

LORENZO SACCONI
LA RIFORMA DELLA DISCIPLINA DEI LICENZIAMENTI NEL
JOBS ACT: (NON)EQUITA' E (IN)EFFICIENZA DELL'IMPRESA¹

In memoria di Masahiko Aoki

SOMMARIO: 1. Introduzione: il punto di vista dell'economia delle istituzioni e dell'*ethics & economics*. – 2. Aspetti salienti del decreto legislativo in attuazione della legge n.183/2014. – 3. Luoghi comuni economici. – 4. La disciplina del licenziamento non regola il mercato, ma l'organizzazione. – 5. Abuso di autorità, equità ed efficienza. – 6. Impresa *multi-stakeholder* ed equo bilanciamento. – 7. Spontaneità, autoregolazione e ruolo delle istituzioni. – 8. La disciplina dei licenziamenti. – 9. Altre istituzioni: complementarità tra diritto del lavoro e *corporate governance*. – 10. Conclusioni: inefficienza del sistema delle imprese e svuotamento delle politiche di pre-distribuzione.

1. *Introduzione: il punto di vista dell'economia delle istituzioni e dell'ethics & economics.*

Il “decreto legislativo recante disposizioni in materia di contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti in attuazione legge-delega n. 183/2014”, costituisce in realtà la radicale riforma della disciplina dei licenziamenti ingiustificati, che rimpiazza l'*articolo 18* dello *Statuto dei diritti dei lavoratori* (d'ora in poi “art.18”) con le nuove norme basate sul principio del risarcimento monetario prestabilito. Questo testo ne costituisce un commento dal punto di vista dell'economia delle istituzioni (*institutional economics*) e dell'etica economica (*ethics & economics*).

L'approccio di *analisi economica delle istituzioni* è naturale a tale proposito, poiché la delega legislativa e i decreti attuativi sono interventi normativi (istituzionali), che modificano per un aspetto essenziale il contratto di lavoro subordinato (un'istituzione), che assolve un ruolo

¹ Sacconi, Lorenzo, "**La riforma della disciplina dei licenziamenti nel Jobs Act: (non)equità e (in)efficienza dell'impresa**" in Maria Teresa Carinci, Armando Tusi (a cura di), *Jobs Act. Il contratto a tutele crescenti*, Torino: G. Giappichelli editore, 2015, p. 279-333. - ISBN: 978-88-921-0099-2.

importante nel funzionamento delle imprese (un'altra istituzione). L'economia delle istituzioni esprime valutazioni alla luce di un particolare concetto di efficienza, quello di *costi di transazione* (ad esempio: costi associati alla contrattazione e all'esecuzione dei contratti, costi connessi all'esercizio dell'autorità nelle organizzazioni, costi dell'attività giudiziaria). Al contempo, un'istituzione è vista come una *regolarità di comportamento* in un dato ambito d'interazione, compatibile con le credenze e i modelli che ne danno una rappresentazione nella mente di ciascuno degli agenti di modo che per via di tale rappresentazione, ciascuno reagisce al comportamento altrui in modo (limitatamente) razionale. Un'istituzione si stabilisce quando comportamenti e modelli mentali sono mutuamente compatibili e si confermano reciprocamente in uno stato di equilibrio dal quale gli agenti non hanno incentivo a deviare, dando luogo a *regole* cui corrispondono *regolarità di condotta* conformi.² Dunque, per valutare un cambiamento legislativo, l'economia delle istituzioni si domanda quale equilibrio verrà selezionato (se sarà raggiunto) in un dato ambito di interazione sociale - ad esempio il sistema dell'impresa - per effetto del cambiamento legislativo, e quali ne saranno le proprietà di efficienza.

Al contempo, la prospettiva di *etica economica* è particolarmente adatta al caso in questione, dal momento che si tratta della disciplina di licenziamenti che la legge stessa definisce "ingiusti". È, infatti, intuitivo qualificare "ingiusto" (o ingiustificato) il licenziamento qualora ne manchino i requisiti di "giusta" causa o il "giustificato" motivo. Si vedrà, peraltro, come equità ed efficienza risultino intrecciate nel caso del contratto di lavoro. E d'altra parte, come la proprietà di equità/iniquità, modificando gli incentivi e le motivazioni ad agire da parte degli agenti, sia importante nel determinare lo stato di equilibrio (o disequilibrio) cui la realtà economica e sociale soggiacente alla norma tende a convergere per effetto del cambiamento legislativo.

La conclusione di questo commento - a costo di sacrificare la *suspense* - sarà che la legge-delega e il decreto qui in esame hanno come effetto la tendenza prevalente (ma non deterministica, in quanto l'esito è dipendente in ultima istanza da come gli agenti reagiranno al nuovo

² Per questa idea di istituzione si veda M. Aoki, *Toward a Comparative Institutional Analysis*, Cambridge, The MIT Press, Cambridge Mass., 2001

contesto) a stabilire uno stato di equilibrio caratterizzato da “iniquità” ed “inefficienza” dei sistemi di interazione che chiamiamo *imprese*, entro i quali interagiscono due fondamentali *stakeholders*: chi detiene la proprietà e il controllo sulle risorse fisiche e chi partecipa all’attività dell’impresa nella posizione di lavoratore dipendente. In poche parole, il c.d. “*Jobs Act*”, per ciò che attiene alla parte qui in esame e, contrariamente ai luoghi comuni, pone in effetti le condizioni per un futuro insieme *iniquo* ed *inefficiente* del sistema delle imprese italiane.

2. *Aspetti salienti del decreto.*

Gli aspetti salienti del decreto, riassunti in linguaggio non tecnico-giuridico, ma di interesse sostanziale per l’analisi economica ed etica, sono i seguenti.

In primo luogo (art. 1), l’insieme delle norme oggetto della nostra attenzione si applica esclusivamente ai contratti di lavoro a tempo indeterminato che vengano stipulati successivamente alla data di approvazione del decreto. Cioè finché resteranno in vigore i loro attuali contratti, i “vecchi” assunti continueranno a essere tutelati dall’art. 18 legge n. 300/1970.

Per tutti i nuovi contratti vale, invece, quanto segue. In presenza di licenziamenti “ingiusti”, poiché effettuati in mancanza di “giustificato motivo” (soggettivo o oggettivo) o di “giusta causa”, «il giudice dichiara estinto il rapporto di lavoro» (quindi convalida il licenziamento del lavoratore), ed impone al datore di lavoro il pagamento di una indennità d’importo pari ad un minimo di 4 mensilità e un massimo di 24 mensilità dello stipendio (sottoposto alla normale tassazione dei redditi), la quale cresce dal minimo al massimo suddetti attraverso incrementi di due mensilità per ogni anno lavorato (art. 3, comma 1).

Tali previsioni implicano che il massimo “risarcimento” si raggiunga per lavoratori che abbiano operato alle dipendenze dell’impresa per undici anni (il primo dei quali risarcibile con quattro mensilità e tutti i successivi con due mensilità ciascuno fino a ventiquattro). Conseguentemente, lavoratori con quindici o più anni di anzianità di servizio alle dipendenze della stessa impresa e ingiustificatamente licenziati saranno sempre indennizzati con il massimo di ventiquattro mensilità.

Questo trattamento, prevalente, dei licenziamenti “ingiusti” non si applica (e quindi è possibile la reintegrazione) solo quando sia dimostrata in giudizio l’insussistenza del fatto per il quale è contestata al lavoratore la violazione di obblighi disciplinari o contrattuali o la commissione di illeciti che rendano impossibile il mantenimento della relazione di fiducia a base della collaborazione (art. 3, comma 2). Il che richiederebbe che si dimostri, tramite testimoni e prove fattuali in un’aula di tribunale, che un’accusa (ad esempio di furto o violenza privata o altro) sia falsa. Di certo, analoga dimostrazione che il fatto non è avvenuto non si può ottenere per eventi che rientrano nella sfera delle valutazioni private dei doveri delle due parti contrattuali, contro le quali non ci si può neppure appellare per assenza di proporzionalità del provvedimento rispetto alle mancanze. Ad esempio, la contestazione di avere disobbedito agli ordini o non aver eseguito i compiti o essersi rivolto in modo irrispettoso al capo non rientra tra gli addebiti che si possano dimostrare fattualmente “falsi” in un tribunale, in quanto riguardano informazioni che l’imprenditore detiene e sulle quali egli pretende che faccia fede la sua parola o quella dei suoi collaboratori. Rovesciare sul dipendente l’onere di provare che il fatto non sia avvenuto, piuttosto che richiedere qualche evidenza o dimostrazione della violazione che la renda credibile agli occhi del giudice, significa semplicemente che tutti i casi di assenza di giustificato motivo soggettivo o giusta causa rientreranno nel trattamento di cui sopra (escludendo la reintegrazione).

D’altra parte, se le cose stanno così, nessun licenziamento per giusta causa sostenuto da motivazioni fattuali tali da poter essere dichiarate insussistenti in giudizio sarà mai proposto. Ci si atterrà a mancanze disciplinari o contrattuali, anche non gravi, in cui la valutazione discrezionale o tecnica del dirigente è ritenuta sufficiente da parte dell’imprenditore, e che, se ritenuta insufficiente dal giudice, darà adito al solo risarcimento economico. Anziché dire che il dipendente ha “malmenato” il capo nel tal giorno e luogo (il che può risultare falso se vi erano testimoni), ci si limiterà a dire semplicemente che il dipendente si rivolgeva in modo irrispettoso al capo in tutti i loro colloqui privati in merito all’adempimento dei suoi doveri e compiti, o semplicemente che il suo posto di lavoro non può essere mantenuto. Considerando tali giustificazioni insufficienti il giudice potrà solo imporre il risarcimento.

Una seconda limitazione della disciplina suddetta riguarda il caso dei licenziamenti dichiarati nulli per via della presenza di una discriminazione (art. 2). Ovviamente, l'intento discriminatorio non sarà mai citato tra le motivazioni del licenziamento. Piuttosto si argomenteranno ragioni di natura tecnica od organizzativa o limitate ragioni di tipo disciplinare (contrastati e insubordinazioni quanto all'esecuzione dei compiti) le quali, se considerate insufficienti, daranno solo adito al pagamento delle indennità.

L'onere della prova circa la sussistenza di una discriminazione politica, religiosa o sessuale ecc. in tal caso ricade sul dipendente, che dovrà dimostrare che l'intento del licenziamento era discriminatorio; ma come potrà farlo?

In mancanza di ogni altra ragione tecnica, economica o disciplinare posta alla base del licenziamento si potrebbe congetturare che esso sia arbitrario, cioè fondato esclusivamente sul possesso da parte del lavoratore di caratteristiche non rilevanti al fine della valutazione (l'aver il credo politico o religioso, la tessera sindacale, il sesso o sessualità, il colore della pelle, non graditi) e, quindi, discriminatorio. O almeno questa potrebbe essere una buona base per il fondato sospetto e per ulteriori accertamenti da parte del giudice. Ma, per come è formulata la norma, la mancanza di convincenti e giustificati motivi o giuste cause implica semplicemente l'imposizione del pagamento delle indennità e quindi la risoluzione del rapporto di lavoro, e quindi non basta a creare una presunzione di discriminazione³.

Non abbiamo sin qui citato, tuttavia, la "via maestra" introdotta dal decreto per l'indennizzo del lavoratore licenziato ingiustamente. All'art. 6 si prevede, infatti, che, per evitare l'impugnazione del licenziamento di fronte al giudice, il datore di lavoro possa offrire una conciliazione extragiudiziale consistente nell'offerta di un indennizzo, che non può essere inferiore a due mensilità, e non superiore a diciotto mensilità. Peraltro il legislatore ha previsto che tali "mensilità" sono siano del tutto esenti dalla tassazione sui redditi (oltre che dalla contribuzione previdenziale) e quindi più convenienti per il dipendente. Se il lavoratore accetta l'assegno, il rapporto di lavoro si estingue ed egli perde la facoltà di impugnare il licenziamento ~~zione~~ di fronte al giudice.

³ Si rinvia al contributo di M. T. CARINCI, in questo Volume, *infra*, cap. II.

Si faccia attenzione ai numeri proposti: nell'ipotesi di un lavoratore (ad esempio un tecnico) il cui livello di tassazione medio sui redditi sia pari al 33% del salario lordo, licenziato senza giustificazione dopo undici o più anni alle dipendenze della stessa impresa, l'offerta di sedici mensilità "esentasse" equivale a ventiquattro mensilità soggette a tassazione. Infatti, otto mensilità lorde equivalgono all'incirca ad una tassazione al 33% del reddito lordo di ventiquattro mensilità. Se, dunque, il lavoratore licenziato è interessato solo al salario, ed anche minimamente avverso al rischio e, quindi, all'incertezza di un giudizio, dovrebbe sempre accettare un'offerta di conciliazione pari a sedici mensilità esentasse. Così sedici mensilità lorde sono per il datore di lavoro il costo massimo di licenziamento ingiusto di un dipendente di questo livello (un numero che, in termini di mensilità lorde, decresce con il livello di qualificazione e di salario del dipendente, e al crescere del livello di imposizione fiscale sui suoi redditi). A questo bisogna naturalmente aggiungere due aspetti che hanno rilevanza per il calcolo economico: a) escludendo ogni alea legata all'intervento del giudice, il calcolo di sedici mensilità è un costo *certo* (ad esempio, esclude il rischio che un licenziamento "ingiusto" per motivi disciplinari non gravi o economici possa essere reinterpretato dal giudice come un licenziamento discriminatorio); b) il licenziamento "ingiusto" non viene portato in giudizio, cioè non assurge ad "evento pubblico", e rimane perciò informazione privata tra le due parti, che non influisce sulla loro reputazione. Insomma, il costo (e il potere deterrente) del licenziamento ingiusto di un lavoratore di medio-alta qualificazione, con una significativa anzianità in azienda, è un valore equivalente a sedici mensilità. Punto. Senza alea, né effetti collaterali.

Per completare il quadro, bisogna ora solo aggiungere quanto previsto dall'art. 10 per il licenziamento collettivo, il quale stabilisce che, se nel licenziamento di un gruppo di dipendenti il datore di lavoro violi le norme (legge n. 223/1991) che impongono che i licenziamenti collettivi avvengano a seguito di puntuale applicazione dei criteri relativi alla valutazione dei carichi di famiglia, dell'anzianità dei lavoratori e delle esigenze tecnico-produttive ed organizzative dell'impresa, allora, la natura ingiustificata del licenziamento dà adito allo stesso trattamento di cui sopra. Si può quindi ipotizzare che, nel caso di un licenziamento collettivo, l'imprenditore procederà all'offerta del numero minimo di mensilità "esentasse" che equivalgono al massimo risarcimento ottenibile

dal giudice, evitando in tal modo il ricorso in giudizio e l'intervento delle organizzazioni sindacali.

Se ne deduce che la decisione di ignorare ogni procedura di informazione, discussione e contrattazione, nonché effettiva valutazione e giustificazione del licenziamento collettivo in termini di un piano di riorganizzazione, costerà all'impresa al massimo (con riferimento al nostro "lavoratore-tipo") sedici mensilità per ciascun lavoratore licenziato (inclusi quelli con la più alta anzianità). Si osservi che il costo maggiore per l'imprenditore qui evitato è quello associato al coinvolgimento delle organizzazioni sindacali nella trattativa, ovvero il "costo" della conduzione regolata delle relazioni industriali e di ogni procedura di *democrazia industriale*.

Se le considerazioni che abbiamo fatto in precedenza sono corrette, l'ipotesi del decreto è, infatti, che l'offerta di conciliazione extragiudiziale abbia successo nell'evitare che il gruppo di lavoratori attivi l'azione sindacale. Tutto ciò, naturalmente, nel caso che i lavoratori siano perfetti *homines economici*.

Se è concesso chiudere questa sezione con una nota metodologica, infatti, uno degli aspetti più interessanti della moderna microeconomia è ammettere che gli agenti, e quindi anche i lavoratori, possano *non* essere perfetti calcolatori auto-interessati, ma agiscano sulla base di preferenze sociali, le quali possono esser modellate sulla base di principi di giustizia⁴. L'osservazione di un livello non nullo di litigiosità davanti al giudice (già oggi molto bassa) sarebbe in futuro una clamorosa conferma, come in un grande laboratorio di economia sperimentale a cielo aperto, di queste ipotesi meno tradizionali per gli economisti (benché, forse, del tutto naturali). Posto che il risarcimento ottenibile non sarebbe maggiore di quello offerto privatamente dall'impresa, il ricorso al giudice darebbe, infatti, netta evidenza della presenza di preferenze sociali legate ad un

⁴ Si veda a tale proposito M. RABIN, *Incorporating Fairness into Game Theory*, in *American Economic Review*, 1993, vol. 83, n. 5, pp. 1281-1302; E. FEHR-K. M. SCHMIDT, *A Theory of Fairness, Competition and Co-operation*, in *Quarterly Journal of Economics*, 1999, 114, pp. 817-868; M. FAILLO- L. SACCONI, *Norm Compliance: The Contribution of Behavioral Economics Theories*, in A. INNOCENTI-P. SBRIGLIA (edited by), *Games, Rationality and Behaviour, Essays in Behavioural Game Theory and Experiments*, Palgrave-MacMillan, New York, 2007.

“senso di giustizia”⁵ non riconducibili al modello dell’agente economico egoista razionale.

3. Luoghi comuni economici.

Vi sono molti luoghi comuni a proposito degli effetti della riforma dei licenziamenti, che è opportuno sfatare. Ne consideriamo qui due, apparentemente basati su argomenti economici, prima di andare al cuore dell’analisi del decreto.

Per il primo luogo comune, l’art. 18 sarebbe stata la ragione del “nanismo” di gran parte delle imprese italiane, le quali restavano “strategicamente” piccole per sfuggire alla sua applicazione, moltiplicando le forme di contratti di lavoro parasubordinato e atipico. L’art.18 di conseguenza sarebbe quindi stato responsabile della perdurante segmentazione del mercato del lavoro in due fasce: quella dei garantiti e quella dei non garantiti. Il superamento dell’art.18 permetterebbe, invece, la crescita dimensionale delle imprese e, al contempo, l’unificazione di trattamento tra tutti i lavoratori mediante la diffusione dei contratti a tempo indeterminato.

Al contrario, si può affermare che l’art. 18 non spiega affatto il “nanismo” e che la sua abolizione non unificherà il trattamento dei lavoratori, superando la separazione tra tutelati e non. I dati ISFOL sull’occupazione del 2009⁶ – precedenti le due fasi di riforma dell’art. 18 e la fase più acuta per l’Italia della crisi economica – già mostravano che le forme atipiche di lavoro subordinato (a tempo determinato, a progetto e altro), cui non si applicava l’art. 18, proliferavano in proporzione al numero degli occupati più nelle imprese di dimensione ben al di sotto della soglia dei quindici dipendenti che nelle imprese che si trovavano a tale livello o al di sopra di tale soglia. È ovvio invece che, se veramente

⁵ L. SACCONI - M. FAILLO, *Conformity, Reciprocity and the Sense of Justice. How Social Contract based Preferences and Beliefs Explain Norm Compliance: the Experimental Evidence*, in *Constitutional Political Economy*, 2010, 21, 2, pp.171-201.

⁶ *Rapporto 2009 ISFOL*, ed. Rubettino, su www.isfol.it.

la crescita dimensionale naturale delle imprese (misurata col numero dei dipendenti con tipico contratto a tempo indeterminato) fosse stata ostacolata dall'intento di aggirare l'art. 18, allora, avremmo osservato un'impennata "strategica" del ricorso a tali contratti proprio in prossimità di detta soglia e sopra di essa. Ciò avrebbe consentito all'impresa, cui si sarebbero altrimenti dovute applicare le tutele, di restare immediatamente sotto-soglia, oppure, di avvalersi di numerosi lavoratori aggiuntivi a cui le tutele non si sarebbero applicate per definizione. Al contrario, erano le imprese ben al di sotto dei quindici dipendenti che si avvalevano maggiormente degli atipici, mentre quando le imprese superavano la soglia, l'incidenza percentuale degli atipici sulla forza lavoro si riduceva in proporzione rispetto agli occupati.

In sostanza, la relazione causale è inversa: la crescita dimensionale dell'impresa (e l'aspettativa di poter crescere in termini di quote di mercato e qualità dei prodotti e dei processi), porta con sé esigenze di organizzazione evoluta, che determinano la struttura dei contratti di lavoro, cosicché, quando un'impresa cresceva essa adottava contratti di lavoro a tempo indeterminato, anche in presenza delle tutele dell'art. 18. Mentre se un'impresa non cresce (o pensa di non poterlo fare) allora non si dà una struttura organizzativa evoluta (volta a beneficiare del capitale umano dei propri dipendenti), e continua ad avvalersi perciò di contratti che stabiliscono relazioni di breve periodo e senza "fidelizzazione" dei collaboratori.

