *Job Center* – in nome del diritto della concorrenza nella misura in cui gli uffici pubblici di collocamento, qualificati come imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale ai sensi dell'art. 86, n. 2 del Trattato, non riescono a soddisfare la domanda esistente sul mercato, a prescindere, peraltro, da ogni ulteriore considerazione analitica circa l'effettiva efficacia allocativa dei mercati concorrenziali e circa la necessità di predisporre comunque congegni solidaristici, di natura privata o pubblica, in grado di bilanciare e temperare i rigori del mercato (74).

Per vero, l'impatto dirompente della categoria economica dell'efficacia – veicolata attraverso la forma giuridica del diritto della concorrenza – sembra interessare anche la categoria dei diritti sociali fondamentali. Si pensi, infatti, ai difficili percorsi di compatibilità della contrattazione collettiva con le esigenze della libertà di concorrenza, nella misura in cui la prima – pur salvata in linea di massima dalla contaminazione corrosiva del diritto *antitrust* – non apporti un reale (*id est* effettivo, efficace)

(72) Cfr. S. Javelot, *La loyauté dans le commerce international*, Paris, Economica, 1998; A. Perulli, *Diritto del lavoro e globalizzazione*, Padova, Cedam, 1999.

(73) G. Lyon-Caen, *L'infiltration*.

(74) Denuncia a tal fine la «stupefacente semplificazione di tale dibattito» M. Barbera, *Dopo Amsterdam. I Nuovi confini del diritto sociale comunitario*, Promodis, Brescia, 2000, p. 60.

«miglioramento del trattamento dei lavoratori» (75). Se è vero, infatti, che la Corte di Giustizia ha offerto una lettura dell'autonomia collettiva in qualche misura «immunizzante», capace di arginare sul piano interpretativo gli argomenti potenzialmente distruttivi derivanti dall'analisi economica (76), non si deve dimenticare, tuttavia, che in *Albany* la contrattazione collettiva appare non solo funzionalizzata agli obiettivi di protezione sociale individuati nel Trattato, ma allo stesso *miglioramento* delle condizioni lavorative (77), ciò che sottopone in astratto tutti i prodotti dell'autonomia collettiva a un vaglio giurisprudenziale «sul merito dei fini, dei risultati e della congruità del rapporto realizzato tra questi» (78). Come dire che il criterio economico dell'efficacia strumentale penetra nel giudizio di compatibilità, onde «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 perseguiti dal contratto collettivo, nel caso specifico» (79).

Come si vede, in queste complesse dimensioni dell'efficacia quale parametro di valutazione extragiuridica del diritto e della sua produzione normativa, la critica economica alla materia giuslavoristica è particolarmente corrosiva; ancor più corrosiva e insidiosa di quella dogmatica, in quanto fondata su argomenti che non mettono tanto in discussione il tasso di socialità della legislazione protettiva in nome di una astratta difesa dell'iniziativa economica privata, quanto enfatizzano l'impatto negativo della regolamentazione garantistica sul piano degli *obiettivi sociali* presupposti o contemplati dalle norme, in particolare l'incidenza sfavorevole sui livelli occupazionali e sulle tutele degli *outsiders*: l'elevata protezione accordata ad alcune fasce di lavoratori unitamente ai vincoli

(75) Cfr. Corte di Giustizia Ce 21 settembre 1999, *Albany International BV v. Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*, punti 59 e 60 della motivazione.

(76) Cfr. M. Magnani, *Il diritto del lavoro e le sue categorie. Valori e tecniche nel diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 2006, p. 127.

(77) Cfr. V. Brino, *Il diritto comunitario e le misure a sostegno dell'occupazione: un compromesso difficile*, in *Giust. civ.*, 2005, I, pp. 2595 ss.

(78) Cfr. M. Pallini, *Il rapporto problematico tra diritto della concorrenza e autonomia collettiva nell'ordinamento comunitario e nazionale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2000, II, p. 242; S. Giubboni, *Diritti sociali e mercato*, Il Mulino, Bologna, 2003, p. 228; M. Aimò, *Stabilità del lavoro e tutela della concorrenza. Le vicende circolatorie dell'impresa alla luce del diritto comunitario*, in M. V. Ballestrero, *La stabilità come valore e come problema*, Giappichelli, Torino, 2007, pp. 21 s.