Se, tuttavia, era falso che l'art. 18 fosse responsabile del dualismo del mercato del lavoro tra garantiti e non garantiti, sarà invece certamente vero adesso che, per effetto dell'attuale riforma, negli stessi posti di lavoro ci saranno lavoratori assunti precedentemente, cui si applicheranno le vecchie tutele, e nuovi assunti, cui tali tutele non si applicheranno più. Una vera e propria discriminazione tra chi fa lo stesso lavoro, e un ostacolo alla creazione di un'organizzazione coesa. Non a caso gli economisti neoliberalisti favorevoli alla riforma già si affrettano a sostenere l'insostenibilità di questa effettiva discriminazione tra nuovi vecchi e assunti, con l'intento di estendere a tutti il nuovo regime meno vantaggioso⁷. Al contempo non è un caso che, invece, alcune imprese per favorire la mobilità tra aziende diverse all'interno dello stesso gruppo,

⁷ si rinvia al contributo di M. SQUEGLIA, in questo Volume, *infra*, cap. I.

continuino a garantire le vecchie tutele anche ai “riassunti” (formalmente “nuovi assunti”).

Il secondo luogo comune da sfatare sostiene che l’art. 18 riducesse gli incentivi alle assunzioni a tempo indeterminato in quanto aggravava le imperfezioni del mercato del lavoro. Solo se può licenziare di più, infatti, l’imprenditore può anche assumere di più.

Questo luogo comune, sostenuto da menti più sofisticate, si basa sulla seguente argomentazione⁸ : il contratto a tempo indeterminato ha una funzione assicurativa, cioè assicura il salario anche in presenza del rischio di fluttuazioni negative della domanda di beni dovute a fattori estranei alla responsabilità del lavoratore. Tuttavia, è anche caratterizzato da informazione asimmetrica sulle caratteristiche del lavoratore, nel senso che, mentre questo conosce il livello della sua produttività, l’imprenditore ne è invece incerto al momento dell’assunzione.

Inoltre – si ipotizza – il lavoratore opportunisticamente non rivela le sue caratteristiche. La conseguenza è che un contratto a tempo indeterminato sconterà la probabilità che vi siano lavoratori con bassa produttività, che mentono sulle loro caratteristiche per farsi assumere, e il salario offerto rifletterà la produttività media derivante dalla probabilità che ad accettare il contratto oltre a lavoratori con alta produttività vi siano tali lavoratori “mendaci”. Per tali lavoratori, perciò, il salario (che è una media) sarà vantaggioso, mentre sarà piuttosto “punitivo” per quelli ad alta produttività.

Ciò genera il fenomeno della *selezione avversa*: il contratto a tempo indeterminato sarà ricercato dai lavoratori “mendaci”; al contrario, chi non ha ragione di mentire segnalerà la sua qualità con la scelta di rinunciare all’assicurazione del contratto a tempo indeterminato e accettare contratti facilmente risolvibili, ma *meglio pagati*. La probabilità crescente che ad accettare i contratti a tempo indeterminato siano lavoratori “mendaci”, tuttavia, ne deprimerà ulteriormente i salari e ne ridurrà l’offerta ben al di sotto di quella che sarebbe ottimale qualora i salari fossero commisurati ai livelli reali di produttività. Mentre

⁸ La paradigmatica e un po’ sorprendente riduzione dell’argomentazione economica in tema di contratto di lavoro alla sola *selezione avversa* in fase di incontro tra la domanda e l’offerta di lavoro si trova in P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2000.

aumenterà l'offerta di forme contrattuali senza componente assicurativa e con salari più elevati per intercettare i lavoratori più produttivi.

In generale – prosegue l'argomento – la possibilità di appurare le caratteristiche dei lavoratori riduce l'asimmetria informativa e aumenta l'offerta di contratti a tempo indeterminato. Ma questo accade solo facendo esperienza e verificando sul campo *ex post* le qualità del lavoratore. Dunque, è essenziale poter licenziare i lavoratori che mentono sulle proprie caratteristiche, per mantenere la funzione assicurativa solo in relazione all'alea di eventi negativi esterni. Insomma, solo se può licenziare *ex post*, l'imprenditore si prende il rischio di offrire contratti a tempo indeterminato ben remunerati *ex ante*. Ma allora, l'art. 18, avendo reso difficile l'accertamento *ex post* delle caratteristiche del lavoratore, avrebbe esacerbato il fenomeno della *selezione avversa* e, quindi, la decadenza del contratto a tempo indeterminato.

Purtroppo, ci sono molte ragioni per dubitare che questa spiegazione sofisticata renda conto della segmentazione del mercato del lavoro in Italia tra lavoratori tutelati e non tutelati da contratti a tempo indeterminato. Perché l'argomento dell'auto-selezione (c.d. *selezione avversa*) possa funzionare, avremmo dovuto osservare, nel corso degli anni, contratti a tempo determinato, per collaborazioni coordinate e continuative o atipici, prescelti dai lavoratori più qualificati e *meglio* pagati dei contratti a tempo indeterminato, ricercati dai lavoratori meno qualificati, e *meno* pagati. Questa è in effetti la conseguenza della teoria in questione. L'ampia disponibilità di forme contrattuali alternative presente in Italia (ad esempio, collaboratori parasubordinati e altre forme di contratti atipici, incluse le c.d. "false partite Iva") avrebbe dovuto permettere di offrire salari maggiori al posto di forme assicurative e i lavoratori più produttivi avrebbero dovuto preferire auto-selezionarsi così: più rischio, meno garanzie, ma salari *maggiori*.

Nulla di tutto ciò fa parte dell'evidenza osservata: l'evidenza dimostra che, in generale, i salari offerti dai contratti a tempo determinato, di collaborazione o atipici sono sempre stati *inferiori* di quelli dei rapporti di lavoro a tempo indeterminato. Le imprese semmai hanno usato i contratti a tempo determinato (o le varie forme di "preariato") come lungo periodo di apprendimento a seguito dei quali "promuovere" i dipendenti più affidabili allo *status* superiore di assunti a tempo indeterminato come riconoscimento del valore dei loro investimenti in

capitale umano, con salari *più alti* e con *più tutele*. Per questo, la parte coperta dall'art. 18 è restata la quota preminente dei lavoratori dipendenti (65%), anche se la norma era in vigore solo nel 3% delle imprese⁹. Quando si è trattato di imprese di dimensioni significative alla ricerca di professionalità importanti e ben remunerate, si è quindi fatto ricorso al contratto a tempo indeterminato sebbene tutelato dall'art. 18 L'estendersi dell'area del lavoro dipendente "atipico", specialmente per l'occupazione giovanile, ancora aumentato negli anni della crisi, e in ultimo a seguito della "liberalizzazione" del contratto a tempo determinato, non è certo il portato della parte (pur esistente) più dinamica dell'industria italiana. Al contrario, riflette la profonda incertezza delle imprese sul contesto di mercato e non ha mai garantito l'offerta di condizioni salariali e di qualità professionale superiore a quelle garantite agli assunti con contratto a tempo indeterminato.

Lo stesso legislatore dimostra di esserne consapevole, dal momento che con la c.d. "Legge di stabilità 2015" (legge n. 190/2014, art. 1, commi 118 e ss.) per incentivare la trasformazione dei contratti a tempo determinato (resi molto convenienti per le imprese dal c.d. "Decreto Poletti") in contratti a tempo indeterminato, prevede che l'impresa sia esonerata dal pagamento dei contributi previdenziali per un triennio, con detrazioni superiori all'eventuale costo dell'indennizzo che, in base al decreto qui in esame, l'impresa dovrebbe sborsare nel caso di licenziamenti non giustificati al termine del triennio. Perciò, anche per il governo e il legislatore, deve essere vero che i contratti a tempo indeterminato hanno costi superiori di quelli a tempo determinato o atipici se occorre sovvenzionare le imprese al fine di effettuare il passaggio dai secondi ai primi.

Per quel che spiega, comunque, l'argomento sulla c.d. *selezione avversa* c'entra poco o nulla con l'abolizione dell'art. 18 per lavoratori a lungo (ad esempio, dieci anni) impiegati a tempo indeterminato da una stessa impresa. Sarebbe stato compatibile piuttosto con formulazioni alternative

⁹ Si v. Cgia di Mestre, «Articolo 18: interessa solo il 3% delle imprese, ma tutela il 65% dei dipendenti italiani», www.cgiamestre.com.

dell'idea del "contratto unico a tutele crescenti", secondo le quali a fronte di una drastica riduzione dei contratti alternativi, l'acquisizione delle tutele dell'art. 18 sarebbe stata posticipata di un triennio rispetto all'avvio del contratto a tempo indeterminato. Con tre anni d'esperienza un'impresa sarebbe stata in grado di capire le qualità e il livello di affidabilità delle auto-dichiarazioni del lavoratore.

È un fatto, però, che il decreto non ha rinviato le tutele a dopo un certo periodo di "accertamento", ma le ha del tutto abolite anche per coloro che in futuro avranno operato da lungo tempo all'interno di imprese di grandi dimensioni con contratti a tempo indeterminato.

Cosa c'entra perciò l'argomento sull'*asimmetria informativa* nella fase d'incontro tra domanda e offerta di lavoro, con un provvedimento che permetterà di licenziare ingiustificatamente i dipendenti anche molto tempo dopo che il rischio di c.d. *selezione avversa* sarà stato dissolto?

La verità è che la *ratio* della disciplina dei licenziamenti nel contesto del contratto di lavoro subordinato non può essere compresa mediante questi semplici schemi economici che trattano le norme sui licenziamenti come regolazione di flussi in entrata ed uscita da un mercato del lavoro (quasi) perfettamente concorrenziale. La ragione è semplice: il licenziamento ha a che fare *non* con la logica di un (inesistente) mercato *perfettamente concorrenziale* del lavoro, né con la sola imperfezione dell'*asimmetria informativa* al momento dell'assunzione, ma con la più radicalmente diversa logica dell'organizzazione, cioè con *l'impresa* intesa come istituzione nella quale le transazioni avvengono entro relazioni di *autorità e gerarchia*.

4. *La disciplina del licenziamento non regola il mercato, ma l'organizzazione.*

Concetto ben noto ai giuristi del lavoro e ai sociologi, che caratterizza il rapporto di lavoro subordinato, è la presenza di una relazione asimmetrica di autorità tra le parti, che differisce da ogni altro contratto tra persone. Per rendersene conto, tuttavia, non c'è bisogno di uscire dall'economia e quindi abbandonare le spiegazioni in cui il criterio rilevante (anche se non l'unico) è l'efficienza. I maggiori economisti della seconda metà del '900, studiosi dell'impresa e delle istituzioni economiche, condividono, infatti, questa visione dell'impresa come

istituzione, distinta dal mercato (entro il quale essa opera), nella quale i contratti seguono logiche differenti.

Per Ronald Coase¹⁰, l'alternativa tra mercato e impresa riguarda l'ambito di applicazione appropriata della logica del comando e della pianificazione (per lui quello dell'impresa) e la sua spiegazione dipende dai *costi di transazione* che sotto certe condizioni rendono troppo costoso il ricorso al mercato. Herbert Simon¹¹ distingue il contratto di lavoro dal *contratto a pronti* sulla base della relazione di autorità tra lavoratore e imprenditore presente nel primo e non nel secondo, la quale permette la flessibilità delle decisioni, cioè permetta di lasciare il contratto *ex ante* incompleto e completarlo con ordini di volta in volta adatti all'informazione che si rivela *ex post*; questa possibilità comporta vantaggi in termini di efficienza, qualora fosse impossibile *ex ante* prevedere gli atti ottimali rispetto alle varie situazioni possibili.

Ken Arrow¹² identifica le ragioni ed i limiti entro cui l'autorità organizzativa costituisce un vantaggio nell'utilizzo dell'informazione codificata e specializzata da parte di molteplici agenti (specialmente *manager* e lavoratori) che devono coordinarsi nella produzione di squadra e dimostra che l'autorità assolve la funzione di generare un *fuoco di aspettative* grazie al quale i membri dell'organizzazione possono risolvere problemi (*giochi*) di coordinamento.

A Oliver Williamson¹³ è, però, dovuta l'idea che l'impresa sia una forma di *governance* unificata delle transazioni caratterizzata dalla "gerarchia" – alternativa ad altre modalità di *governance*, incluso il contratto atomistico di mercato e quello d'agenzia. Grossman, Hart e Moore¹⁴

¹⁰ R. H. COASE, *The Nature of the Firm*, in *Economica*, New series, vol. 4, n. 16, pp. 386-405.

¹¹ H. SIMON, *A Formal Theory of the Employment Relation*, in *Econometrica*, 1951, 19, pp. 293-305.

¹² K. ARROW, *The Limits of Organization*, Norton and Company, New York, 1974, trad.it. *I limiti dell'organizzazione*, Il Saggiatore, Milano, 1986.

¹³ Si v. O. WILLIAMSON, *Market and Hierarchies: Analysis and antitrust implications*, The Free Press, New York, 1975; ID., *The Economic Institutions of Capitalism*, The Free Press, New York, 1986, trad. it. Franco Angeli, Milano, 1988.

¹⁴ S.J. GROSSMAN - O. HART, *The Costs and Benefit of Ownership: A Theory of Vertical and Lateral Integration*, in *Journal of Political Economy*, 1986, 94, pp. 691-719, e,

hanno su questa base elaborato una teoria formalizzata (nota con l'acronimo «GHM»), che spiega quando l'integrazione di più unità (imprese o individui) in una stessa impresa – cioè una *governance* unificata – sia la soluzione migliore rispetto alla non integrazione.

Nessuno di questi economisti (tutti insigniti del premio Nobel, tranne, per ora, gli autori del modello GHM) direbbe mai che la logica interna dell'impresa sia analoga a quella del mercato concorrenziale¹⁵.

In particolare, l'idea di *trasformazione fondamentale* proposta da Williamson rende chiarissimo il punto di separazione tra un contesto economico, in cui il contratto regola una transazione di mercato tra parti indipendenti, le quali hanno a disposizione molteplici compratori e venditori alternativi con cui scambiare tra cui sono indifferenti, e il contesto in cui insorge invece una relazione di *interdipendenza* strategica più o meno asimmetrica, ma sostanzialmente riconducibile al potere di monopolio bilaterale e ai giochi di contrattazione, in cui le parti sono legate l'una all'altra. Ciò accade quando intervengono *investimenti specifici*, cioè specificamente rivolti ad accrescere il valore futuro di una particolare transazione di lungo periodo tra *quelle* parti e non altre. Investimenti in tecnologie dedicate, ubicazione degli impianti in posizioni ove sia possibile avvantaggiarsi di risorse altrove non disponibili, oppure – prevalentemente – investimenti in capitale umano come l'apprendimento di abilità, competenze, conoscenze (anche tacite) e tecniche che hanno significato all'interno di *quella* particolare relazione transattiva, ma perdono gran parte del loro valore al di fuori di essa cioè qualora le parti dovessero interrompere la loro relazione e scambiare con altri soggetti.

Prima degli investimenti specifici, esiste un mercato in cui vi sono molteplici soggetti indipendenti e indifferenti dal lato della domanda e dell'offerta. Dopo gli investimenti specifici rispetto alle transazioni vi è una relazione di reciproca dipendenza in cui vige la contrattazione

inoltre O. HART - J. MOORE, *Property Rights and the Nature of the Firm*, in *Journal of Political Economy*, 1990, 98, pp. 1119-1158.

¹⁵ Per una ricostruzione della teoria neoistituzionalista dell'impresa coerente con quanto sostenuto in questo saggio si v. L. SACCONI, *Le ragioni della CSR nella teoria economica dell'impresa*, in ID. (a cura di) *Guida critica alla responsabilità sociale e al governo di impresa*, Bancaria editrice, Roma, 2005, pp. 91-112.

bilaterale la quale, mentre rinchiude le parti (effetto c.d. “*lock-in*”) nelle loro relazioni, offre loro sia la possibilità di fruire di vantaggi reciproci che di correre rischi aggiuntivi.

Tali investimenti avvengono tipicamente nell’ambito di relazioni transattive di lungo periodo (altrimenti perché fare investimenti che fruttano benefici in un momento differito?) e sono regolati, ad esempio, da contratti di lavoro a tempo indeterminato.

Più in dettaglio, Williamson identifica l’impresa come l’istituzione di governo delle transazioni che risulta efficiente quando si verificano congiuntamente le tre seguenti condizioni: *investimenti specifici*, *incompletezza contrattuale*, *opportunità*.

a) *Investimenti specifici*: data la possibilità di una relazione transattiva di lungo periodo tra due o più parti, esse capiscono che è possibile intraprendere investimenti specifici, grazie ai quali il valore che essi reciprocamente assegnano alle loro transazioni nel tempo potrà essere accresciuto reciprocamente (“*surplus cooperativo*”) rispetto a ciò che accadrebbe se interrompessero la relazione per scambiare con altri, ma che li legheranno “idiosincronicamente” alle loro relazioni reciproche.

Questi sono *investimenti in senso proprio*, cioè che, solo dopo un certo lasso di tempo, possono produrre benefici. L’investimento dell’uno è vantaggioso per l’altro, ma è ciò nondimeno costoso, e quindi è razionale intraprenderlo solo se viene remunerato in modo che il suo autore partecipi al *surplus* creato (siccome è *indispensabile* alla produzione di un *surplus*, è ovvio che il suo autore intenda appropriarsene in parte non irrilevante).

b) *Incompletezza contrattuale*: il contratto è incompleto, sia perché è impossibile o troppo costoso *ex ante* prevedere e descrivere tutti gli stati possibili del mondo in cui certe azioni potranno rivelarsi praticabili, sia perché la verifica dell’osservanza di clausole dettagliate sarebbe *ex post* impossibile da parte di una terza parte (ad esempio, un giudice).

L’incompletezza riguarda sia gli investimenti specifici, la cui opportunità può non esser nota all’inizio e che non possono perciò essere *ex ante* contrattati, sia, soprattutto, la possibilità di prevedere eventi a seguito dei quali alcune azioni di una parte possono rilevarsi essenziali per mandare a buon fine gli investimenti della controparte. Ciò include eventi in base

ai quali non è chiaramente stabilito se la transazione debba essere completata, possa essere interrotta o possano cambiare i termini in base ai quali avvengono le remunerazioni. Perché l'investimento vada a buon fine occorre che la relazione continui e ciò può dipendere da decisioni che dipendono dalla controparte. È possibile che essa controlli decisioni su risorse o variabili che sono essenziali affinché l'investimento della prima parte sia valorizzato. Ciò conferma che anche nel caso di un singolo investimento specifico vi possa essere interdipendenza. Conseguentemente gli investimenti specifici sono rischiosi, perché il loro esito dipende da eventi, azioni o risorse il cui impiego non può esser *ex ante* contrattato in ogni dettaglio.

c) *Opportunismo*: le parti della relazione sono opportuniste, cioè *egoiste con astuzia*, il che equivale all'agire in modo da aggirare ogni patto o promessa, o sfruttare un'incompleta determinazione del contratto pur di trarne il massimo vantaggio, anche strappando alla controparte i benefici attesi del proprio investimento.

È chiaro che l'opportunismo avrebbe scarso effetto qualora tutti i termini del contratto fossero stabiliti *ex ante*. Ma abbiamo detto che i contratti sono incompleti e pertanto al presentarsi di eventi impreveduti le parti possono ricontrattare, dopo che gli investimenti specifici sono stati effettuati e decisioni *ex ante* non contrattate, ma *essenziali*, si sono rivelate possibili. D'altra parte, sebbene il contratto sia incompleto, qualora non vi fossero investimenti specifici che generano un *surplus* atteso, non vi sarebbe alcuna *posta in gioco* alla quale il comportamento opportunistico potrebbe "puntare". Infine, se le parti non fossero opportuniste, anche in presenza di lacune contrattuali e di un *surplus* atteso dagli investimenti, gli agenti non cercherebbero di ricontrattare a fini di appropriazione della posta in gioco.

L'operare congiunto delle tre condizioni precedenti, invece, rende concreta la possibilità di espropriazione opportunistica del *surplus* generato dall'investimento specifico di una parte, mediante minaccia alla controparte di non portare a termine la transazione o di non prendere la decisione essenziale ai fini del successo dell'investimento, a meno che l'autore dello stesso non accetti di cedere una parte sostanziale del suo valore.

In effetti, benché le parti siano reciprocamente dipendenti per la realizzazione del valore dell'investimento e la sua distribuzione, la

differenza tra loro sta nel fatto che una può aver sostenuto un costo in un momento precedente, che ora rischia di *non* recuperare se la controparte non premette alla transazione di andare a buon fine, o non prende la decisione essenziale affinché l'investimento generi il suo risultato. La ricontrattazione opportunistica può, perciò, condurre la parte responsabile dell'investimento specifico ad accettare una spartizione *molto iniqua* del *surplus* rispetto alle sue aspettative iniziali, solo per non dover subire l'esecuzione della minaccia di non poterne recuperare neppure i costi.

Cruciale è, dunque, sapere se la controparte possa prendere tali decisioni *ex post*, se cioè sia in condizione di minacciare la "rottura" del contratto, ovvero possa rifiutare di prendere le decisioni essenziali suddette. Mentre, però, le singole decisioni sono *ex ante* non contrattabili, si può stabilire all'inizio della relazione una *struttura di controllo* su tali decisioni, nel senso che si può definire a chi spetti il diritto di prendere le decisioni che nei dettagli non possono essere specificate nel contratto *ex ante*. In altre parole, può essere prestabilito chi detiene il diritto di decidere l'uso di date risorse che potranno servire *ex post* per portare a buon esito gli investimenti specifici. Tali decisioni sono dette "residuali", in quanto non specificate dal contratto.

Il controllo su tali variabili essenziali è un aspetto molto importante, e dipende dalla *scelta della struttura di controllo* della transazione (una sorta di scelta iniziale delle *regole costitutive* entro cui poi si svolge il contratto incompleto).

L'impresa, secondo Williamson e il modello «GHM», nasce semplicemente per dare una soluzione a tale rischio di ricontrattazione opportunistica dei contratti incompleti, mediante la scelta di un assetto istituzionale alternativo a quello del mero contratto incompleto. La soluzione consiste nella scelta di una *struttura di controllo* che assegna alla parte che fa l'investimento specifico il diritto di decisione residuale sulle variabili *ex ante* non contrattabili. Siccome fisicamente tali variabili possono essere alla portata della controparte, tale diritto residuale di controllo prende la forma di una *relazione di autorità*, o di una *relazione gerarchica*, ovvero chi accetta *ex ante* di entrare nell'impresa (cioè in un contratto incompleto integrato da una struttura di controllo) accetta anche che, chi detiene il diritto residuale di controllo, possa comandargli in un momento successivo di eseguire le azioni che influiscono sulla possibilità di portare a termine la transazione e trarre beneficio dall'investimento.

Ad esempio, a seconda di come sia allocato inizialmente il diritto residuale di controllo, l'agente A non può rifiutarsi *ex post* (a meno di ricevere una sanzione) di eseguire un compito, oppure, l'agente B non può essere escluso dall'utilizzo di una risorsa fisica che è necessaria per mettere a frutto un suo investimento. L'impresa è essenzialmente la struttura di governo che alloca tali diritti in modo da creare appropriate *relazioni di autorità*.

La proprietà sulle risorse fisiche dell'impresa è qui alla base del diritto residuale di controllo, poiché permette al proprietario di stabilire, *ex post* e discrezionalmente, l'uso da farsi di dette risorse e, quindi, genera autorità sui comportamenti della controparte. In questa visione, chi ha il controllo sulle risorse fisiche dell'impresa è in grado di ottenere dalla controparte di farne l'uso richiesto.

Nel modello «GHM», in effetti, i diritti residuali di controllo e l'autorità sulle variabili *ex ante* non contrattate non escludono la ricontrattazione. Essi semplicemente fissano lo *status quo* della ricontrattazione, cioè *l'opzione di uscita* che chi ha il controllo può imporre, ad esempio escludendo la controparte dall'uso di dette risorse. Allora, la seconda parte, per evitare un'opzione di uscita svantaggiosa, accetterà nella ricontrattazione di eseguire le decisioni residuali prese dal proprietario. Questo, nel modello «GHM», è l'accettazione dell'autorità.¹⁶

Siamo, ora, in condizione di osservare in cosa consiste la scelta di una forma di *governance* ottimale. Se l'autorità, conseguente al diritto residuale di controllo, è allocata ottimamente e cioè è assegnata alla parte che effettuerà l'investimento specifico, allora ciò permetterà a quella stessa parte di appropriarsi del valore dei suoi investimenti, prevenendo il comportamento opportunistico della controparte. Dopo che avrà effettuato l'investimento, il diritto residuale di controllo le permetterà di minacciare la controparte di esclusione qualora questa non esegua l'azione essenziale per la valorizzazione dell'investimento stesso o qualora insista nella pretesa di espropriazione. *L'hold-up* (cioè la

¹⁶ Questo concetto di autorità è presente in S.J. GROSSMAN - O. HART, The Costs and Benefit of Ownership: A Theory of Vertical and Lateral Integration, in *Journal of Political Economy*, 1986, 94, pp. 691-719, e, inoltre O. HART - J. MOORE, Property Rights and the Nature of the Firm, in *Journal of Political Economy*, 1990, 98, pp. 1119-1158.

possibilità, per la parte che controlla una variabile decisionale essenziale alla valorizzazione dell'investimento altrui, di "tenere in scacco" la controparte) viene così evitato.

Ne segue la valutazione dell'efficienza delle strutture istituzionali fin qui discusse: quella del semplice contratto incompleto e quella della sua integrazione con l'allocazione *ex ante* del diritto residuale di controllo, cioè con una struttura gerarchica dell'impresa che assegni a una parte l'autorità sulla transazione (in particolare, la parte che effettua investimenti specifici).

Nel primo caso, la parte che potrebbe intraprendere l'investimento specifico, prevedendo il rischio di subire *ex post* l'espropriazione opportunistica del suo valore, non avrà incentivo a intraprenderlo. Essa prevede come la relazione potrà svilupparsi, valuta i rischi e sceglie di non effettuare investimenti o non farli al livello che sarebbe efficiente. Conseguentemente, i guadagni potenziali di efficienza associati agli investimenti specifici, vanno persi e non sorge un'effettiva forma di cooperazione mutuamente vantaggiosa tra le parti.

Nel caso alternativo, una volta che il diritto residuale sia stato allocato alla parte responsabile per gli investimenti specifici, l'opportunismo della controparte è una minaccia spuntata. Al momento della ricontrattazione, essa non può *tenere in scacco* la parte che ha fatto l'investimento, semplicemente perché essa soggiace all'autorità della prima parte, la quale le impone di eseguire le azioni funzionali ad ottenere i benefici dell'investimento iniziale (pena l'imposizione di un'opzione di uscita sfavorevole). Il risultato, alla luce della previsione di come si svilupperanno le cose, è che gli incentivi all'effettuazione *ex ante* dell'investimento restano e vi è quindi un naturale guadagno di efficienza associato alla produzione di un *surplus* ¹⁷.

¹⁷ Invero, non è del tutto chiara la spiegazione di come nel modello «GHM» l'autorità nell'impresa possa essere semplicemente basata sulla proprietà delle risorse fisiche. In generale, una relazione di autorità implica legittimazione, cioè accettazione razionale di sottomettere l'azione di una parte alla decisione dell'altra (in posizione di autorità). A ha autorità su B non solo se può escludere B dalla risorsa R (questa sarebbe semplicemente la proprietà di A su R), ma se A può indurre B ad accettare razionalmente di prendere la volontà di A, come premessa di ciò che B fa con R. Un conto è escludere B dall'uso della risorsa R non permesso da A; un altro è ottenere che

Il problema della natura legittima dell'autorità nell'impresa viene però in rilievo se si considera che il caso più diffuso non può essere considerato quello di un "singolo" investimento specifico, cui corrisponde il controllo unilaterale da parte di chi ne è responsabile. In generale, come rilevano variamente sia Williamson, Hart e Moore, ma soprattutto Aoki¹⁸, bisogna considerare la possibilità di investimenti specifici *molteplici*, tra loro interdipendenti e su risorse tra loro *complementari* (nel senso che un investimento è valorizzato dall'investimento complementare). Ad esempio, le competenze specifiche acquisite dai lavoratori o la loro conoscenza tacita dei codici di comportamento o delle tecniche produttive e organizzative dell'impresa è complementare alla conoscenza del *management* e alla sua abilità di coordinare i lavoratori in particolare, grazie alle relazioni di fiducia che ha sviluppato con loro. Le competenze specifiche di un ricercatore sono specificamente importanti per un programma di ricerca, che è a sua volta idiosincriticamente perseguito dal direttore di ricerca. Così, le risorse cognitive delle parti possono essere complementari e solo grazie alla loro cooperazione valorizzarsi reciprocamente. Alcune di esse possono essere *essenziali* nel senso che condizionano il successo degli investimenti altrui o la complementarietà di altre risorse l'una con l'altra (ad esempio, la competenza del *management* può esser essenziale affinché la cooperazione tra detentori di capitale umano e di risorse fisiche dell'impresa si realizzi, oppure il finanziamento può esser essenziale affinché la complementarietà tra le risorse cognitive detenute dai membri

B esegua la decisione di A di operare su R come A vuole. B deve avere una ragione per accettare l'autorità di A, cioè l'autorità di A deve servire a qualcosa per B. Insomma, come avevano già osservato sia Simon che Arrow, un mero potere di esclusione non genera autorità, poiché l'esecuzione dei comandi dell'autorità deve offrire un beneficio anche a chi li esegue; cfr. J. RAZ, *Authority and Justification, Philosophy and Public Affairs*, 1985, 14, 114, pp. 3-29.; C. MCMAHON, *Managerial Authority*, in *Ethics*, 100, 1989, pp. 33-53. Su questo si veda inoltre SACCONI L., *Etica degli affari. Individui, imprese e mercati nella prospettiva dell'etica razionale*, Il Saggiatore, Milano, 1991. Per una critica della nozione di autorità nella teoria neoistituzionalista dell'impresa si veda A. GRANDORI *10 tesi sull'impresa*, Il Mulino, Bologna, 2015.

di un gruppo possa svilupparsi). L'insieme di queste forme d'interdipendenza è costituito da altrettante possibili forme di cooperazione nella produzione di squadra e nella *creazione di possibili surplus*.

Ammettiamo che in tutti questi casi l'unica soluzione di *governance* disponibile sia ancora una struttura di controllo *unilaterale*, che offre a una parte *soltanto* l'opportunità di appropriarsi del *surplus* creato dalla cooperazione multilaterale, grazie al potere di escludere tutte le altre dalla partecipazione alla produzione di squadra in vista della quale esse hanno sviluppato i loro investimenti o nella quale possono mettere a frutto la complementarità tra le loro risorse. In effetti, non si tratterà di altro che una riedizione della ricontrattazione opportunistica *ex post*, solo che la sua chiave sarà ora il potere di esclusione associato al diritto residuale di controllo. L'esercizio di autorità permette di fissare lo *status quo* della fase di ricontrattazione, ove i membri del *team* che non dispongono di autorità possono essere esclusi e perdere ogni beneficio dal proprio investimento a meno che non acconsentano all'appropriazione di gran parte del valore generato dagli investimenti multilaterali da parte di chi controlla l'impresa. Il semplice comando permetterebbe di escludere le altre parti da ogni beneficio e le lascerebbe sopportare il costo degli investimenti. Ciò permette alla parte che detiene l'autorità di appropriarsi di tutto il *surplus*. In questo caso, ciò che osserveremmo (e di fatto osserviamo), più che l'esercizio legittimo dell'autorità, è l'*abuso di autorità*¹⁹.

Si noti qui il legame con il tema del licenziamento.

Il diritto residuale di controllo, con possibilità di esclusione della controparte, nel contesto di un contratto di lavoro è la possibilità di escludere il lavoratore dalla partecipazione all'attività dell'impresa. Il licenziamento ha dunque due facce. Nel caso in cui solo l'imprenditore sia responsabile per l'unico investimento specifico, la possibilità di licenziare altro non è che il diritto residuale di controllo, che permette all'imprenditore di difendere e appropriarsi del valore del suo investimento specifico. Se, tuttavia, il lavoratore è anch'egli responsabile

¹⁹ Su questo v. SACCONI L., *Economia, etica e organizzazione*, Laterza, Roma-Bari, 1997.

di un investimento specifico, che ha valore solo nel contesto della cooperazione entro l'impresa, che richiede l'accesso alle risorse fisiche dell'impresa, allora il licenziamento è il mezzo attraverso il quale si manifesta l'abuso di autorità di chi detiene un diritto di decisione residuale esclusivo. Con la minaccia del licenziamento egli ha il mezzo per appropriarsi del frutto degli investimenti dei lavoratori, ovvero estrarre il valore generato dall'uso complementare delle loro risorse cognitive. L'abuso di autorità non è altro che la possibilità di escludere il lavoratore da una relazione di lungo periodo con l'impresa in cui egli ha fatto investimenti specifici o sviluppato risorse complementari.

5. *Abuso di autorità, equità ed efficienza.*

Equità

L'abuso di autorità è qui primariamente un concetto economico di “(in)giustizia”: espropriazione del valore della cooperazione derivante dagli investimenti specifici e dalla complementarità tra le risorse degli *stakeholders* (lavoratori; *manager*; fornitori; clienti; finanziatori), fatto salvo quello di chi esercita il controllo (autorità). Non implica necessariamente illegalità, in quanto se la parte che ha il controllo sulle decisioni residuali può anche appropriarsi legalmente del residuo, e di fatto il *surplus* è frutto della produzione congiunta e degli investimenti multilaterali anche di categorie di *stakeholders* che non controllano l'impresa, allora essa si appropria legalmente del risultato della cooperazione altrui. Concettualmente, questo comportamento non è però differente dal comportamento opportunistico che può aver luogo per effetto delle lacune di un contratto. Che tale abuso sia illegale dipende perciò dall'istituzione di norme (siano esse dettate in materia di diritto del lavoro o della *governance* societaria – su questo v., *infra*, sezz. 6 e 9) in grado di bilanciare gli uni con gli altri gli interessi dei diversi *stakeholders*, proprietari delle risorse fisiche dell'impresa e non proprietari, esercenti il diritto residuale di controllo e non controllanti. L'abuso di autorità è, dunque, innanzitutto, un comportamento “iniquo” poiché espropria gli *stakeholders* non controllanti delle loro eque attese di partecipare alla distribuzione dei benefici della cooperazione cui hanno contribuito.

Per caratterizzare meglio l'iniquità nell'esercizio dell'autorità, e quindi il suo abuso, è opportuno ricorrere ad una concezione di giustizia distributiva in due fasi: il *contratto costituzionale* e i *contratti post-costituzionali*^{20, 21}.

²⁰ Per la teoria della giustizia distributiva a due stadi si vedano J. BUCHANAN, *The Limits of Liberty*, Chicago: Chicago University Press, 1975; H.W. BROCK, *A Game Theoretical Account of Social Justice*, in *Theory and Decision*, 11, 1979, pp. 239-265; L. SACCONI, *Economia, etica e organizzazione*, Roma-Bari, Laterza, 1997; ID, *A Social Contract Account For CSR as Extended Model of Corporate Governance (Part I): Rational Bargaining and Justification*, in *Journal of Business Ethics*, 68 (3), 2006, pp. 259-81; ID, *A Rawlsian View of CSR and the Game Theory of Its Implementation (Part II): Fairness and Equilibrium.*, In: L.SACCONI, M.BLAIR, R. E.FREEMAN, AND A. VERCELLI, (eds.), *Corporate Social Responsibility and Corporate Governance: The Contribution of Economic Theory and Related Disciplines*, Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2010.

²¹ Il modello di giustizia a due fasi – contratto costituzionale e post costituzionale – è il modo col quale possiamo applicare la teoria della giustizia alla scelta delle forme di organizzazione economica intermedie, cioè alla creazione di una varietà di coalizioni cooperative, associazioni produttive o imprese, viste in conseguenza del contratto sociale sulle istituzioni fondamentali della società (per un approccio alternativo al medesimo problema cfr. T. DONALDSON - T.W. DUNFEE, *Ties that Bind: A Social Contracts Approach to Business Ethics*, Harvard Business School Press, Boston, 1999). Infatti, il contratto costituzionale corrisponde alla scelta in posizione originaria tipica della teoria della giustizia basata sul contratto sociale J. RAWLS, *A Theory of Justice*, Harvard University Press, Cambridge Mass, 1971 (trad.it., *Una teoria della giustizia*, Feltrinelli, Milano, 1983), in cui gli individui decidono *logicamente* “prima” (ma non *storicamente* prima – cioè si tratta di un esperimento ideale che può essere effettuato in ogni epoca e momento della storia delle istituzioni sociali) di avere assunto ruoli e posizioni sociali particolari, e dietro un “velo d'ignoranza” circa la propria identità individuale e sociale. Cioè “prima” di aver appreso i dettagli del proprio piano di vita sull'assetto delle istituzioni fondamentali della società. Il compito di tali istituzioni è la distribuzione delle dotazioni iniziali con cui le parti entreranno nella fase successiva nei contratti post-costituzionali. La scelta costituzionale, infatti, verte sulla distribuzione dei beni sociali principali quali i diritti di libertà, i poteri, le opportunità e l'apertura delle carriere, l'accesso a risorse naturali e alle infrastrutture, la distribuzione della ricchezza di base e le condizioni minime di reddito con le quali le parti entrano nella cooperazione sociale, e poi i diritti sociali fondamentali come l'accesso a beni come la salute e

Si ammetta che in fase costituzionale, posti dietro a un *velo di ignoranza*, gli agenti si accordino affinché a ciascuno vengano allocati diritti su risorse e capacità che sono *mezzi necessari per molti scopi*, cioè di cui hanno bisogno per perseguire i loro piani di vita (tuttavia, al momento non ancora specificati). Nel contratto costituzionale, che precede logicamente ogni attività produttiva sociale, i *beni principali*²² o le dotazioni di mezzi o *capacità*²³ vengono perciò allocati secondo il principio della *proporzionalità ai bisogni* (fondamentalmente uguali nella scelta costituzionale dietro il *velo di ignoranza* dal momento che tutti hanno bisogno di tali diritti per perseguire qualsiasi piano di vita). Nella fase *post* costituzionale, poi, gli agenti traducono tali risorse nei loro investimenti, in parte specifici, grazie ai quali partecipano con altri a molteplici attività (coerenti con i piani di vita, che nel frattempo hanno identificato). In tali attività, essi cooperano alla produzione di *surplus* e

l'istruzione, e in generale le “condizioni per il rispetto di sé” (che includono il diritto a una occupazione dignitosa). Tali beni fondamentali possono esser visti come mezzi per molti scopi (J. RAWLS, *A Theory of Justice*, cit.) ove gli scopi sono inizialmente ignoti (piani di vita), ma anche come capacità fondamentali (A. SEN, *On Economic Inequality - Expanded Edition*, Clarendon Press Publ. Oxford, 1997) che possono essere utilizzate per funzionarne in molteplici attività. Una volta in possesso di tali dotazioni iniziali, gli individui entrano nella fase dei contratti post-costituzionali nei quali si accordano su molteplici forme di cooperazione per la produzione volontaria di miglioramenti di benessere e di ricchezza, cioè coalizioni produttive, associazioni e imprese. In questa fase, essi negoziano e si accordano (sulla base dei diritti che derivano dalla scelta costituzionale) sulle forme, gli scopi e le regole della loro cooperazione, sulle loro aspettative legittime e i loro doveri. E mettono quindi a frutto le risorse e le capacità derivate dalla dotazioni iniziali, alle quali applicano il proprio sforzo, mediante un esercizio responsabile della propria capacità di agire – che per ipotesi si può assumere essere simmetrica tra agenti razionali ugualmente dotati di risorse e di capacità (tra le quali la capacità di erogare lo sforzo). A questo punto, il contratto sociale incontra e plasma gli accordi volontari sulle forme di impresa (o – come diremo in seguito – prima di tutto circa la formazione di associazioni produttive multi- stakeholders e quindi circa la forma di governo di tali associazioni produttive, che danno luogo a diverse possibili forme legali di impresa).

²²J. RAWLS, *A Theory of Justice*, cit.

²³A. SEN, *On Economic Inequality*, cit.

quindi possono ricevere benefici dalla loro partecipazione alla cooperazione sociale, cioè dalla partecipazione a coalizioni/associazioni produttive, quali le imprese.

Anticipando quello che avverrà nella seconda fase, il principio di distribuzione concordato a livello costituzionale prevede che nella fase *post-costituzionale* i *surplus* vengano distribuiti in proporzione ai contributi dati. Così gli individui hanno diritto ad ottenere da ciascuna coalizione, associazione produttiva o impresa in cui entrano, e nella quale impiegano le loro dotazioni iniziali di diritti e risorse (beni principali e capacità), e in cui esercitano responsabilmente il proprio sforzo, una remunerazione proporzionale al contributo.