(79) P. Ichino, *I giuslavoristi e la scienza economica*, cit., p. 466.

alle assunzioni e ai licenziamenti comporterebbe, se non un indimostrato aumento della disoccupazione, una sorta di «congelamento» del mercato del lavoro e una elevata segmentazione tra *insiders* e *outsiders*, con forti difficoltà di accesso agli impieghi di qualità per le persone in cerca di occupazione (80). Come dire che gli obiettivi sociali possono essere più efficacemente raggiunti attraverso meccanismi di tipo economico, che riducendo il lavoro a fattore di produzione sostituiscono la tutela (in particolare il controllo giudiziario sui licenziamenti) con un sistema di incentivi, basati sul costo dell'operazione economica: il menzionato sistema di *firing cost* è un'ottima illustrazione di tale modo di pensare all'efficacia del diritto del lavoro.

8. — *La funzione antropologica del diritto: per un mondo comune giustificabile* — In un recente volume, un economista francese di osservanza non ortodossa ha messo in luce la tensione attuale tra diritto, da una parte, e scienze economiche, dall'altra: alle resistenze dei giuristi di fronte alla riconduzione degli atti e dell'attività a categorie analitiche reputate esterne e inadatte a riconoscere le specificità della disciplina fa da *pendant* l'atteggiamento degli economisti, che valutano l'efficacia della norma in rapporto al calcolo economico di agenti ottimizzatori che si coordinano sul mercato, e quello dei sociologi, che oppongono al formalismo delle categorie giuridiche la realtà della pratica sociale e disvelano l'efficacia simbolica della legittimità giuridica nella riproduzione della dominazione (81). Questa analisi ricorda un celebre aforisma, richiamato da Pietro Ichino in un manuale di economia del diritto, secondo il quale «l'essere del diritto sta nel suo dover essere», ma per converso anche «il dover essere del diritto sta nel suo essere» (82). L'apparente contraddizione esprime la connessione tra la norma giuridica e la concretezza dei rapporti che si vengono attuando nell'esperienza sociale: essere e dover essere sono dunque i poli che caratterizzano il processo conoscitivo del diritto. Eppure, nonostante questa ovvia constatazione, il rap-

(80) Per queste posizioni, che riflettono gli assunti economici di una stretta correlazione tra rigidità del vincolo di licenziamento e stato di disoccupazione, nella dottrina giuslavoristica italiana cfr. P. Ichino, *Il lavoro e il mercato*, Milano, 1996, pp. 18 ss.; M. Biagi, *Competitività e risorse umane: modernizzare la regolazione dei rapporti di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2001, I, pp. 257 ss.

(81) L. Thévenot, *L'action au pluriel*, édition La Découverte, Paris, 2006, pp. 157 s.

(82) P. Ichino, *Il dialogo tra economia e diritto del lavoro*, in Brucchi Lucchino, *Manuale di economia del lavoro*, Il Mulino, Bologna, pp. 505 ss.

porto tra diritto ed economia è sempre stato assunto in prospettiva alternativa, da un lato, assumendosi l'autoreferenzialità del sistema economico e, dall'altro, concependo la norma giuridica quale *medium* capace di istituire e condizionare il mercato nelle sue peculiari modalità di svolgimento (83).

In fondo, si tratta di un'alternativa che ripropone un problema antico, dibattuto da Platone nel Libro X delle *Leggi*, laddove il filosofo si domandava se sia la natura a essere anteriore alle leggi o piuttosto la legge ad antecedere la natura. La realtà dei rapporti sociali è costituita da un intreccio di «essere» socio-economico e di «dover essere» giuridico, in dialettica continua tra loro. Questa dialettica non è ancora del tutto accettata, e le posizioni tendono ancora a polarizzarsi. Da una parte la cultura giuridica continua a coltivare il principio di eredità kelseniana dell'indifferenza del diritto alle sue premesse socio-economiche, per cui la definizione dei concetti, dei principi e delle regole argomentative del diritto si chiude nell'ambito del sistema giuridico. D'altra parte l'analisi economica del diritto riduce il diritto a mero facilitatore delle dinamiche del mercato, in un processo di «economicizzazione» del diritto concepito come un sistema di prezzi per orientare i comportamenti individuali. Di conseguenza il problema della giustizia si risolve in una nozione di efficienza: scopo dell'economia è, infatti, massimizzare l'efficienza nell'allocatione delle risorse e in tale scopo di efficienza l'analisi economica del diritto ravvisa un *fondamento etico*, alla cui base sta il principio della massimizzazione della ricchezza degli individui razionali (84). In questa accezione, la razionalità economica è eminentemente ingovernabile dalla norma giuridica, l'*homo oeconomicus* è colui che obbedisce al proprio interesse, colui il cui interesse giunge spontaneamente a convergere con l'interesse degli altri e su questa base fonda la razionalità delle sue scelte egoistiche, che necessitano di oscurità, di opacità e di accecamento, senza che il potere pubblico possa frapporre ostacoli al gioco inconoscibile degli interessi individuali. Come scrive Michel Foucault nella sua lezione del 28 marzo 1979, «la razionalità economica risulta dunque non solo circondata da ma addirittura fondata sull'inconoscibilità della totalità del processo».