Così, in ultima analisi, le parti ricevono inizialmente le risorse di cui hanno bisogno per perseguire i loro piani di vita, il che avviene in seguito attraverso la partecipazione responsabile a varie attività nelle quali vi è produzione di *surplus*. Tali *surplus* vengono distribuiti in modo proporzionale ai contributi. Questa partecipazione alle varie forme di cooperazione sociale e la remunerazione che ogni agente ne ricava, tuttavia, riflette anche il criterio costituzionale della distribuzione in base al bisogno, poiché nella seconda fase ciò che ogni agente può ricavare nella forma di una remunerazione proporzionale al contributo si basa sull'impiego responsabile delle sue dotazioni ricevute in proporzione al bisogno.

Fin qui la concezione "ideale" di giustizia. Passiamo adesso a una visione non ideale, inserendo un'imperfezione nel quadro suddetto. Ipotizziamo di osservare che i mezzi (essenzialmente nella forma di dotazioni di diritti), grazie ai quali gli agenti fanno responsabilmente investimenti, non riescano a dare frutti proporzionali al contributo, in quanto i *surplus* prodotti vengono espropriati da chi detiene il controllo sulle decisioni residuali all'interno delle varie coalizioni produttive. L'imperfezione introdotta sarebbe allora un'allocazione "arbitraria" dei diritti residuali di controllo. Le regole di governo delle imprese (che possono distribuire o vincolare i diritti di decisione residuale) o i diritti di tutela dei lavoratori, non farebbero parte o sarebbero stati omessi dalla dotazioni di diritti base che gli agenti derivano dal contratto costituzionale. Oppure, la distribuzione di tali diritti di fatto contravverrebbe ai principi costituzionali a causa di lacune della legislazione. Così, le dotazioni costituzionalmente definite permettono di intraprendere investimenti

specifici e consentono di entrare nella contrattazione *post*-costituzionale per sfruttare risorse complementari, ma non vincolano le decisioni residuali, poiché nei contratti *post*-costituzionali non vi sono clausole di restrizione dei diritti residuali di controllo dei soggetti controllanti. Allora, non solo non avremo la remunerazione equa in base al contributo (criterio di giustizia economica riconducibile alla logica della produttività individuale o di coalizione), ma neppure benefici proporzionali ai bisogni, in quanto è in prevalenza dall'impiego responsabile nella produzione sociale delle dotazioni di diritti iniziali che le parti possono trarre i benefici necessari, di cui hanno bisogno, al proprio piano di vita.

Efficienza.

L'*abuso d'autorità* viola perciò la *concezione di giustizia* sia in senso costituzionale (proporzionalità del beneficio al bisogno), sia in senso *post*-costituzionale (proporzionalità del beneficio al contributo). Questa è la ragione per cui diciamo che è "iniquo". Tuttavia, è questo il momento di sottolineare che l'*abuso d'autorità* conduce (almeno sotto ipotesi di razionalità simmetrica) anche a una drastica *riduzione dell'efficienza* dell'impresa. L'espropriazione degli investimenti, se prevista *ex ante*, si ritorce nella caduta dell'incentivo a fare investimenti e ad apportare risorse complementari per la cooperazione tra le risorse. Se non prevista *ex ante*, qualora intervenga a posteriori, essa permette di espropriare il *surplus* già prodotto, ma non ci si può aspettare che ciò duri troppo a lungo. Quando è appreso, l'*abuso di autorità* fa cadere gli incentivi alla cooperazione nel periodo successivo. Lo stato di equilibrio cui l'impresa converge è perciò uno stato inefficiente in cui nessuna parte ha incentivo a intraprendere gli investimenti (specie in capitale umano).

Ciò è tanto più vero in condizioni di asimmetria informativa, ove il lavoratore può ricorrere al *moral hazard*, cioè disattendere compiti la cui omissione non è osservabile. Oppure, data l'incompletezza del contratto, è sempre in grado di attenersi solo "formalmente" ai doveri, ma non di cogliere le opportunità di miglioramento e innovazione che si rivelano man mano possibili. Infatti, ciò che l'autorità può fare è intervenire sulle decisioni che influiscono *ex post* sull'appropriazione di investimenti *che siano in precedenza avvenuti*, e che – benché non fossero *ex ante* contrattabili – *ex post* sono note ad entrambe le parti (anche se un giudice potrebbe non essere in grado di verificarle dall'esterno). L'autorità può

impedire che investimenti effettuati vengano espropriati, oppure può espropriare investimenti già effettuati. Tuttavia, non ha alcuna efficacia in merito allo sfruttamento di opportunità di investimento e innovazione che *non* siano state intraprese, né è in grado di costringere a intraprendere tali investimenti, se la loro possibilità si rivela in effetti quale informazione riservata in possesso di membri dell'organizzazione *altri* rispetto a chi detiene l'autorità.

D'altra parte, se l'imprenditore abusa dell'autorità è inverosimile che egli faccia investimenti nello sviluppo delle risorse complementari a quelle del lavoratore. Quello che ci possiamo aspettare è perciò il prevalere di imprese in cui gli imprenditori non si curano dell'investimento in capitale umano dei lavoratori, perché danno per scontato che i lavoratori non ne faranno alcuno, e in cui i lavoratori ~~che~~ soddisferanno esattamente questa aspettativa. Esiste, quindi, una stretta connessione tra efficienza ed equità. L'iniquità, quando attesa, distrugge gli incentivi e genera una caduta di efficienza. Produzione e distribuzione del *surplus* non possono andare troppo a lungo separate.

6. *Impresa multi-stakeholder ed equo bilanciamento.*

Una conseguenza diretta di una lettura non miope della spiegazione neo-istituzionalista dell'impresa è che l'equo bilanciamento tra interessi e diritti degli *stakeholders* è una necessità dell'organizzazione economica proprio dal punto di vista dell'efficienza in termini di costi di transazione. Quindi, ogni volta che l'organizzazione sia abbastanza complessa da prevedere investimenti specifici multilaterali e risorse cognitive complementari, è necessario superare il modello di *governance* basato su un esercizio esclusivo, unilaterale e discrezionale dei diritti residuali di controllo di una parte rispetto alle altre. Questa esigenza sta dietro al costante riemergere, in contrapposizione alla dottrina della *shareholder primacy*²⁴ – la quale professa che l'unico criterio di conduzione dell'impresa sia massimizzare il profitto dei proprietari delle azioni – dell'*approccio stakeholder* al *management* strategico delle

²⁴L.A. STOUT, *The Shareholder Value Myth: How Putting Shareholders First Harms Investors, Corporations, And The Public*, Berrett Koehler Press, 2012

imprese²⁵, del modello di *gerarchia della mediazione*, quale interpretazione più genuina del capitalismo manageriale americano²⁶ e delle forme di *governance* tipicamente *non* orientate allo *shareholder value* nelle maggiori imprese giapponesi e nella co-determinazione tedesca²⁷.

Con “bilanciamento” intendiamo una struttura di diritti e responsabilità che influisce sulla *governance* e la strategia dell’impresa, grazie alla quale si ottiene una distribuzione più equa del valore creato e si previene l’abuso di autorità contro gli *stakeholders* che *non sono proprietari* dell’impresa (in modo particolare i lavoratori). Per ora, non discutiamo lo strumento giuridico con cui tale idea vada attuata; cerchiamo solo d’identificare il contenuto generale di un modello normativo.²⁸

²⁵ R.E. FREEMAN, *Strategic Management: A Stakeholder Approach*, Cambridge University Press, Cambridge, 1984; R. E. FREEMAN-J.R. HARRISON-A.C. WICKS - B.L. PARMAR - S. DE COLLE, *Stakeholder Theory: The State of the Art*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010.

²⁶ M. BLAIR - L. A. STOUT, *A Team Production Theory of Corporate Law*, in *Virginia Law Review*, 1999, vol. 85, n. 2., pp. 247-331.

²⁷ M. AOKI, *The Cooperative Game Theory of the Firm*, Cambridge University Press, Cambridge, 1984; M. AOKI, *Corporations in Evolving Diversity*, Oxford University Press, Oxford, 2010; M. GELTER, *The Dark Side of Shareholder Influence: Managerial Autonomy and Stakeholder. Orientation in Comparative Corporate Governance*, in *Harvard International Law Journal*, 2009, 50, 1, pp. 129-134.

²⁸ Per il modello normativo di impresa socialmente responsabile, basato sul contratto sociale, si vedano: L. SACCONI, *A Social Contract Account For CSR as Extended Model of Corporate Governance (Part I): Rational Bargaining and Justification*, in: *Journal of Business Ethics*, 68 (3), 2006, pp. 259–81.; ID, *CSR As A Model of Extended Corporate Governance, An Explanation Based on the Economic Theory of Social Contract, Reputation and Reciprocal Conformism*, in F.Cafaggi (ed.), *Reframing Self-Regulation in European Private Law*, London: Kluwer Law International, 2006; ID, *A Rawlsian view of CSR and the Game Theory of its Implementation (Part I): The Multi-stakeholder Model of Corporate Governance*, in L. SACCONI, M. BLAIR, E. FREEMAN, A. VERCELLI (eds.), *Corporate Social Responsibility and Corporate Governance: The Contribution of Economic Theory and Related Disciplines*, Basingstoke : Palgrave Macmillan, 2010.

Persona artificiale con doveri fiduciari verso gli stakeholders.

Prima di tutto occorre definire per quali ragioni e sotto quali condizioni vi siano *stakeholders* dell'impresa, ovvero individui o gruppi che hanno interessi essenziali in gioco e *a rischio (at stake)* nella conduzione dell'impresa e che, per questo, avanzano *pretese* (legittime) su di essa. Per l'economista, è agevole indentificare *stakeholders* per due ragioni:

a) *Stakeholders in senso stretto* sono coloro che intraprendono investimenti specifici nelle loro transazioni *con e nell'*impresa: *manager*, lavoratori, fornitori di beni e servizi strumentali e di tecnologie dedicate, clienti che si avvalgono dei beni e servizi su una base fiduciaria, investitori di capitale finanziario – ma solo se immobilizzato nell'acquisto di costosi impianti, oppure se detengono quote molto significative del capitale sociale, tali che sia impossibile liquidarle senza determinare il crollo della quotazione delle azioni. Tali *stakeholders* nelle loro relazioni reciproche sono essenziali per la generazione di *surplus* da parte dell'impresa, e dipendono dall'impresa per la soddisfazione della loro aspettativa di partecipare alla distribuzione del *surplus*.

b) *Stakeholder in senso lato* sono invece quanti subiscono le esternalità *positive o negative* delle attività dell'impresa, ma non effettuano *transazioni* direttamente con l'impresa e nell'impresa.

Secondariamente, occorre sapere *verso chi* gli *stakeholders* indirizzano le loro *pretese*. L'impresa, né *scatola nera*, né solo come insieme di *stakeholders* coordinato da un'organizzazione, è un *agente artificiale*, che non si identifica direttamente con nessuna persona naturale – tanto meno l'azionista – e non può essere ridotto a mero mezzo nelle mani di particolari persone naturali, in quanto è dotato, attraverso la nozione di personalità giuridica, della capacità di possedere le sue risorse e patrimonio e di una propria capacità di agire con una certa indipendenza e autonomia rispetto ad ogni singolo o collezione di persone naturali e, in tal modo, perseguire scopi autodeterminati che non sarebbero alla portata delle persone naturali con cui sta in relazione.

E' insufficiente spiegare la personalità giuridica semplicemente col fatto che in tal modo si rende possibile la *responsabilità limitata* dei soci (separazione del patrimonio personale dal capitale conferito all'impresa, così da provvedere, assieme a una riduzione dei rischi sostenuti dai soci per il fallimento dell'impresa, anche un incentivo a investire). Anche

ammettendo che un *agente artificiale* sia una “costruzione” legale che serve interessi di *altre* persone (naturali) e non una specie di “super-persona” a sé, bisogna riconoscere che l’istituzione della personalità giuridica dell’impresa serve a costituire un agente artificiale che può agire in nome e per conto di molteplici agenti naturali che rappresenta, che tuttavia non si identifica col volere di nessuno in particolare, ma può essere imparziale tra essi, può compiere azioni e perseguire scopi che le persone naturali non possono perseguire, e permette una varietà di combinazioni tra i loro interessi. Di qui, l’importanza dei *doveri fiduciari* degli amministratori e dei *manager* dell’impresa, in quanto è l’insieme di tali doveri che identifica per quali scopi, ragioni e interessi (e di quali persone naturali) l’agente artificiale è costituito, quali esso rappresenta e deve servire.

La migliore comprensione dei *doveri fiduciari* in genere è che tra il fiduciario e il fiduciante vi sia una relazione *fiduciaria*, che è il contraltare della posizione di *autorità formale* che il fiduciario occupa verso il fiduciante²⁹. Il fiduciante non è in grado di prendere certe decisioni o perseguire certi interessi e allora pone in essere una delega di autorità verso il fiduciario, cui trasferisce il diritto di prendere decisioni con ampio margine di discrezionalità, facendo uso di risorse del fiduciante e anche richiedendo una certa conformità della sua condotta alle disposizioni del fiduciario. Così, le ragioni per agire del fiduciario prendono il posto dell’autonoma determinazione del fiduciante, caso per caso. La motivazione di questa accettazione è però ancora una *ragione per agire* del fiduciante (che, quindi, resta un agente autonomo). Egli accetta tale autorità poiché crede che essa sia un mezzo, sebbene indiretto e fuori dal suo controllo, per servire in ultima istanza un interesse, o una ragione per agire, del fiduciante stesso – che egli non saprebbe soddisfare direttamente. Così, egli si “fida” del fiduciario, cioè *ha l’aspettativa* che l’autorità concessagli sia funzionale, in ultima istanza, all’interesse del fiduciante stesso. Da un lato, vi è perciò la “pretesa” che l’effetto ultimo della relazione sia servire un interesse del fiduciante, dall’altra rispettivamente vi è un “dovere” del fiduciario: il *dovere fiduciario* di

²⁹ J. RAZ, *Authority and Justification*, *Philosophy and Public Affairs*, 1985, 14, 1, pp. 3-29; R. FLANNIGAN, *The Fiduciary Obligation*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 1989, 9, pp. 285-294

esercitare l'autorità concessagli per perseguire in ultimo un interesse del fiduciante.

Se applichiamo questa nozione di dovere fiduciario alla relazione tra la persona artificiale dell'impresa e le persone naturali che essa rappresenta, e in nome e per conto delle quali essa agisce, si vede allora che l'aspetto essenziale è che tra di loro *esista una relazione di autorità formale*: le persone naturali accettano l'autorità dell'agente artificiale sull'impiego delle loro risorse, la direzione delle loro condotte e dei loro affari, la scelta degli scopi intermedi delle loro azioni, poiché si aspettano che sia in ultima istanza funzionale ai loro scopi o interessi.

Ciò che l'approccio degli *stakeholders* aggiunge alla discussione fin qui svolta è la proposizione secondo cui i doveri fiduciari dell'impresa come agente artificiale debbano essere riferiti agli *stakeholders*, e in particolare gli *stakeholders in senso stretto*, non solo ai proprietari di quote del capitale con cui l'impresa si finanzia. La possibilità di rappresentare, combinare e bilanciare un'ampia varietà di interessi e di ragioni per agire grazie alla costituzione di un agente artificiale che non è immediatamente riducibile a nessun particolare agente naturale, è la vera natura e ragione d'essere dell'impresa come persona artificiale. Un'istituzione che rappresenta e combina gli interessi di *stakeholders* molteplici non è la semplice manifestazione della personalità dell'imprenditore.

Infatti, per tutti gli *stakeholders in senso stretto*, è vero che essi accettano una relazione di autorità con l'impresa, delegando alle decisioni della *persona artificiale* il compito di perseguire i loro interessi, che non possono altrimenti perseguire in prima persona (ad esempio, attraverso contratti classici). Entrando in contratti incompleti, ma "completati" dalla struttura di governo, che affida le decisioni residuali di controllo alla persona artificiale dell'impresa e a chi la dirige, tali *stakeholders* accettano di cedere quote di sovranità in vista del fatto che le decisioni residuali siano prese in modo da evitare comportamenti opportunistici e proteggere i loro investimenti specifici e la possibilità di trarre beneficio dal loro valore.

Tale considerazione si applica agli *stakeholders* in virtù della loro relazione *lock-in* con l'impresa, dalla quale cioè non possono uscirne a causa di costi non recuperabili, o che sono in posizione di subordinazione formale all'autorità dell'impresa. Ciò è vero, in particolare per i dipendenti. Nell'accettazione del contratto di lavoro dipendente è, infatti,

implicita la delega di autorità che presuppone che il lavoratore si fidi che l'impresa condurrà le proprie sue azioni in modo da non mettere a rischio la continuità del rapporto e la possibilità di trarre in futuro beneficio dagli investimenti in capitale umano con avanzamenti economici, di carriera, ecc. Ciò vale, nondimeno, anche per fornitori di tecnologie dedicate, *partners* d'affari di lungo periodo in una posizione subalterna, i clienti che abbiano compiuto un investimento specifico in informazione sulle caratteristiche dell'impresa per selezionarla quale fornitore cui affidarsi in futuro e per gli investitori di capitale finanziario immobilizzato nell'acquisto degli impianti. Questa delega di autorità (più o meno estesa) implica che la persona artificiale rappresenti in parte i loro interessi e persegua in parte i loro scopi.

Efficienza, molteplicità degli stakeholders e contratto sociale.

Che questa concezione della natura dell'impresa garantisca una soluzione più efficiente della soluzione basata sulla primazia di una singola categoria (nella visione oggi prevalente tra gli economisti, gli *shareholders*), dovrebbe essere evidente. Dal momento che i doveri fiduciari estesi e bilanciati garantiscono la responsabilità di chi conduce l'impresa verso tutti i soggetti autori di investimenti specifici o che apportano risorse complementari in grado di generare *surplus*, e che così l'"agente artificiale" previene le azioni opportunistiche, ciò induce incentivi multilaterali efficienti all'investimento e quindi alla creazione del *surplus*. Rispetto al dogma della *shareholder primacy*, ciò permette uno spostamento in direzione del *first best*, dato che ogni struttura di proprietà e controllo unilaterale, sacrificando gli investimenti specifici dei non controllanti, non può che essere *second best* o anche peggio. Il modello alternativo di tipo unilaterale, in effetti, produce necessariamente benefici per una categoria, ma deprime gli incentivi delle altre. Perciò, tutte le volte che vi siano in gioco investimenti multilaterali e risorse complementari, il modello in cui l'impresa è una persona artificiale con doveri fiduciari multi-*stakeholder* è in linea di principio più efficiente.

Nonostante la proposizione precedente sia poco più di un truismo, i sostenitori dell'approccio della *shareholder primacy* si appellano ad argomenti contro la fattibilità dell'approccio multi-*stakeholders*. La ragione sarebbe che gli *stakeholders* sono molteplici e hanno interessi tra

loro in conflitto. Come potrebbe allora l'agente artificiale (impresa) avere uno *scopo univoco* e ben definito in modo da seguire coerentemente una strategia? Essendo gli interessi tra loro contrastanti, doveri fiduciari verso interessi contrastanti non potrebbero esser tra loro compatibili. *Stakeholders* con interessi conflittuali sarebbero incompatibili con la nozione di una funzione-obiettivo da massimizzare. Ogni *stakeholder* avrebbe una *sua* funzione-obiettivo, ma la composizione di obiettivi incompatibili non darebbe all'impresa alcuna univoca funzione obbiettivo da massimizzare.

L'enfasi posta su questo problema è molta³⁰, ma in verità la risposta è abbastanza semplice: l'impresa non deve perseguire *separatamente* l'interesse di ciascuno *stakeholder*, ma perseguire l'obbiettivo comune identificato *dal loro accordo*. L'accordo risultante dall'equa contrattazione tra gli *stakeholders* è il loro interesse comune ed identifica la funzione-obiettivo dell'impresa.

Ovviamente, perché questa risposta abbia senso occorre che un accordo equo sia possibile. Ma *stakeholders* con interessi differenti non sono necessariamente imprigionati in un gioco a *somma zero*. Anzi per definizione, l'impresa che realizza la produzione di squadra in quanto più vantaggiosa della produzione separata tra agenti distinti, è necessariamente un gioco ad *interessi misti* (non identici), ove i giocatori (*stakeholders*) condividono un *interesse comune* a cooperare per generare un *surplus* tanto grande quanto è possibile, evitando gli esiti di conflitto, assieme *all'interesse conflittuale* di tipo distributivo ad appropriarsi della quota più gradevole possibile del *surplus* (a scapito degli altri). In un gioco di questa natura, solo risolvendo il problema distributivo, trovando cioè un accordo su una ripartizione mutuamente accettabile del valore creato, le parti possono anche accordarsi su piano di azione comune mediante il quale produrre un *surplus*. I due aspetti non vanno separati. Conflitto e cooperazione sono compresenti e un accordo deve dare soluzione simultanea ad entrambi i problemi.