(83) Cfr. M. Weber, *Economia e società*, cit., in cui si descrive mirabilmente l'opposizione tra i differenti piani della norma idealmente applicabile e del *cosmos* dell'attività economica reale.

(84) Sul valore etico dell'*efficiency* cfr. R. A. Posner, *op. cit.*, pp. 11 ss.

Che cosa c'è oltre questa drastica e irriducibile dicotomia tra Leviatano e mano invisibile? Oltre questa dicotomia c'è anzitutto una diversa visione dei valori e delle norme (non solo giuridiche, ma anche sociali) che si sviluppa proprio all'interno del modello dell'*homo oeconomicus*, nei vari filoni che vanno dalla teoria della scelta razionale al fallimento del mercato, in cui la norma giuridica non è vista come un corpo estraneo rispetto al sistema economico, perché anzi la legge è una necessità di fronte ai fenomeni di disfunzione del mercato. Oltre questa dicotomia c'è inoltre la prospettiva aperta dalle scienze sociali che rivisitano criticamente il rapporto tra razionalità e valori, nella misura in cui molti fenomeni socio-economici non sono spiegabili ipotizzando un attore che massimizza la propria utilità e agisce seguendo il proprio interesse, bensì sulla base di razionalità diverse da quella evocata dall'economia neoclassica, radicate su «buone ragioni» basate su argomentazioni: come accade, ad esempio, nei fenomeni di cooperazione, di partecipazione all'azione collettiva, di spirito civico, di comportamenti altruistici ecc. (85). Soprattutto c'è la rivisitazione profonda del modello utilitarista di attore razionale, che appare connotato da una razionalità limitata (86) o imperfetta e miope (87) o cognitiva (88), vale a dire riferibile a un agire assiologico che – secondo la terminologia weberiana – è orientata in base alla «credenza consapevole nell'incondizionato valore in sé – etico, estetico, religioso, o altrimenti interpretabile in quanto tale, prescindendo dalla sua conseguenza» (89). Questi filoni di analisi dicono almeno due cose.

La prima è che, come già Michel Foucault aveva intuito, l'*homo oeconomicus* è al contempo colui che non si deve toccare (è un elemento intangibile rispetto all'esercizio del potere), ma è anche colui che risulta eminentemente governabile: da *partner* intangibile del *laissez-faire* egli appare ora come il correlato di una governamentalità che agisce sul-

(85) Sullo studio dei valori nelle scienze sociali cfr. L. Sciolla, *Razionalità e identità nella spiegazione dei valori*, in M. Borlandi, L. Sciolla (a cura di), *La spiegazione sociologica*, Bologna, Il Mulino, 2005, pp. 234 ss.

(86) Cfr. H. Simon, *Models of Bounded Rationality: Economic Analysis and Public Policy*, Cambridge, Mass., The MIT Press.

(87) Cfr. J. Elster, *Ulysses and the Sirens: Studies in Rationality and Irrationality*, Cambridge, Cambridge University Press, trad. it. *Ulisse e le sirene. Indagini sulla razionalità e l'irrazionalità*, Bologna, Il Mulino, 1983.

(88) Cfr. R. Boudon, *Raisons, bonnes raisons*, Paris, PUF, 2003.

(89) M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen, Mohr, trad. it. *Economia e società*, Milano, Comunità, 1982, p. 22.

l'ambiente e modifica sistematicamente le variabili dell'ambiente. È proprio a partire da questo paradosso che si può rileggere la questione del comportamento razionale: centrato non più sulla massimizzazione dell'utilità personale dell'individuo isolato, bensì su una ponderazione eterodiretta tra opportunità e valori. L'inquadramento dello scambio mercantile in una forma di ordine sociale strutturato da codici etici e da un linguaggio condiviso è un'acquisizione della dottrina economica contemporanea. Si pensi, per fare un esempio particolarmente eminente, alla lezione di Kenneth J. Arrow secondo il quale non solo dal punto di vista della giustizia distributiva ma anche da quello dell'efficienza economica il mercato non può essere l'unico arbitro della vita sociale, onde occorrono altri modi di governare o regolare l'allocazione delle risorse: modi e controlli non mercantili, internalizzati (come i principi morali) o imposti dall'esterno (come le leggi) (90).