³⁰ M.C. JENSEN, *Value Maximization, Stakeholder Theory, and the Corporate Objective Function*, in *Journal of Applied Corporate Finance*, 2001; A.M. MARCOUX, *A Fiduciary Argument against Stakeholder Theory*, in *Business Ethics Quarterly*, 2003 e più recentemente S.F. MANSELL, *Capitalism, Corporations and the Social Contract*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013

L'idea di accordo è centrale in una tradizione ben nota di filosofia politica e della stessa economia delle istituzioni: quella del *contratto sociale*³¹. Nel nostro contesto, essa diventa il *contratto sociale tra gli stakeholders* come base per la costituzione dell'impresa come *persona artificiale*. D'altra parte, Rawls definisce la società entro la quale si partecipa per via di contratto sociale come un'*impresa cooperativa per il mutuo vantaggio*. Al contempo, egli caratterizza le *circostanze di giustizia* esattamente come un gioco a interessi misti³². Infine, che il contratto sociale sia una prospettiva adeguata ad illuminare l'accordo tra gli *stakeholders* è abbastanza naturale se si considera che l'accordo serve a creare, assegnandogli interessi da perseguire, un'entità artificiale dotata di personalità giuridica alla cui autorità formale gli *stakeholder* decidono di sottomettersi per perseguire scopi che altrimenti non potrebbero proporsi – il che ripropone uno schema abbastanza analogo alla spiegazione dell'istituzione centrale per la tradizione del contratto sociale, cioè lo Stato. Alla luce del modello di contratto sociale, è ovvio che l'interesse assegnato all'agente artificiale non è perseguire l'interesse di *ciascuno stakeholder* separatamente preso, ma perseguire un piano di azione comune che richiede i contributi dei vari *stakeholders* e, al contempo, prevede la distribuzione dei benefici dell'azione cooperativa secondo il criterio concordato via contratto sociale.

Perché questo accordo non dovrebbe fissare un obiettivo univoco?

Non c'è bisogno che questo accordo abbia avuto storicamente luogo in una qualche assemblea tra tutti gli *stakeholders* dell'impresa all'epoca della sua fondazione.

Come nella tradizione del contratto sociale, esso è un accordo ipotetico che ciascun agente può ricostruire mediante l'esperimento ideale di mettersi in una posizione originaria rispetto alla costituzione dall'impresa, una prospettiva dalla quale ciascun *stakeholder* può verificare se sono rispettate le condizioni di accordo per la sua entrata nella posizione in cui delega autorità all'impresa come persona artificiale circa la presa delle decisioni *ex ante* non contrattate che riguardano la sua relazione transattiva con gli altri partecipanti.

³¹ J. RAWLS, *A Theory of Justice*, cit.; J. BUCHANAN, *The Limits of Liberty*, cit.; D. GAUTHIER, *Morals by Agreement*, Oxford University Press, Oxford, 1986;

³² J. RAWLS, *A Theory of Justice*, cit.

L'accordo è favorito dallo stratagemma informativo del *velo di ignoranza*, che permette a ciascun *stakeholder* di stabilire quale sia il miglior piano di azione comune e quale sia la distribuzione accettabile dei costi e dei benefici prescindendo dalla sua identità particolare e considerando a turno il punto di vista di ciascun altro *stakeholder* coinvolto. Ciò permette a ogni *stakeholder* di calcolare quale scelta sarebbe invariante sotto la permutazione del punto di vista di ciascuno degli *stakeholders*. L'agente artificiale, o meglio gli amministratori o il *management* che agiscono per suo conto, si mettono in successione nella posizione di ogni *stakeholder*, trovano il limite di concessione sotto il quale nessuno può andare (che nel nostro contesto equivale ai costi non recuperabili sostenuti per fare investimenti specifici), calcolano quali accordi ciascun *stakeholder* potrebbe accettare, e, infine, indentificano quale di questi accordi sia invariante alla permutazione del punto di vista, cioè è ugualmente accettabile da tutti gli *stakeholders*.

Soluzione della contrattazione e univocità della funzione obbiettivo.

Siccome, tuttavia, il preconetto è duro a morire, prendiamo nondimeno in considerazione l'obiezione che tale esercizio di ricerca dell'accordo possa non condurre a nulla di chiaramente specificato e altrettanto utilizzabile, per fissare lo scopo dell'impresa, come la *massimizzazione del valore per gli azionisti*. Dapprincipio, si deve escludere che i termini di accordo accettabili dall'uno siano tutti incompatibili con i termini di accordo accettabili dall'altro *stakeholder*, dal momento che ciò ci riporterebbe al contesto *zero-sum* che abbiamo già accantonato. Tuttavia, le possibili distribuzioni di una quantità efficiente di *surplus* associata ad azioni comuni, che gli *stakeholders* avrebbero un interesse reciproco di accettare per evitare il rischio di non accordarsi affatto, potrebbero essere molte e non esser disponibile un criterio univoco per selezionarne una soltanto.

Questa era la convinzione prevalente dei teorici della contrattazione fino alla metà del secolo scorso, cioè che la contrattazione avesse soluzioni contingenti dovute alle proprietà psicologiche delle parti, pur all'interno di un insieme degli accordi efficienti. Da oltre sessant'anni sappiamo, invece, che i giochi di contrattazione – che stabiliscono quale strategia congiunta selezionare in un gioco cooperativo – hanno una soluzione univoca, ed essa coincide con la scelta dell'accordo per il quale il

prodotto (cioè la *moltiplicazione*) delle vincite individuali dei giocatori al netto del pagamento per lo *status quo* (cioè per l'esito di non accordo) è massimizzato³³. Quello che ne risulta è un criterio piuttosto preciso per stabilire la funzione-obiettivo della persona artificiale che chiamiamo impresa: in ogni situazione, essa seleziona la strategia congiunta, la quale affida un'azione a ciascuno *stakeholder*, che tra le alternative rende tanto grande quanto è possibile il *prodotto* (non la somma) tra i *surplus* (sopra

³³ Cfr. NASH J., *The Bargaining Problem*, in *Econometrica*, 1950; J.C. HARSANYI, *Rational Behaviour and Bargaining Equilibrium in Games and Social Situations*, Cambridge University Press, Cambridge, 1977, trad. it. *Comportamento razionale e equilibrio di contrattazione*, Il Saggiatore, Milano 1985.

La soluzione si basa su ipotesi (assiomi) elementari, quali che le parti non accetterebbero un accordo a meno che non riconoscesse loro almeno quello che potrebbero avere in assenza dell'accordo. Nel nostro caso gli stakeholder non accetteranno un accordo a meno che esso non li risarcisca almeno dei costi non recuperabili degli investimenti specifici. Si pone cioè come condizione base che l'accordo sia immunizzato dall'opportunismo nella ricontrattazione dei contratti. In aggiunta la soluzione si basa sull'assunto che l'accordo cada su uno dei molti piani di azione comune che generano un esito aggregato efficiente (cioè situato sulla frontiera degli esiti efficienti nel senso di Pareto). Infine qualora l'insieme degli esiti raggiungibili attraverso la contrattazione, espresso attraverso le vincite degli stakeholder, sia simmetrico – cioè le parti abbiano uguali opportunità di cooperazione e di contrattazione – allora l'intuizione è che la soluzione debba essere egualitaria (risiedere sulla bisettrice dello spazio degli esiti). Questo è assiomatico per il caso simmetrico. Ma la proprietà della soluzione egualitaria di essere l'accordo che massimizza il prodotto di Nash si conserva anche in altri casi, è cioè invariata alle trasformazioni dell'insieme degli esiti possibili ottenute mediante l'eliminazione o l'aggiunta di alternative irrilevanti, oppure che derivano dalla possibilità di esprimere le utilità degli agenti con unità di misura differenti, che quindi cambiano completamente la rappresentazione dell'insieme degli esiti. La soluzione è robusta contro varie riformulazioni del processo contrattuale e in particolare è la soluzione cui convergerebbe un processo di contrattazione a più mosse tra agenti razionali che cercano di massimizzare la propria quota nella distribuzione di una torta, che dipende dalla loro cooperazione, e quindi sotto l'assunto che nessuno di loro si aspetti che la controparte possa accettare un accordo che egli non accetterebbe a sua volta (cfr. J.C. HARSANYI, *Rational Behaviour and Bargaining*, cit.).

il costo degli investimenti specifici) che gli *stakeholders* ottengono dall'esecuzione degli accordi. La persona artificiale non ha alcuna "dissociazione di personalità", perché non persegue interessi separati ed incompatibili, ma segue una funzione aggregativa degli interessi che può esser massimizzata. Così facendo, essa rispetta varie *ragioni per agire* degli *stakeholders*, quali (i) che l'accordo non possa essere controproducente, (ii) che l'accordo debba essere efficiente e (iii) che esso sia equo, nel senso di essere tanto egalitario quanto in proporzione lo è l'insieme delle opportunità di cooperazione tra le parti (il che è sempre vero sotto l'ipotesi di velo d'ignoranza e di scambio del punto di vista tra gli *stakeholder*).³⁴ E dà soddisfazione alle preferenze di ciascuno *stakeholder* nella misura in cui sono compatibile con quelle degli altri, cioè permette a ciascuno di allargare il suo *surplus* della cooperazione fino al punto in cui la corrispettiva diminuzione del *surplus* della controparte non violi la richiesta che il loro *prodotto* (l'aggregato via moltiplicazione) sia massimo³⁵.

Contratto sociale ed emergenza dell'impresa.

Fin qui, il modello del contratto sociale è stato utilizzato per identificare lo scopo dell'impresa, intesa come *agente artificiale*, al di sopra delle persone naturali che lo compongono o interagiscono con lui. Ma il contratto sociale è anche un potente schema di "spiegazione potenziale", che ci dice come per via d'accordo possano essere sorte o essere state costituite le istituzioni sociali più importanti, in questo caso l'impresa. A

³⁴ K. BINMORE, *Natural justice*, Oxford University Press, Oxford, 2005.

³⁵ M. AOKI, *The Cooperative Game Theory of the Firm*, cit.; ID., *Corporations in Evolving Diversity*, cit.; per l'applicazione della soluzione della contrattazione di Nash al contratto sociale dell'impresa vedi: L. SACCONI., *Economia, etica e organizzazione*, cit.; L. SACCONI, *A Social Contract Account For CSR as Extended Model of Corporate Governance (Part I)*, cit., pp. 259-81; ID., *CSR As A Model of Extended Corporate Governance*, cit.; ID., *A Rawlsian view of CSR and the Game Theory of its Implementation (Part I): The Multistakeholder Model of Corporate Governance*, cit.; ID., *A Rawlsian View of CSR and the Game Theory of Its Implementation (Part II): Fairness and Equilibrium*, cit.

tal fine distinguiamo *due stadi* del contratto sociale tra gli *stakeholders*³⁶.

Il *primo* contratto sociale (*pactum unionis*) stabilisce l'accordo tra *stakeholders* di dare vita ad associazioni produttive, il cui scopo è di permettere agli *stakeholders in senso stretto*, riguardo a un dato insieme di transazioni correlate, di svolgere le loro transazioni in modo da utilizzare le proprie dotazioni costituzionali di beni sociali primari e capacità per fare investimenti specifici e, quindi, trarne beneficio in proporzione ai contributi dati, senza subire l'opportunismo altrui. Nascono, allora, associazioni tra soggetti responsabili di investimenti e portatori di risorse cognitive mutuamente complementari e reciprocamente indispensabili, alcuni che fanno investimenti specifici e altri che sono comunque indispensabili (cioè grazie alla loro presenza le risorse controllate da altri individui sono usate in maniera produttiva, così da permettere la cooperazione). La partecipazione degli *stakeholders in senso largo* serve allo scopo di venir assicurati circa il fatto che tali transazioni non genereranno effetti esterni negativi su di loro. In tal modo, l'associazione produttiva tra gli *stakeholders* pone fine allo "stato di natura" nel quale, a causa dell'incompletezza dei contratti e delle externalità, gli *stakeholders* sono opportunisti l'uno verso l'altro. Gli articoli fondativi di queste associazioni sono: l'impegno a (i) minimizzare gli effetti esterni negativi, (ii) porre fine ai comportamenti opportunistici che sfruttano le lacune dei contratti incompleti nelle transazioni che occorrono tra i membri dell'associazione, (iii) produrre un *surplus* efficiente attraverso la produzione congiunta e (iv) distribuirlo in modo equo.³⁷

Al secondo stadio, interviene un secondo contratto sociale (*pactum subjectionis*). A questo punto gli *stakeholders* aderenti all'associazione produttiva realizzano che le relazioni transattive incompletamente regolate dall'accordo associativo, anche se non permettono a nessuno la

³⁶ SACCONI L., *CSR As A Model of Extended Corporate Governance*, cit.

³⁷ Il primo stadio del contratto sociale dell'impresa tra gli stakeholder recepisce nella "carta costituzionale dell'impresa" gli esiti del contratto costituzionale, è cioè ciò che garantisce il passaggio dalla prima alla seconda fase della teoria della giustizia distributiva in due fasi richiamata nella sez.5.

completa discrezionalità circa le decisioni non previste e non contrattate, vanno tuttavia soggette a costosi processi di scelta collettiva, ricerca dell'unanimità, voto a maggioranza per la gestione *day by day* degli affari dell'associazione. È quindi più efficiente stabilire una struttura di governo, alla quale assegnare la presa di tali decisioni, delegando autorità su di esse a qualcuno tra gli *stakeholders* che assuma la guida dell'organizzazione ora dotata di *personalità artificiale*. A tale struttura di governo possono anche essere delegate altre funzioni, quali il monitoraggio contro il “*moral hazard*” o favorire le scelte collettive proponendo soluzioni focali che facilitino la coordinazione tra gli *stakeholders*. L'aspetto essenziale del secondo contratto sociale – con il quale la costruzione della persona artificiale dell'impresa può dirsi compiuta – è che la delega di autorità, che alloca il diritto di prendere decisioni residuali, non ammette l'espropriazione unilaterale del valore degli investimenti specifici da parte dell'agente posti alla guida dell'agente artificiale. Chi governa prende le decisioni discrezionali che favoriscono la valorizzazione degli investimenti ed evitano l'appropriazione opportunistica, ma non si appropria egli stesso del valore minacciando gli altri di esclusione, poiché “deve” rispettare gli articoli costitutivi dell'associazione produttiva multi-*stakeholders* da cui promana la sua autorità. Per questa via, il secondo contratto sociale può generare diverse forme di impresa in modo da minimizzarne i costi di governo, ma sempre sotto il vincolo del rispetto dei doveri fiduciari estesi verso i membri dell'associazione produttiva.

Infatti, questa prospettiva non esclude che la struttura dei diritti possa essere differenziata sulla base delle caratteristiche contingenti delle transazioni. Da una simmetrica condivisione dei diritti residuali di controllo tra due o più *stakeholders* (come nel caso di un'impresa sociale strettamente multi-*stakeholder* i cui soci siano utenti, donatori e lavoratori), a una struttura molto più *asimmetrica*, in un cui una parte detenendo la proprietà detiene i diritti di decisione residuali su certe materie, ma, al contempo, tali diritti sono vincolati da complementari responsabilità degli amministratori verso altri *stakeholders* volti a bilanciare gli interessi (come nella *public company* anglosassone sottoposta al vincolo di *responsabilità sociale*). Infine, gli stessi diritti di decisione residuale possono esser distribuiti in modo *graduato* e *non perfettamente simmetrico* tra diverse categorie di *stakeholders*, a diversi

livelli e su diverse materie, garantendo in ogni caso ai non proprietari diritti di informazione, consultazione e sorveglianza, e su alcune materie un potere di veto e un obbligo per di detiene la proprietà di accordarsi (come accade nel modello di co-determinazione).

7. *Spontaneità, autoregolazione e ruolo delle istituzioni.*

Giunto a questo punto, il lettore si sarà domandato perché, dal momento che nell'impresa l'efficienza è associata all'equità, l'imprenditore non garantirebbe in modo spontaneo l'equo bilanciamento e la responsabilità verso gli *stakeholders*. In fin dei conti, l'efficienza dell'impresa non è nell'interesse personale dell'imprenditore? Perché allora non basta la discrezionalità e – come sosterremo – occorrono le *istituzioni* (*soft law* o, meglio, il *diritto del lavoro* e più ancora le riforme della *corporate governance*) per avere la meglio sull'abuso di autorità?

La ragione è semplice: agire opportunisticamente – cioè iniquamente – contro l'efficienza aggregata dell'impresa non è necessariamente contro l'interesse personale. Vi può essere un interesse privato all'espropriazione degli investimenti altrui, anche se nell'insieme ciò implica una riduzione della cooperazione in periodi successivi. Nel breve, appropriarsi della "totalità" di una torta più piccola può essere più vantaggioso che ripartire "equamente" una torta di dimensioni maggiori. E nel lungo periodo potremmo non essere più interessati a quella torta.

Il *dilemma del prigioniero* è lo schema di interazione paradigmatico in cui l'unica combinazione di strategie individualmente razionali è la defezione dal mantenimento di un accordo che impegnerebbe le parti a una condotta cooperativa. Sebbene l'esito mutuamente migliore per entrambe le parti sarebbe il rispetto dell'accordo, tuttavia, è individualmente dominante defezionare per sfruttare la cooperazione altrui senza fare la propria parte, e, al contempo, per proteggersi dalla scelta opportunistica della controparte. Il risultato è la reciproca defezione che genera certamente un esito inferiore al reciproco mantenimento dell'accordo, ma ciò nondimeno individualmente razionale. Tale logica, prevale se gli agenti hanno interessi di breve periodo o sono miopi, cioè non considerano che la ripetizione a lungo andare della medesima relazione può indurre considerazioni differenti. Ma, in effetti, non tutti i legami con l'impresa sono a lungo termine. Un azionista può voler vedere a breve le sue quote. Il *manager* può avere più

lucrose opportunità di carriera altrove. La figlia può non desiderare di dedicare tutta la vita all'impresa come il padre. Questi, giunto alle soglie della senilità, può perdere la testa per un'esotica bellezza, e non trovare più interesse per la saggia amministrazione dell'impresa. Analoga situazione può essere determinata dall'interferenza di altri interessi (o interessi in conflitto) per i quali un imprenditore può sacrificare gli investimenti dell'impresa A in vista delle opportunità di fare affari con B, in conflitto con A.

Ciò nondimeno, ogni economista che si rispetti ha un'intera batteria di argomenti a favore della possibilità che la cooperazione efficiente emerga a livello endogeno come un equilibrio dall'interazione tra le parti e, quindi, sia frutto di auto-regolazione degli agenti. Tali argomenti sono basati sull'idea che i giochi tra impresa e suoi *stakeholders* siano normalmente giochi ripetuti. L'argomento più convincente e insieme realistico è quello basato sui *giochi di reputazione*. Un imprenditore, che resti indefinitamente capo dell'impresa, può formarsi una reputazione circa la sua disposizione ad abusare della fiducia dei suoi collaboratori quando esercita autorità. È abbastanza naturale per l'imprenditore (se non è affetto da miopia) che una serie di scambi cooperativi di durata indeterminata con lavoratori che decidono se entrare in relazione con lui sulla base delle loro credenze circa la probabilità che egli sia un tipo che abusa o non abusa, sia preferibile di sfruttare una singola occasione per abusare della sua autorità, dopo di che per un lungo lasso di tempo nessuno più si fiderà di lui. Data questa situazione, è una scelta razionale per l'imprenditore sostenere la sua reputazione d'essere un "tipo" che rispetta "l'impegno" di non abusare. Gli effetti di reputazione fanno sì che esista un equilibrio in cui i lavoratori da un certo momento in poi danno fiducia e l'imprenditore non abusa mai di loro³⁸.

Tuttavia, l'emergenza di un equilibrio di fiducia e "non-abuso" in un gioco di reputazione è un risultato estremamente "fragile"³⁹. In primo

³⁸ D. FUDENBERG, - D. LEVINE, *Reputation and Equilibrium Selection in Games with a Patient Player*, in *Econometrica*, 57, 1989.

³⁹ D. KREPS, *Corporate Culture and Economic Theory*, in J. ALT-K. SHEPSLE (edited by), *Perspectives on Positive Political Economy*, Cambridge University Press, Cambridge, 1990; L. SACCONI, *Economia, etica e organizzazione*, cit.

luogo, il comportamento dell'imprenditore coerente con l'impegno di non abusare, mai deve essere osservabile in ogni periodo, altrimenti i lavoratori non avranno una base su cui apprendere e formarsi le loro credenze. Soprattutto però occorre escludere che accadano eventi impreveduti alla luce dei quali la strategia coerente con l'impegno di non abusare sia male specificata o muta. Ovvero, non deve accadere che a causa di una contingenza impreveduta sia impossibile riconoscere con chiarezza cosa l'impegno chieda all'imprenditore e, quindi, come interpretare la sua condotta. Una strategia che stabilisca concretamente le azioni da tenere in riferimento a tutte le situazioni previste, può restare muta di fronte a situazioni imprevedute sulle quali nessun impegno era stato preso. Anche in questo caso, il meccanismo di apprendimento collasserebbe e nessun effetto di reputazione sarebbe possibile. Ma, si rifletta, il contratto tra lavoratore e impresa è per definizione incompleto e richiede per questo una relazione di autorità che riempia le falle del contratto stesso e stabilisca *ex post* le azioni da intraprendere. Al contempo, ciò apre la strada alla possibilità di abuso. Dunque, la possibilità di eventi impreveduti dai contratti è costitutiva della relazione che stiamo discutendo. Come è perciò possibile che gli effetti di reputazione permettano di evitare l'abuso di autorità, se l'impegno a non abusare e la strategia che gli corrisponde sono male specificati e non univocamente interpretabili, quando si sia in presenza di eventi impreveduti, talché nessuna reputazione può essere accumulata dall'osservazione del comportamento dall'imprenditore in queste circostanze?

La conclusione provvisoria, che possiamo trarre, è che il meccanismo reputazionale non opera in modo spontaneo attraverso la semplice scelta delle strategie dell'imprenditore. Esso richiede l'intervento di norme e principi, codici e regole di condotta concordate e annunciate aprioristicamente in grado di poter prendere impegni significativi, anche se vaghi, in relazione a stati del mondo *ex ante* impreveduti⁴⁰. In altre parole, occorre un'istituzione – seppure di *soft law* – per riempire le falle cognitive che altrimenti renderebbero impossibili gli effetti di

⁴⁰ L. SACCONI, *Economia, etica e organizzazione*, cit.

reputazione. La mera discrezionalità dell'impresa nella scelta autoreferenziale delle sue strategie non è sufficiente⁴¹.

Ma se ora ammettiamo che gli effetti di reputazione siano efficaci, dovremo ammettere che di reputazioni ce ne sono sempre molte. Tra queste, purtroppo, anche una reputazione che indurrebbe il lavoratore ad accettare un grado sostanziale di abuso di autorità in quanto la condotta dell'impresa – sulla quale essa ha accumulato una reputazione nelle prime fasi del gioco – è una combinazione probabilistica di abuso e non abuso (di osservanza dei principi e di non osservanza) calibrata in modo tale che il lavoratore risulti essere indifferente tra le due scelte. Ciò (in mancanza di motivi diversi dall'auto-interesse) spingerebbe il lavoratore ad essere acquiescente di fronte all'abuso, dal momento che l'opzione di non entrare in relazione con l'impresa darebbe in media un risultato uguale o inferiore. È chiaro che un imprenditore egoista e razionale, sia pure attento alla formazione della sua reputazione, preferirebbe costruirsi esattamente questa reputazione di abuso sofisticato, che gli consente di espropriare un'ampia fetta del *surplus* derivante dalla transazione col lavoratore. Ma non possiamo dire che in questo caso gli effetti di reputazione sostengano l'emergere spontaneo dell'osservanza di doveri fiduciari estesi.

È impossibile perciò affermare che, in generale, le tre proprietà desiderabili di "equità, efficienza e equilibrio" tendano a coincidere spontaneamente, in assenza di un disegno istituzionale che favorisca tale convergenza. Infatti, mentre nell'impresa la cooperazione equa è anche efficiente, e nel lungo periodo può essere sostenuta, come uno stato di equilibrio, nel breve periodo, questa proprietà di equilibrio può non essere vera. Al contempo, esistono equilibri in cui i partecipanti non agiscono né equamente, né tanto meno efficientemente, che tuttavia possono conservarsi abbastanza a lungo. Se poi si considera il lungo periodo e la ripetizione (indefinita) delle transazioni, la situazione semplicemente si complica: in realtà *tutto è possibile*. Gli effetti di reputazione possono sostenere in equilibrio sia l'esito equo ed efficiente, in cui l'impresa non abusa ed il lavoratore entra nella relazione fiduciaria, sia esiti non equi in cui ciò nondimeno l'impresa si appropria di gran parte del *surplus* poiché il lavoratore è acquiescente, così come

⁴¹ L. SACCONI, *CSR As A Model of Extended Corporate Governance*, cit.

molte altre combinazioni intermedie. Infine, è un equilibrio anche la decisione di stare fuori dalla relazione, poiché l'impresa ha la reputazione di abusare sempre, e non spendere tempo a farsi una buona reputazione dal momento che i lavoratori non entrano.

Dato questo quadro, il problema centrale non è l'assenza di equilibri che sostengano transazioni eque ed efficienti tra il lavoratore e l'impresa, ma l'enorme molteplicità degli equilibri possibili e, perciò, la necessità di disporre di meccanismi che favoriscano la selezione degli equilibri migliori.

Qui, di nuovo, bisogna riconoscere il *ruolo delle istituzioni*. Più ancora che per imporre l'osservanza di norme e regole via sanzioni, il ruolo della *scelta collettiva sulle istituzioni* è selezionare equilibri migliori di altri, generando un sistema di aspettative e motivazioni endogene che poi operano a sostegno dell'osservanza della stessa istituzione rendendola auto-vincolante. Forse inaspettatamente, il ruolo più importante della scelta collettiva su istituzioni – frutto di accordo collettivo, di azione collettiva o scelta pubblica – non è garantire l'esecuzione delle condotte desiderabili attraverso l'irrogazione di sanzioni, ma suscitare forze endogene, preferenze e credenze, che sostengano l'osservanza della stessa istituzione prescelta⁴².

Il meccanismo (o logica d'interazione) più importante da questo punto di vista non è tanto quello della reputazione, quanto la "reciprocità". La nozione di reciprocità qui rilevante è bene illustrata dai *giochi psicologici* (un nuovo settore dell'economia del comportamento – c.d. *behavioral economics*). In un gioco psicologico, gli agenti non hanno solo preferenze per gli esiti materiali, ma traggono utilità anche dalla credenza reciproca che ciascuno segua (si conformi a) le stesse norme o principi di giustizia. Nel modello delle preferenze di conformità⁴³, ciò dipende dal

⁴²K. BINMORE, *Natural justice*, cit.; M. AOKI, *Corporations in Evolving Diversity*, Oxford University Press, Oxford, 2010.

⁴³G. GRIMALDA-L. SACCONI, *The Constitution of the Not-for-Profit Organisation: Reciprocal Conformity to Morality*, *Constitutional Political Economy*, 16, 3, 2005, pp. 249-276; G. GRIMALDA-L. SACCONI, *Ideals, conformism and reciprocity: A model of Individual Choice with Conformist Motivations, and an Application to the Not-for-Profit Case*, in P.L. PORTA-L. BRUNI (edited by), *Handbook of Happiness in Economics*, Edward Elgar, Cheltenham, 2007; L. SACCONI, *A Social Contract Account for CSR*,

grado di conformità che ogni agente pensa di tenere condizionatamente a ciò che egli si aspetta dagli altri, e dal grado di conformità che *egli reciprocamente si aspetta* dagli altri, data la previsione delle loro credenze sul suo comportamento. La componente motivazionale aggiuntiva interviene quando tutti gli agenti hanno aspettative reciproche di conformità (credono che la controparte si conformerà, credono che essa creda che loro si conformeranno ecc.). Allora, nelle loro preferenze entra un fattore aggiuntivo di tipo motivazionale (il desiderio di conformarsi) che può correggere gli incentivi materiali, generare nuove configurazioni di comportamenti in equilibrio, o rendere instabili vecchi equilibri in cui le parti perseguivano solo interessi materiali.

L'aspetto più interessante è che le preferenze psicologiche di conformità possono essere attivate da accordi imparziali o scelte collettive unanimi prese in una fase iniziale, su principi di giustizia. Si ammette che le parti, in una fase iniziale, precedente l'interazione strategica effettiva, facciano accordi imparziali ponendosi dietro ad un velo di ignoranza. Ad esempio, si accordino su un modello di bilanciamento equo tra gli *stakeholders* dell'impresa, senza conoscere il proprio ruolo nel gioco in cui è possibile l'abuso dell'imprenditore nei confronti del lavoratore. Nulla garantisce che in seguito intervenga un meccanismo che imponga dall'esterno l'esecuzione degli accordi presi, i quali potranno essere messi in atto solo da decisioni libere delle parti. Si pone, perciò, il problema dell'osservanza dell'accordo, che di per sé non vi sarebbe ragione di attendersi venga rispettato, poiché adeguare la propria condotta al principio concordato non è in linea con l'interesse materiale, una volta che si sia appreso il ruolo di imprenditore o di lavoratore. Tuttavia, i giochi psicologici e gli esperimenti condotti nei laboratori di economia sperimentale ci mostrano che in questo contesto possiamo aspettarci al

(Part II): *Compliance, Reputation and Reciprocity*', in: *Journal of Business Ethics*, 75, 2007, pp. 77-96 L. SACCONI, *A Rawlsian View of CSR and the Game Theory of its Implementation (III): Conformism, Equilibrium Refinement and Selection*, in L. SACCONI - G. DEGLI ANTONI (a cura di), *Social Capital, Corporate Social Responsibility, Economic Behaviour and Performance*, Palgrave Macmillan, Basingstoke, 2011; L. SACCONI - M. FAILLO, *Conformity, Reciprocity and the Sense of Justice. How Social Contract based Preferences and Beliefs Explain Norm Compliance: the Experimental Evidence*, in *Constitutional Political Economy*, 2010, 2, pp.171-201.

contrario una elevata conformità ai principi scelti per via d'accordo e un disponibilità a sanzionare i comportamenti non conformi.⁴⁴

Il meccanismo cognitivo e comportamentale qui descritto, in realtà, è noto da tempo, anche se l'economia del comportamento ha contribuito a renderlo analiticamente più chiaro e a testarlo sperimentalmente in laboratorio. È il *sensu di giustizia* già citato da J. Rawls nell'ultima parte della sua opera fondamentale (*A Theory of Justice*): un atteggiamento di reciprocità nella conformità a principi di giustizia che consentirebbe di stabilizzare istituzioni giuste, posto che sia pubblicamente noto che (i) tali istituzioni sono state scelte dietro al velo d'ignoranza e che (ii) le parti si aspettino reciprocamente che ciascuno stia dando attuazione ai principi.

Senza troppo approfondire aspetti tecnici e verifiche sperimentali, si può affermare che ciò mostra l'importanza dell'accordo, cioè della scelta collettiva su principi per istituzioni, le quali, solo *dopo essere stati scelti*, sviluppano gli incentivi endogeni che spingono alla loro osservanza. Questo può apparire sorprendente rispetto al punto di partenza di questa sezione. Il comportamento unilaterale dell'impresa, dal momento che non passa attraverso la fase della comunicazione e dell'accordo imparziale su principi per istituzioni, non genera le motivazioni endogene sufficienti a prevenire l'abuso di autorità. Queste invece possono sostenere le istituzioni come equilibri psicologici *dopo* che una scelta collettiva e un accordo *in fase di comunicazione precedente al gioco* sia stato raggiunto. In altri termini, contrariamente alla dottrina dell'auto-regolazione dei mercati e della discrezionalità imprenditoriale, è piuttosto la norma frutto di azione collettiva (accordo sindacale o nuova legislazione), basata sulla discussione pubblica di tipo deliberativo, a svolgere la funzione essenziale nel produrre le forze endogene che sostengono un nuovo stato

⁴⁴ SACCONI L.-FAILLO M., *Conformity, Reciprocity and the Sense of Justice. How Social Contract based Preferences and Beliefs Explain Norm Compliance: the Experimental Evidence*, cit., pp.171-201; SACCONI L.-FAILLO M.-OTTONE S., *Contractarian Compliance and the 'Sense of Justice': A Behavioral Conformity Model and Its Experimental Support*, *Analyse & Kritik*, 2011, 3, pp. 273-310. M. FAILLO - S. OTTONE S. - L. SACCONI, *The social contract in the laboratory. An experimental analysis of self-enforcing impartial agreements*, in *Public Choice*, vol. 163, No.3-4, (2015) pp. 225-246

di equilibrio nel sistema di interazione dell'impresa. Se vogliamo prevenire l'abuso di autorità, non c'è dunque alternativa a considerare le istituzioni. Ma quali istituzioni?

8. *La disciplina dei licenziamenti.*

La prima istituzione che consideriamo come prevenzione contro l'abuso d'autorità e creazione di responsabilità dell'impresa verso il lavoratore è la disciplina dei licenziamenti, in particolare nella forma che aveva l'art. 18 prima della recente riforma.

Prima della riforma.

Come è noto, la versione originaria dell'art.18 prevedeva che il giudice potesse disporre la reintegrazione del lavoratore sul posto di lavoro dopo un licenziamento dichiarato illegittimo per tutte le tre ragioni di illegittimità (mancanza di giusta causa e di giustificato motivo oggettivo o soggettivo) e dava al dipendente la possibilità di accettare un risarcimento di 15 mensilità, in alternativa. La novità della riforma del 2012 consisteva nel fatto che, qualora le giustificazioni del licenziamento apportate dall'impresa fossero state giudicate inadeguate o false, il giudice, a seguito del giudizio di illegittimità, avrebbe potuto optare tra un risarcimento e la reintegrazione. In particolare, nel caso di assenza di giusta causa o giustificato motivo disciplinare poteva disporre la reintegrazione del dipendente con un ulteriore indennizzo risarcitorio fino a 12 mensilità, oppure poteva disporre semplicemente un risarcimento da 12 a 24 mensilità. Nel caso dell'assenza di giustificato motivo economico, in linea generale, il giudice avrebbe potuto solo disporre un risarcimento, ma ciò nondimeno conservava la possibilità di fare eccezione ed imporre la reintegrazione qualora a suo giudizio fosse stata accertata la "manifesta insussistenza" del fatto posto alla base del licenziamento.

Ciò che conta ai fini del ragionamento economico è capire a quale equilibrio la norma inducesse a convergere le parti in caso di licenziamento ingiustificato. Il dato universalmente accettato è che, nei fatti, assai pochi casi venissero giudicati dal tribunale del lavoro, perché nella maggioranza dei casi il lavoratore e l'impresa si accordavano in via extragiudiziale per un indennizzo, che preveniva il ricorso del lavoratore al giudice. Il punto centrale del meccanismo era la funzione dissuasiva

svolta dalla possibile decisione di reintegrazione da parte del giudice, che spingeva le parti, e, prevalentemente il datore di lavoro, a mettersi d'accordo in via extragiudiziale stabilendo livelli di indennizzo verosimilmente più elevati di quelli stabiliti dalla legge (“piuttosto che rischiare la reintegrazione, ti offro un risarcimento superiore a quello che potrebbe offrire il tribunale”). È importante notare che, l'ulteriore aumento della percentuale di casi di licenziamento non portati di fronte al giudice, ma risolti in via extragiudiziale a seguito alla riforma del 2012, sembra essere dovuta proprio al doppio binario che era stato introdotto nell'azione del giudice: nella sostanza egli, per situazioni di scarso rilievo, e facilmente aggiudicabili, per quanto riguardava il danno subito dal dipendente, avrebbe potuto imporre l'indennizzo risarcitorio da dodici a ventiquattro mensilità. Ma nei casi gravi, in cui il danno del licenziamento per il dipendente potesse essere assai elevato, ma di difficile quantificazione (come quantificare molti anni di investimento specifico in capitale umano in vista di ritorni futuri?) e vi fosse stata evidenza di un tentativo di falsificare i fatti per giustificare il licenziamento, il giudice avrebbe potuto imporre la reintegrazione. Questo semplice rischio di annullamento del licenziamento era un possente incentivo a concludere accordi evidentemente sopra il livello di risarcimento garantito dalla legge. Nella sostanza, l'art. 18 ~~conteneva~~ induceva alla contrattazione privata delle condizioni di uscita del dipendente, il che evidentemente era abbastanza efficace se così pochi casi giungevano in giudizio.

In che modo la nostra analisi economica rende conto di queste prassi? Uno dei risultati dell'analisi economica è che nell'organizzazione c'è sempre la possibilità della ricontrattazione dei contratti incompleti in vista della distribuzione dei *surplus* associati alle varie transazioni, e che essa è influenzata dal diritto residuale di controllo, che può imporre l'esclusione dalle risorse fisiche della parte non protetta. Nel caso “puro” di abuso di autorità, lo *status quo* della ricontrattazione è il semplice licenziamento del collaboratore, che lo lascerebbe con il costo dei suoi investimenti specifici e senza alcuna aspettativa di trarne beneficio. Il licenziamento deve quindi essere visto nella prospettiva dei suoi effetti sulla ricontrattazione (sempre limitatamente ai casi di abuso di autorità). Esso permette all'impresa di ottenere la rinuncia alle aspettative del lavoratore sul *surplus* e quindi l'esproprio di tali investimenti. Infatti,

rinegoziando da tale *status quo* (considerato come opzione di uscita o non accordo), il lavoratore, pur di non dover subire senza alcuna contropartita i costi non recuperabili (*sunk*) dell'investimento specifico, sarà pronto a concedere larga parte del valore del *surplus* alla controparte. Vi è, naturalmente, anche il caso in cui il licenziamento non giustificato non sia una minaccia, avente come scopo la rinegoziazione delle aspettative, ma semplicemente la decisione effettiva di escludere la controparte per appropriarsi dei risultati degli investimenti già intervenuti, senza dover in nessun modo dividerne il ritorno.

In un caso e nell'altro, le tutele contro il licenziamento ingiustificato intervengono a ridurre il danno dell'uscita a carico del lavoratore. L'art. 18 operava come un bilanciamento che modificava lo *status quo* della ricontrattazione e, quindi, generava diversi esiti sulla distribuzione del *surplus* tra le parti. La minaccia del possibile reintegro annullava l'asimmetria di potere negoziale tra le due parti e metteva su un piede di parità lo *status quo* della ricontrattazione. Non disponendo della certezza di poter imporre al lavoratore di sostenere il costo irrecuperabile degli investimenti senza contropartita, l'impresa non poteva pretendere la quasi totalità (sopra i costi) del valore generato dagli investimenti specifici o dalla complementarità delle risorse. Allo stesso tempo, se l'impresa era intenzionata a escludere effettivamente il dipendente per appropriarsi del valore già prodotto dai suoi investimenti senza alcuna contropartita, con la reintegrazione non poteva più farlo. Doveva negoziare con lui su un piede di parità il costo del risarcimento da concedergli in proporzione agli investimenti fatti e alle aspettative cui il lavoratore rinunciava accettando il licenziamento.

Bisogna immaginare, come accade nei modelli economici, che le parti ragionino "all'indietro". Se l'esito finale del mancato accordo fosse il licenziamento puro e semplice, le parti ne anticiperebbero i termini e nella fase precedente si accorderebbero su una distribuzione del valore che sconterebbe che il lavoratore sia pronto a cedere una quota del *surplus* pari al costo che altrimenti sopporterebbe (cioè che lo *status quo* della contrattazione avvantaggi nettamente l'impresa). Se, invece, nel caso di non accordo l'esito finale fosse la decisione del giudice di reintegrare il lavoratore, allora, risalendo all'indietro al periodo precedente, l'esito dell'accordo sarebbe il valore del risarcimento che l'impresa pagherà negoziando su un piede di parità (senza poter

minacciare di imporre il costo del licenziamento). Tale risarcimento rifletterà la valutazione del valore degli investimenti specifici da parte del lavoratore. Nel caso che il valore di questo risarcimento fosse molto elevato e nell'impresa fosse possibile ricreare condizioni di cooperazione reciproca, allora, l'impresa rinuncerà al tentativo di espropriazione, e nel primo periodo, non intraprenderà la minaccia del licenziamento. Nel caso invece in cui il risarcimento concordato a partire da condizioni paritarie non superi il vantaggio della espropriazione degli investimenti, aumentato dei costi evitati di rimanere in una situazione conflittuale, allora l'impresa concluderà l'accordo d'indennizzo per il licenziamento. Ma non si potrà dire che abbia potuto espropriare in modo significativo il valore degli investimenti.

Un aspetto importante è che l'intervento del giudice per la reintegrazione poteva esser credibilmente atteso per i casi in cui il valore del danno al lavoratore non fosse con certezza risarcibile con un indennizzo tra dodici e ventiquattro mensilità. In tal caso la "minaccia" del reintegro aveva semplicemente la funzione d'indurre le parti meglio informate a contrattare per prevenire l'intervento inevitabilmente grossolano del giudice quando avesse ordinato la reintegrazione del lavoratore in una situazione verosimilmente deteriorata da conflitti. Nella negoziazione extragiudiziale le parti mettevano a frutto la loro migliore informazione *ex post*, pur non verificabile da parte del giudice, sugli effettivi valori in gioco, i contributi offerti dalle parti e i loro costi anche in presenza di falle del contratto.

Dopo la riforma.