La seconda considerazione riguarda l'abbandono del modello di razionalità strumentale-utilitaristica, il riconoscimento dei limiti del processo di scelta dell'attore economico, l'indebolimento di alcuni postulati della teoria economica *standard* – come il consequenzialismo (le azioni sono scelte sulla base degli stati di cose che ne conseguono), lo strumentalismo (le azioni sono scelte sulla base dell'adeguatezza dei mezzi al fine che non viene messo in discussione), il principio egoistico dell'interesse individuale; e infine il riconoscimento che i codici etici – quali condizioni esterne all'universo mercantile, sono non solo utili ma necessari al buon funzionamento dell'economia di mercato (91).

«Gli uomini si riuniscono in vista di qualche utilità e per procacciarsi qualcosa di ciò di cui si abbisogna per la vita; e la società politica sembra sia sorta da principio come una comunanza in funzione dell'utilità», scrive Aristotele nel Libro VIII dell'*Etica Nicomachea* (92). Questa affermazione dello Stagirita sembrerebbe dar ragione agli economisti ortodossi dei nostri giorni, secondo i quali la politica e il diritto sono collocabili nello stesso orizzonte dei beni e degli scambi mercantili. Aristotele tuttavia precisa: mentre le altre comunità (economica, militare, famigliare) mirano all'utilità *parziale*, i legislatori guardano all'utilità *comune*, «e di-

(90) Cfr. K. J. Arrow, *The Economic of Moral Hazard: Further Comment*, in *American Economic Review*, 1968, 58, p. 537.

(91) Su questi temi e in generale sull'impiego delle regole (giuridiche, etiche e morali) nei diversi orientamenti del pensiero economico, cfr. N. Postel, *Les règles dans la pensée économique contemporaine*, CNRS Editions, Paris, 2003.

(92) *Etica Nicomachea*, VIII, 9, 1160a.

cono che è giusto ciò che è utile alla comunità». Inoltre, tutte le comunanze parziali sembrano essere subordinate alla società politica, infatti questa «non mira all'utilità del momento, bensì a quella di tutta la vita».

Bene comune e futuro, dunque sono iscritti nell'orizzonte politico-giuridico. Ma v'è un'altra considerazione da svolgere. Il Libro VIII dell'*Etica* è consacrato all'amicizia. La politica è *philia* e la democrazia è amicizia tra eguali. Ma di quale natura è quest'amicizia? Non è l'amicizia fraterna, ma quella di una *comunanza di interessi*, che necessariamente si accompagna alla *giustizia* (93). Siamo molto vicini all'idea di «mondo comune giustificabile» di cui parla l'economia delle convenzioni, in una visione alternativa a quella ortodossa, volta a ricostruire un legame dinamico tra efficacia economica e giustizia sociale (94). Ma per legare la natura dei mezzi (criterio di efficacia) alla natura dei fini (criterio di giustizia) è necessaria non solo una politica pubblica capace – come ci ricorda Alain Supiot (95) – di valorizzare la funzione antropologica del diritto (del lavoro, in particolare): una funzione la quale, nella misura in cui implica la subordinazione del potere e della tecnica alla ragione umana, non può essere ridotta a un puro dispositivo tecnologico, giacché, al contrario, appartiene alla sfera della razionalizzazione etica dei valori prodotti «dalla società e dalle scienze sociali che ne elaborano il processo genetico» (96).

Per attendere a questi scopi e realizzare la sua missione, il diritto del lavoro deve dunque mantenere al punto più alto il senso del compromesso e dell'equilibrio, al fine di realizzare «in quell'area della cooperazione sociale nella quale si confrontano, nel segno della ponderazione e del bilanciamento, i valori supremi dell'ordinamento e i diritti dei suoi membri» (97). Per questo, l'attuale tensione tra diritto ed economia (qui investigati attraverso il prisma dell'efficacia) non può trovare soluzione se non nel quadro di una «nuova alleanza» fondata su una grammatica comune ove si possano ricongiungere le idee di giudizio, qualificazione e coordinazione delle azioni umane.

(93) *Etica Nicomachea*, VIII, 9, 1159b.

(94) Secondo la formula propria dell'economia delle convenzioni: cfr. F. Eymard-Duvernay, *L'économie des conventions*, Thome I, La Découverte, Paris, 2006.

(95) A. Supiot, *Homo juridicus*, Seuil, Paris, 2005.

(96) R. Pessi, *Economia e diritto del lavoro*, cit., p. 435.

(97) È uno degli ultimi insegnamenti del mio carissimo Maestro, Giorgio Ghezzi, *Presentazione*, in E. Gagnoli, A. Perulli, *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, Padova, 2004, p. XXI.