Se la lettura che abbiamo fatto del decreto è esatta, il comportamento indotto sarà, in tutti i casi di licenziamento ingiustificato, l'offerta di un accordo extragiudiziale di indennizzo che al massimo potrà raggiungere, per il tipo di lavoratore che abbiamo preso ad esempio (tecnico, assunto da undici anni, con tassazione del reddito al 33%), 16 mensilità "esentasse" (ma significativamente di meno per lavoratori con anzianità inferiore). Il legislatore pretende, quindi, di essere più informato del giudice e delle parti stesse, circa il massimo valore degli investimenti specifici in capitale umano che un lavoratore qualsiasi può apportare all'impresa e di cui può essere espropriato - e lo fissa a massimo 16 mensilità (per il caso del nostro esempio). L'esenzione fiscale del

risarcimento extragiudiziale ovviamente rende meno oneroso il risarcimento per l'impresa, a parità di vantaggio per il lavoratore. Siccome il costo del risarcimento fissa anche il livello di dissuasione contro l'abuso di autorità, stabilire questi massimali implica che, in generale, il legislatore supponga che l'impresa non possa trarre vantaggio superiore a 16 mensilità dall'espropriazione degli investimenti specifici del tipo di lavoratore esemplificato.

La vera novità del decreto è dunque il venir meno del deterrente dell'intervento del giudice costituito dalla possibilità di ordinare la reintegrazione, che in effetti non constava nell'impedire il licenziamento, ma nella capacità di indurre le parti a contrattare su basi di parità per decidere il "prezzo" al quale il lavoratore avrebbe accettato di uscire dall'impresa. Si osservi che, nel regime precedente, qualora il giudice (come osservatore esterno) non avesse ritenuto appropriato un risarcimento tra 12 e 24 mensilità, egli avrebbe potuto costringere le parti a negoziare a partire da uno *status quo* immune dal potere di minaccia del licenziamento, e quindi spingerle a "rivelare", mediante il loro accordo, l'informazione in loro possesso circa il valore effettivo che le parti associavano al contributo del lavoratore e che attribuivano alle aspettative che egli avrebbe potuto razionalmente avanzare sui benefici derivanti da tale contributo. Le parti, benché non conoscano *ex ante* gli eventi che rendono incompleto il contratto, tuttavia sono *ex post* informate a proposito sia del valore atteso degli investimenti nel frattempo effettuati, sia della circostanza se l'evento inatteso dia adito all'espropriazione dell'investimento del lavoratore mediante la minaccia di licenziamento. Nessuno ha questa informazione meglio di loro. Non il giudice e, meno che mai, il legislatore. Perciò, dal loro accordo sui termini di indennizzo del licenziamento non giustificato si poteva conoscere quale fosse la loro valutazione sui costi che il lavoratore ha sostenuto per investimenti specifici e anche sull'equa quota di partecipazione del lavoratore al valore creato.

Adesso, invece, non sarà più possibile utilizzare la contrattazione tra le parti per rivelare questa informazione. Il massimale stabilito per ogni anzianità fissa il livello sopra il quale nulla potrà mai rilevarci l'esistenza di un *valore maggiore* degli investimenti in capitale umano e risorse cognitive, come se essi non potessero affatto esistere. L'istituzione di massimali rigidi implica la fissazione dei livelli di valore degli

investimenti specifici e della complementarietà delle risorse per i quali l'abuso avverrà certamente, dal momento che vi è certezza che il risarcimento lascia un margine appropriabile all'impresa. Poiché l'imprenditore è informato sul valore atteso dell'investimento in capitale umano del lavoratore, tutte le volte che tale valore sarà superiore al risarcimento massimo, l'abuso di autorità avrà luogo (sotto l'ipotesi di comportamento opportunistico). Solo le piccole espropriazioni non avverranno, dal momento che il costo del risarcimento potrebbe superare il valore appropriabile dell'investimento. Ma se l'ingiustizia offre un vantaggio molto elevato, superiore alle 16 mensilità nel nostro caso, allora essa sarà certamente compiuta (da agenti opportunisti). Di contro, poiché solo piccoli investimenti specifici a rischio di esproprio potranno essere risarciti, solo tali investimenti saranno intrapresi (sempre in una logica ristrettamente economica).

Ulteriori considerazioni possono essere svolte in merito alla mancanza di pubblicità delle soluzioni extragiudiziali che saranno raggiunte tra imprese e lavoratori, e anche gruppi di lavoratori nel caso di licenziamenti collettivi, in cui si proceda in forma di indennizzo extragiudiziale. La mancanza di pubblicità implica mancati effetti di reputazione a carico dell'impresa che intraprenda licenziamenti ingiustificati. Dal momento che la trattativa avviene in modo riservato, gli altri o futuri lavoratori, o anche gli altri *stakeholders* quali i consumatori, possono non venire a sapere dei licenziamenti, specie per il fatto che essi tipicamente escludono l'intervento sindacale. Ciò può implicare il venir meno della sanzione sociale di tipo reputazionale contro l'abuso di autorità. Il meccanismo più forte di prevenzione dell'abuso che la teoria microeconomica tradizionale aveva messo a disposizione per l'emergere della cooperazione viene indebolito, in quanto la violazione di un codice etico contro l'abuso di autorità verrebbe semplicemente aggirata da tali accordi. Essi, in ultima analisi, fisseranno il prezzo al quale un licenziamento ingiusto può essere "comprato" trasformando una violazione dell'equità in un costo di gestione. È noto d'altra parte dagli esperimenti sul comportamento economico che, quando un comportamento socialmente considerato ingiusto viene disincentivato con una piccola (relativamente alla conseguenza creata) multa, allora il pagamento della multa viene percepito dal trasgressore come il prezzo al quale si "compra" la possibilità di trasgredire, e viene

ritenuto assolutorio anche del disvalore sociale e morale della violazione. Ciò, naturalmente, riduce il rischio percepito di farsi una “cattiva reputazione”; conseguentemente, il numero di violazioni cresce.

Naturalmente, anche nella situazione precedente era già molto diffuso il ricorso agli accordi extragiudiziali. Tuttavia, oltre al fatto che i licenziamenti collettivi restavano sotto i riflettori dell’azione sindacale e della pubblica opinione, vi è una differenza sostanziale tra le due situazioni. Nel caso precedente, gli accordi sostenuti dalla possibilità di reintegrazione potevano essere intesi come negoziati su un piede di parità, a partire da uno *status quo* in cui era probabile che il lavoratore sarebbe restato sul posto di lavoro e, quindi, espressivi di una valutazione concordata del risarcimento in caso di rottura unilaterale del contratto. Al contrario, ora, vi sarà un’ampia classe di casi in cui i licenziamenti sfrutteranno i massimali per aggirare le norme sul licenziamento ingiusto, proprio quando le conseguenze avverse per i lavoratori saranno elevate; cioè per ottenere un esito iniquo, che tuttavia resterà informazione riservata alle parti.

La teoria della “reciprocità” (v. *infra*, sez. 7) offre predizioni non univoche a tale proposito. È possibile che nascondere l’informazione riduca le reazioni basate sulla violazione del “senso di giustizia”. Più probabile, tuttavia, è che operi il meccanismo dell’anticipazione dei comportamenti, tipico dei contratti incompleti. Se si formerà l’aspettativa che i principi di riferimento del contratto di lavoro, inclusi delle richieste di “giusta causa” e “giustificato motivo” per i licenziamenti, saranno aggirati in modo sostanziale, utilizzando i massimali proprio quando essi sono insufficienti, ci sarà da attendersi che i lavoratori anticiperanno tale situazione con comportamenti di mero ossequio formale al contratto, ma implicito intralcio o nessuna disponibilità ad innovare e sostenerne gli investimenti costosi in termini di sforzo (comportamenti messi di recente in luce col termine “*shading*”)⁴⁵.

9. *Altre istituzioni: complementarità tra diritto del lavoro e corporate governance.*

⁴⁵ Si veda a tale proposito la nuova formulazione della teoria dei contratti incompleti in O. HART - J. MOORE, *Contracts as Reference Points*, in *Quarterly Journal of Economics*, 2008, vol. 123 (1), pp. 1-48,

Quanto abbiamo affermato non significa che l'art. 18 fosse la soluzione migliore per approssimare il modello dell'impresa in cui la proprietà detenuta dagli investitori di capitale sarebbe stata controbilanciata da doveri fiduciari estesi e responsabilità verso i lavoratori. Un approccio più comprensivo al problema è da trovarsi nella complementarità tra istituzioni di diritto del lavoro e relazioni sindacali da una parte, e istituzioni di *corporate governance* dall'altra, e, quindi, nella redistribuzione dei pesi tra ciò che spetta "dall'esterno" dell'impresa alle relazioni sindacali ed eventualmente, in mancanza di accordo tra le parti, all'intervento del giudice, e ciò che può essere invece anticipato portando il problema "all'interno" degli istituti del governo di impresa. In sostanza, anziché rimettere la protezione contro il licenziamento non giustificato alla contrattazione e al conflitto sindacale e, in mancanza di accordo, al giudice (come accadeva con l'art. 18), si può portarla più all'interno di una *governance* imparziale e partecipata dell'impresa, entro la quale la distribuzione dei diritti e delle responsabilità prevenga nella quasi totalità dei casi il licenziamento ingiustificato, lasciando al giudice solo un giudizio di *extrema ratio*.

Il principio della "complementarità" tra istituzioni differenti⁴⁶ è che, sia pure sotto diverse configurazioni di ciascuna sfera istituzionale, dovrebbe sempre risultare un'allocazione di diritti e responsabilità tale da garantire un bilanciamento equo ed efficiente tra gli interessi dei vari *stakeholders* dell'impresa, in cui sia prevista una forma efficace di protezione dell'investimento in capitale umano e dei contributi cooperativi dei lavoratori. Una cessione di tutele da una parte (ad es. meno tutele nel diritto del lavoro) deve essere necessariamente controbilanciata da un complementare aumento di potere dall'altra (ad es. una *governance* più imparziale o partecipata), in modo da garantire sempre l'equo bilanciamento degli interessi.

La storia del capitalismo del Novecento ha conosciuto una varietà di soluzioni basate sulla complementarità degli assetti istituzionali nei due domini ora ricordati⁴⁷. Il capitalismo manageriale americano tra gli anni

⁴⁶ M. AOKI, *Toward a Comparative Institutional Analysis*, The MIT Press, Cambridge, 2001; ID, *Corporations in Evolving Diversity*, Oxford University Press, Oxford, 2010.

⁴⁷ M. J. ROE, *Political Determinants of Corporate Governance*, Oxford University Press, Oxford, 2003; M. AOKI, *Corporations in Evolving Diversity*, cit.; U. PAGANO,

'30 – con l'avvento delle grandi *corporation* e la loro disciplina a seguito della crisi del '29 – e gli anni '70 del secolo scorso, ha conosciuto una soluzione basata sul ruolo di *mediazione del management*⁴⁸. Nella tipica impresa manageriale fino agli anni '70 – la *public company* caratterizzata da un certo grado di autoreferenzialità dei *manager* – la possibilità di controllo sull'impresa da parte di un azionariato diffuso e non organizzato era molto debole, e verso gli altri *stakeholders* c'era una responsabilità sociale affidata alla professionalità del *management* stesso. La complementarietà tra le due sfere si vede dal fatto che sul piano delle protezioni legali del lavoratore contro il licenziamento arbitrario, da un lato e sul piano dell'esercizio del diritto di proprietà da parte dell'azionista dall'altro, entrambi gli *stakeholders* essenziali erano deboli: la proprietà polverizzata e senza forme istituzionali per influire sulla gestione era in equilibrio con lavoratori relativamente deboli, in base alla dottrina dell' *employment at will*. La soluzione complementare a queste due debolezze era però garantita da una *governance* manageriale forte, in cui il *management*, non vincolato strettamente a rappresentare unicamente gli azionisti, operava come *trustee* imparziale tra gli *stakeholders* con buoni rapporti con le organizzazioni sindacali⁴⁹. Tuttavia, la complementarietà tra parti deboli, da un lato, e un *management* libero di mediare, dall'altro, era un equilibrio "fragile". Il rafforzamento della presa sulla *governance* di una delle parti (gli azionisti) in assenza di un contro-bilanciamento di poteri dall'altra parte (i lavoratori), poteva compromettere la capacità del *management* di mantenere una prospettiva imparziale, e spingere così il sistema di *governance* fuori dallo stato di equilibrio precedente, avviando una transizione verso nuovi stati (verosimilmente sub-ottimali). È quello che è accaduto con l'affermarsi del modello dello *shareholder value*, nel trentennio successivo, mediante una serie di riforme, prassi e

Technical assets and property rights, in A. GRANDORI (edited by), *Handbook of Economic Organization*, Edward Elgar, Cheltenham, 2013; S. DEAKIN - A. REBEIROUX, *Corporate Governance, Labor Relations and Human Resource Management in Britain and France: Convergence or Divergence?*, in J.P. TOUFFUT (edited by) *Does Company Ownership Matter?* Edward Elgar Publisher, Cheltenham, 2008.

⁴⁸ M. BLAIR - L. A. STOUT, *A Team Production Theory*, pp. 247-331.

⁴⁹ Cfr. nota n. 44.

reinterpretazioni del diritto societario, volte a rafforzare la supremazia degli *shareholders* nell'impresa e ridurre l'autonomia del *management* nei loro riguardi, a partire dalle norme a favore dei *take over* fino all'introduzione dei sistemi di remunerazione del *management* condizionati sul valore delle azioni (le note *stock-options*)⁵⁰. Sebbene un tale cambiamento sarebbe stato impossibile senza lo *shock* esogeno della crisi petrolifera degli anni '70, che rese instabile l'assetto precedente, e la sensazione di declino delle grandi conglomerate americane di fronte alla concorrenza del capitalismo giapponese (pur caratterizzato da un modello di gestione orientato agli *stakeholders*), non si può negare il grande peso che ha avuto l'ideologia neoliberale o c.d. *libertarian* dall'inizio degli anni '80, in cui confluì la dottrina dello "*shareholder value*"⁵¹. Sulla capacità del nuovo modello di raggiungere una situazione di stabilità equa ed efficiente parlano i fatti⁵². I *manager* delle grandi corporation (che le dottrine libertarie avrebbero voluto incentivare ad agire nel *solo* interesse degli azionisti), legittimati a considerare se stessi non come fiduciari imparziali di altri stakeholder, ma come *shareholders* auto-interessati essi stessi volti alla massimizzazione del valore dei propri compensi, hanno fatto un uso ancora più sofisticato delle asimmetrie informative a proprio vantaggio. Ciò ha consentito loro, da un lato, di manipolare ripetutamente i dati di bilancio e le strategie di investimento finanziario in modo da mantenere artificialmente alto il valore di mercato delle azioni, da cui dipendevano le *stock-options*. Dall'altro, ha portato all'esplosione delle diseguaglianze remunerative tra il *top management* e gli azionisti da un lato e tutti gli altri dipendenti delle imprese dall'altro, fino a gettar le basi della crisi finanziaria globale del 2007-2008, generata dai titoli *subprime* usati per assicurare i crediti concessi alla classe

⁵⁰J. MACEY, *Corporate Governance*, Princeton University Press, Princeton, 2008.

⁵¹M. FRIEDMAN, *The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits*, in *New York Magazine* 13 September, 1970; M. JENSEN-E. FAMA, *Separation of Ownership and Control*, in *Journal of Law and Economics*, 1983, pp. 301-325; M. JENSEN-W. MECKLING, *Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Capital Structure*, in *Journal of Financial Economics*, 1976, 3, pp. 305-360.

⁵²J. CASSIDY, *How Markets Fail. The logic of economic calamities*, Farrar, Strauss and Giroux, New York, 2009.

medio-bassa americana, i cui stipendi non erano più in grado di garantire l'acquisto della casa e le spese per l'istruzione e il *welfare* (privato)⁵³.

La soluzione alternativa in cui si è realizzato un bilanciamento attraverso la complementarietà tra diverse istituzioni è la co-determinazione tedesca o c.d. "*Mitbestimmung*". In questo caso, le due parti non erano deboli, bensì piuttosto forti e agguerrite. La proprietà non era diffusa e polverizzata ma piuttosto concentrata in gruppi famigliari con in mano il controllo delle maggiori imprese. D'altra parte, i sindacati erano ben organizzati e resi coesi dall'ideologia socialdemocratica. Nel modello della co-determinazione tuttavia entrambi gli *stakeholders* principali "disarmano" le loro risorse di minaccia, entrando a far parte di organi di *corporate governance* ove vari diritti di decisione residuale sono condivisi e bilanciati, di modo che questi sostituiscano almeno in parte sia l'esercizio del conflitto sindacale, sia l'esercizio unilaterale del diritto di proprietà (ad esempio, attraverso il ricorso al mercato finanziario per scalare o render scalabile l'impresa o il ricorso ai licenziamenti unilaterali)⁵⁴.

Lungi dall'essere stata messa da parte dal successo della dottrina dello *shareholder value*, il cui definitivo prevalere su tutte le alternative era stato vanamente annunciato da Hansmann e Kraakman nel 2000, ma poi duramente scosso dalla crisi finanziaria del 2007-2008⁵⁵, la co-determinazione appare invece un'istituzione in ottima salute che è difficile non associare al successo della Germania come principale potenza industriale e campione di esportazioni d'Europa⁵⁶, la cui

⁵³ L. SACCONI, *L'impresa socialmente responsabile e il suo governo multi-stakeholder*, in *Quaderni Rassegna Sindacale*, 2013, XIV, 3, p. 93-145; ID. *Riformare il capitalismo, oltre il mito del valore per gli azionisti. Il modello di impresa socialmente responsabile e la sua governance democratica e multi-stakeholder*, in *Riv. delle Politiche Sociali*, n. 1/2014, pp. 33-62.

⁵⁴ M. J. ROE, *Political Determinants*, cit.; M. GELTER, *The Dark Side of Shareholder Influence: Managerial Autonomy and Stakeholder. Orientation in Comparative Corporate Governance*, in *Harvard International Law Journal*, 2009, 50, 1, pp. 129-134.

⁵⁵ J. CASSIDY, *How Markets Fail*. cit.

⁵⁶ M. BORZAGA, *Luci e ombre delle più recenti riforme del mercato del lavoro tedesco agli occhi del giuslavorista italiano*, in *Lavoro e dir.*, 2014.

spiegazione economica appare inestricabilmente legata alla capacità di proteggere gli investimenti specifici e la complementarietà delle risorse cognitive, e quindi gli incentivi ad elevati livelli di produttività di chi lavora nelle migliori imprese industriali tedesche⁵⁷.

È quindi opportuno considerare qui più in dettaglio le istituzioni della co-determinazione. In primo luogo per osservare che essa non consiste solo nel ben noto modello di *governance duale*, che prevede le rappresentanze dei lavoratori nel *consiglio di sorveglianza* (che a sua volta sovrintende alla conduzione dell'impresa da parte del *comitato di gestione*, di composizione interamente manageriale). Ma in un insieme di istituzioni articolato su due livelli, regolati da norme distinte, la «costituzione del rapporto di lavoro»⁵⁸ e le norme specifiche sulla co-determinazione nel governo societario. Il primo livello prevede che in tutte le aziende con più di cinque dipendenti (i quali ne facciano richiesta all'impresa) sia istituito un consiglio di fabbrica eletto direttamente dai dipendenti, che è a pieno titolo un organo aziendale con numerose attribuzioni per tutte le materie di interesse dei lavoratori e per la gestione del personale e dell'organizzazione del lavoro. Su tali questioni il consiglio rappresenta il punto di vista e l'interesse dei dipendenti attraverso l'esercizio di diritti di partecipazione che prevedono anche la possibilità di forme regolate di contrasto e disaccordo con la direzione. Esso è distinto dalla rappresentanza sindacale a livello aziendale, anche se ovviamente i sindacati sono ampiamente presenti al suo interno attraverso l'abituale elezione di propri aderenti quali membri del consiglio (di modo che in effetti la presenza dei sindacati negli organi della co-determinazione ne rafforza la capacità di rappresentanza dei lavoratori e il potere negoziale al di là del numero degli iscritti).

Numerosi sono i “diritti” assegnati al consiglio di fabbrica. Dal loro elenco⁵⁹, si evince che la disciplina del licenziamenti prevede poteri

⁵⁷ M. GELTER, *The Dark Side of Shareholder*, cit. pp. 129-134.

⁵⁸ *Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG)*, 11/10/1952 (BGBl I 681). Modificato in: . *Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG)*, 15/1/1972 (BGBl I 13).
[http://lexikon_economics.deacademic.com/5799/Betriebsverfassungsgesetz_1952_\(BetrVG\)](http://lexikon_economics.deacademic.com/5799/Betriebsverfassungsgesetz_1952_(BetrVG))

⁵⁹ Si veda a tale proposito R. PAGE, *Co-determination in Germany. A Beginners' Guide*, Hans-Böckler-Stiftung, Arbeitspapier 2011, 33, su www.boeckler.de. I

legali piuttosto penetranti del consiglio di fabbrica e che tali poteri si estendono anche in materia di organizzazione del lavoro, cioè costituiscono una limitazione dell'esercizio arbitrario del diritto di decisione residuale che incide su ciò che non è prestabilito dal contratto di lavoro e delimitano l'esercizio legittimo di autorità. In particolare, la mancata consultazione del consiglio rende illegittimo il licenziamento. Il consiglio di fabbrica può quindi opporsi formalmente al licenziamento individuale o collettivo se ritiene che non siano stati tenuti in sufficiente considerazione gli aspetti sociali (cioè le condizioni di bisogno del lavoratore) e non siano state rispettate le procedure formali, se reputa che siano possibili trasferimenti interni all'azienda o processi di formazione e riqualificazione che salvaguardino il posto di lavoro, ovvero che l'occupazione possa essere preservata attraverso una modifica contrattuale. L'opposizione si trasforma in un "potere di veto", tra l'altro, quando il licenziamento non sarebbe giustificativo da ragioni "operative o personali" (che richiamano i criteri della "giusta causa" e del "giustificato motivo oggettivo"). Il consiglio ha il diritto di esprimere raccomandazioni, fare controproposte e *sottoporre misure alternative* al voto del consiglio di amministrazione, che possono riguardare il trattamento del personale, l'organizzazione del lavoro e le scelte che possono portare a licenziamenti. Inoltre, vi è l'obbligo per la direzione di trovare un accordo con il consiglio (cioè un vero e proprio "potere di co-determinazione"), che si applica alle proposte di riorganizzazione del lavoro, apertura o delocalizzazione degli impianti che avrebbero un impatto negativo sui lavoratori, incluso il licenziamento di una parte di essi. Sebbene ciò tipicamente incida sull'applicazione di decisioni relative alla strategia aziendale, se i piani di riorganizzazione implicano un peggioramento della condizione dei lavoratori e licenziamenti, la direzione aziendale deve obbligatoriamente trovare un accordo con il consiglio di fabbrica, senza il quale la riorganizzazione non può procedere, in quanto, contro di essa, osterebbe un potere legale di co-determinazione. La procedura per uscire da situazioni di stallo, la cui possibilità è implicita nell'obbligo di concordare e nel riconoscimento di poteri di veto, richiede la costituzione di un comitato di conciliazione creato in parti uguali da rappresentanti del consiglio di fabbrica e della direzione aziendale, con un presidente "terzo", accettato da entrambe le parti, eventualmente nominato dal tribunale del lavoro.

Così, è opinione diffusa⁶⁰ che il diritto di co-determinazione detenuto dal consiglio di fabbrica implichi che, in tutte le imprese in cui esso sia stato istituito, i dipendenti non possano essere licenziati o impiegati in mansioni diverse da quelle precedenti senza un accordo esplicito con il consiglio di fabbrica, che può ridimensionare significativamente le conseguenze negative della decisione, ad esempio costringendo l'impresa a concordare piani di risarcimento e di riduzione del danno a favore dei lavoratori coinvolti e i piani di investimento per salvaguardare i posti di lavoro.

Mentre questo organo, in linea di principio, può esistere in tutte le imprese, la co-determinazione a livello di organi societari si applica solo nelle grandi imprese (che tuttavia in Germania sono ben più diffuse che in Italia), e prevede il consiglio di sorveglianza in cui i rappresentanti dei lavoratori partecipano alle decisioni strategiche dell'impresa sulla base di elezioni dirette da parte di tutti i dipendenti su liste nelle quali i sindacati candidano i propri membri. Vi sono, in effetti, tre regimi per quanto riguarda la costituzione e la partecipazione dei lavoratori all'organo di sorveglianza: un regime perfettamente paritario tra lavoratori e azionisti, che trae origine dalla "Legge sulla co-determinazione dei lavoratori nei consigli di sorveglianza e di gestione nell'industria del carbone, del ferro e dell'acciaio"⁶¹, un regime di partecipazione al 33% che trova applicazione nelle imprese a controllo familiare con almeno cinquecento dipendenti⁶² ed un regime di partecipazione al 50% meno uno (il presidente è nominato dagli azionisti), che è quello risultate dalle

⁶⁰ R. PAGE, *Co-determination in Germany*, cit.

⁶¹ Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten und Vorständen der Unternehmen des Bergbaus und der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie (Montan-Mitbestimmungsgesetz), 21. Mai 1951 (BGBl. I S. 347). <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/montanmitbestg/gesamt.pdf>.

⁶² Gesetz über die Drittelbeteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat (Drittelbeteiligungsgesetz - DrittelbG), 18. Mai 2004 (BGBl. I S. 974). <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/drittelbg/gesamt.pdf>.

legge di riforma ad estensione più organica della co-determinazione del 1976⁶³ e trova applicazione nelle aziende sopra i duemila dipendenti.

Quanto alle attribuzioni del consiglio di sorveglianza, esso: (a) nomina a maggioranza i membri del consiglio di gestione e l'amministratore delegato, ed è responsabile della definizione del loro compenso; (b) vigila sull'operato del consiglio di gestione, cioè controlla quanto svolto dalla direzione aziendale, la quale è obbligata a sua volta ad informare il consiglio di sorveglianza sulle decisioni imprenditoriali e sulle politiche aziendali; (c) ha potere di co-determinazione in merito a certe operazioni aziendali, stabilite dallo statuto o dallo stesso consiglio di sorveglianza, ad esempio sulle fusioni, acquisizioni, delocalizzazioni, apertura di nuove sedi ecc., che, in tal caso, possono essere compiute solo con la sua approvazione e su cui può apporre un veto; (d) approva annualmente i vari documenti di rendicontazione, il bilancio e la proposta per l'impiego degli utili, e presenta all'assemblea dei soci un rapporto di *auditing* sulle attività della direzione aziendale.

La co-determinazione realizza, perciò, il modello *multi-stakeholder* di governo dell'impresa: il *management*, anche formalmente, è un fiduciario del consiglio di sorveglianza che lo nomina ed ha perciò doveri fiduciari estesi non solo verso gli azionisti, ma anche verso i lavoratori. Inoltre, il *management* ha doveri verso i lavoratori in corrispondenza ai "diritti" del consiglio di fabbrica sopra ricordati. Di fatto, il licenziamento è del tutto sottratto alla possibilità di abuso dell'autorità, nessun imprenditore (sotto le istituzioni di co-determinazione) lo può attuare senza il parere del consiglio, anche nelle piccole imprese ove sia istituito su richiesta dei dipendenti.

Malgrado ciò, il dibattito sulla capacità della co-determinazione di rappresentare una *governance multi-stakeholder* effettivamente superiore al modello di governo delle imprese anglosassoni resta aperto. Il caso della *Volkswagen* può essere un termine di paragone per provare a dirimere il quesito. La *Volkswagen* è il maggiore produttore automobilistico europeo, in competizione per la prima posizione a livello mondiale in termini di quote di mercato e fatturato, che anche negli anni

⁶³ Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer (Mitbestimmungsgesetz - MitbestG), 4. Mai 1976 (BGBl. I S. 1153). <http://www.gesetze-im-internet.de/mitbestg/BJNR011530976.html>

della crisi ha continuato ad annunciare nuovi prodotti e contabilizzare significativi utili, non ha ridotto l'occupazione e ha anzi distribuito miglioramenti salariali. La co-determinazione, sia a livello di stabilimento che a livello societario (con un consiglio di sorveglianza costituito al 50% da rappresentanti dei lavoratori, ma nomina del presidente da parte degli azionisti), è certamente il tratto che distingue questo colosso industriale dai suoi concorrenti europei, americani e asiatici. Fatti di cronaca recente hanno evidenziato come i processi decisionali interni possano essere radicalmente differenti in un'impresa caratterizzata dalla co-determinazione (si consideri all'estremo opposto la FIAT, ora FCA). A seguito del disaccordo interno al consiglio di sorveglianza – che ha visto lo storico presidente dello stesso consiglio, nonché azionista di maggioranza relativa, Ferdinand Piëch, cercare di imporre la sostituzione dell'amministratore delegato e capo del comitato di gestione, in contrapposizione ai rappresentanti dei lavoratori, che difendevano il management attuale – il presidente, uscito sconfitto dal voto sul rinnovo dell'incarico al CEO, ha dato le dimissioni dal consiglio di sorveglianza, assieme ad un altro consigliere rappresentante dello stesso azionista (sua moglie). Ciò significa, che nella decisione se mantenere il capoazienda o sostituirlo, l'azionista di maggioranza relativa (quello che in un linguaggio certamente inadatto alle istituzioni della co-determinazione si chiamerebbe il “padrone”) è stato messo in minoranza dai rappresentanti dei lavoratori e dai loro alleati (rappresentante del *Land* della Bassa Sassonia), e ha lasciato il campo. Si osservi che, gli utili, per gli azionisti nei periodi precedenti, erano stati positivi e che l'insistenza del presidente poteva essere interpretata come un eccesso nell'intento di tenere al guinzaglio il *management*. Sebbene la situazione sia aperta a vari sviluppi nel momento in cui scriviamo, una cosa è chiara: nel caso della co-determinazione a livello societario il governo d'impresa non rappresenta solo, né prevalentemente gli interessi degli azionisti (benché essi non siano affatto polverizzati e privi di rappresentanza: infatti, l'altro gruppo di azionisti in VW è la famiglia Porsche, cui i Piëch sono imparentati), e il consiglio di gestione non ha certamente doveri fiduciari limitati ad essi, bensì estesi almeno a tutte le categorie presenti nel consiglio di sorveglianza, inclusi in modo determinante i lavoratori. Si può, dunque, affermare, di fronte a questa

evidenza, che la co-determinazione riguardi solo piccoli poteri o diritti irrilevanti?⁶⁴

In conclusione, domandiamoci se l'assetto di governo dell'impresa tipico della co-determinazione potrebbe essere complementare alla disciplina dei licenziamenti introdotta dal decreto attuativo del *Jobs Act*, qui in esame, cioè controbilanciarla in modo da ottenere l'equilibrio sopra suggerito. Come abbiamo visto, anche in un'impresa con poco più di cinque dipendenti il potere di co-determinazione implica che il datore di lavoro informi e consulti il consiglio di fabbrica, e che, qualora la consultazione non sia effettiva, il licenziamento sia nullo; che il consiglio di fabbrica possa con un atto formale opporsi e in certi casi (tipicamente quelli del licenziamento ingiusto) opporre un veto se il licenziamento non rispetta requisiti di selezione e di giustificazione analoghi a quelli già in vigore in Italia e, inoltre, il licenziamento individuale o collettivo è di natura economica ed è prospettato a causa di riorganizzazioni aziendali, tali riorganizzazioni debbono essere prima discusse e approvate dal consiglio di fabbrica sotto il profilo delle conseguenze per i lavoratori, in modo da limitare al minimo gli effetti negativi, licenziamenti inclusi. Il decreto attuativo del *Jobs Act*, in Italia, invece, permette di licenziare anche collettivamente i lavoratori, saltando a piè pari ogni consultazione e accordo con le rappresentanze sindacali aziendali e, in mancanza della soddisfazione dei requisiti formali e di ogni giustificazione delle ragioni economiche che richiederebbero i licenziamenti, di procedere nondimeno con i licenziamenti individuali o collettivi, previ accordi extragiudiziali di risarcimento dei lavoratori secondo i massimali stabiliti dalla legge.

È quindi evidente che la complementarità è esclusa, almeno dall'art.10 del decreto attuativo. Co-determinazione e disciplina dei licenziamenti secondo il *Jobs Act* sarebbero incompatibili, poiché la codeterminazione affiderebbe agli organi di rappresentanza dei lavoratori a livello aziendale prerogative che il decreto esclude siano in capo a chiunque, e che

⁶⁴ Questo saggio è stato completato prima dello scandalo che ha colpito la Volkswagen in merito alla manipolazione elettronica delle emissioni inquinanti dei veicoli. Tale esempio illustra, se ce ne fosse bisogno, i limiti di sistemi di governance che non realizzano appieno la partecipazione di stakeholder non solo interni ma anche esterni (con interessi ambientali) alla sorveglianza della gestione di impresa.

ostacolerebbero la soluzione prescelta, consistente nella possibilità di procedere automaticamente ad accordi individuali extragiudiziali tra singoli lavoratori e impresa nei limiti dei massimali stabiliti anche nei casi di licenziamento collettivo. Se volessimo perciò integrare l'assetto di governo delle imprese e di relazioni industriali generato dall'indebolimento delle tutele, con un rafforzamento dei diritti di partecipazione, almeno parte del decreto dovrebbe cadere.

10. *Conclusioni: inefficienza del sistema delle imprese e svuotamento delle politiche di "pre-distribuzione"*.

In conclusione, la riforma della disciplina dei licenziamenti rompe l'equilibrio già precario dell'assetto precedente, senza controbilanciare il potere discrezionale (aumentato) dell'impresa, con nuovi poteri di partecipazione da parte dei lavoratori. La creazione di tale sbilanciamento apre tipicamente la strada all'*abuso di autorità*, che come ogni comportamento opportunistico distrugge gli incentivi ad investire (in capitale umano). Ciò accade perché si trascura l'idea che ci siano investimenti specifici dei lavoratori e si disconosce (o si permette di aggirare il riconoscimento) che l'impresa sia un'organizzazione che realizza produzione congiunta e forme di cooperazione tra diversi *stakeholders*, tra cui essenziali sono i lavoratori ed il *management*, la cui efficienza risulta dalla soluzione di un problema di bilanciamento attraverso qualche nozione di giustizia economica dell'impresa. Una nozione che invece, con riferimento al licenziamento ricorre – non a caso – nei termini di "giustificato motivo" e "giusta causa", dal momento che il licenziamento ingiustificato è la forma principale attraverso cui può avvenire l' *abuso di autorità* (verso il lavoratore).

Il regime dei licenziamenti così introdotto ha varie conseguenze probabili ad ampio raggio. La più importante è una riduzione di quella componente della *produttività totale dei fattori* che può derivare dall'innovazione e dall'impiego a tal fine dell'investimento volontario in capitale umano e cognitivo da parte dei lavoratori e del *management*, risorse che difatti, a seguito della riforma, risultano assai meno protette. Il lavoratore è disincentivato a fare investimenti in capitale umano rischiosi, che siano caratterizzati da una relazione idiosincratica (o "*lock-in*") con l'impresa. Mentre l'imprenditore (specie in una prospettiva di breve periodo) è più sollecitato ad approfittare opportunisticamente della discrezionalità e

dell'abuso di autorità piuttosto che a mantener fede ai propri investimenti sullo sviluppo delle risorse cognitive complementari dell'impresa e dei collaboratori.

Nonostante la grande retorica ovunque ascoltata *sull'economia sulla società della conoscenza*, qualora né gli imprenditori, né i lavoratori investano in modo idiosincratico in innovazione (cioè conoscenza applicata specificamente allo sviluppo di particolari processi e prodotti, la cui realizzazione è legata a combinazioni di competenze e condizioni tipiche di particolari imprese) la collocazione dell'economia nazionale, nella divisione internazionale del lavoro, è destinata a peggiorare inevitabilmente. Le imprese migliori, singolarmente prese, potranno ovviamente proteggere il proprio ambiente innovativo e le condizioni per l'investimento nell'utilizzo del capitale umano dei propri collaboratori attraverso modelli organizzativi di partecipazione e contratti integrativi interni. Ma la politica industriale volta all'innovazione, che richiede di creare reti di imprese e organizzazioni in grado di sfruttare e coordinare la conoscenza di diverso tipo diffusa tra individui diversi in vista di obiettivi comuni, con una rilevante idiosincronicità dell'investimento del capitale umano rispetto al progetto innovativo, incontrerà nuovi ostacoli, perché si diffonderanno gli incentivi perversi a sfruttare opportunisticamente gli investimenti in conoscenza specifica degli uni da parte degli altri – a meno che altri meccanismi di garanzia non intervengano a salvaguardare le reazioni di fiducia, al di là del venir meno della garanzia contro l'ingiusto licenziamento.

A questa previsione, pessimistica sul piano della produttività, se ne affianca una ancora più mesta sul piano della possibilità di successo delle politiche pubbliche di *welfare* e di integrazione sociale, volte a combattere le diseguaglianze mediante il miglioramento dell'occupabilità dei giovani. Altrove, ho chiamato quest'argomento "*Tela di Penelope*"⁶⁵: gli sforzi che il *welfare state* può fare per combattere le diseguaglianze, migliorare l'integrazione sociale e il livello generale di benessere (visti nella prospettiva dell'*idea di giustizia* e della teoria delle *capabilities*⁶⁶)

⁶⁵ L. SACCONI, *Riformare il capitalismo, oltre il mito del valore per gli azionisti. Il modello di impresa socialmente responsabile e la sua governance democratica e multi-stakeholder*, in *Rivista delle Politiche Sociali*, 2014, 1, pp. 33-62.

⁶⁶ A. SEN, *The idea of justice*, Harvard University Press, Cambridge Mass, 2009.

falliscono, perché i risultati degli sforzi “fatti di giorno”, ad esempio con politiche volte al miglioramento dei livelli di formazione dei giovani, vengono “disfatti di notte” dall’operare dei meccanismi della *corporate governance* che espropria i frutti di tali investimenti e quindi deprime l’incentivo a intraprenderli. Nonostante l’insistenza ancora una volta sullo sviluppo del capitale umano dei giovani attraverso l’investimento in istruzione e formazione professionale, inteso come politica “pre-distributiva” rispetto all’entrata nel mercato del lavoro, la formazione delle capacità non si traduce in effettiva *capacità di funzionare* e in *benessere*⁶⁷, né consente di ridurre le disegualianze sociali attraverso la realizzazione di eque *capacità e funzionamenti*. Infatti, nel momento in cui i giovani entrano nelle diverse forme di cooperazione produttiva, tra cui le imprese, l’assenza di un’equa distribuzione dei diritti di decisione residuale e di partecipazione o dei doveri di responsabilità nei loro confronti e, al contempo, la possibilità del licenziamento arbitrario, permettono l’abuso di autorità e l’espropriazione degli investimenti intrapresi in vista della realizzazione di capacità.

In effetti, il concetto di “capacità” ha due componenti: quella soggettiva, analoga all’abilità, e quella oggettiva del “titolo valido” (diritto positivo), che è la possibilità di prendere le decisioni grazie alle quali una capacità soggettiva si trasforma in un “funzionamento-acquisto” e in un conseguente stato di benessere. Però, si osservi che un diritto positivo a realizzare un funzionamento è inevitabilmente limitato dai diritti negativi di altri, che possono escludere l’individuo da date risorse fisiche, materiali o immateriali, che gli sarebbero indispensabili per “funzionare”. Dunque, della componente oggettiva delle capacità fanno parte in modo essenziale i diritti e le responsabilità che disciplinano il lavoro nell’impresa e il governo dell’impresa, e tra questi il diritto di prendere decisioni residuali rispetto ai contratti di lavoro, oppure la protezione contro decisioni arbitrarie (licenziamento) o, infine, la possibilità di partecipare alle decisioni organizzative da cui dipende, ad esempio, la possibilità di poter proseguire un progetto avviato, oppure esserne escluso (licenziato) e perdere di conseguenza il valore (in termini di funzionamento atteso) dell’investimento.

⁶⁷ A. SEN, *The idea of justice*, cit.

Così, una disciplina insufficiente del licenziamento ingiustificato, non controbilanciata da diritti di partecipazione nella *governance* dell'impresa, implica che alla componente "soggettiva" delle *capabilities* non si accompagna quella "oggettiva" dei diritti. Ma, se manca tale componente (quella che riguarda i diritti), anche quella soggettiva è inutilizzabile. È così indubbiamente vero che il giovane meglio formato ha un livello di occupabilità maggiore, ma egli va nondimeno soggetto al comportamento opportunistico all'interno dell'impresa, che distrugge l'incentivo a fare gli investimenti che sostengono la sua occupabilità. Diventa così illusorio anche l'argomento di puntare sul "capitale umano" attraverso l'istruzione e la formazione professionale e sulla "società della conoscenza" per combattere le diseguaglianze. La "pre-distribuzione" (cioè, ad esempio, la distribuzione iniziale di "capacità" attraverso l'istruzione) non funziona se non c'è equità nei meccanismi istituzionali che regolano le attività produttive, in cui le capacità si trasformano in funzionamenti e le dotazioni iniziali si convertono in risultati e quindi in distribuzione di benessere (oltre che di reddito). Ma a tale proposito, in conclusione, il decreto attuativo del *Jobs Act* che riforma la disciplina dei licenziamenti, cioè dei poteri di "esclusione", è semplicemente un netto passo indietro.