

UN DIRITTO DEL LAVORO PER L'ULTIMO DELLA FILA

*relazione al convegno proposto da AgeSoL su "Penalità e lavoro.
Prospettive e impegni per l'Italia di oggi" – Milano, 2 aprile 2004*

Sommario: 1. L'idea di Rawls: la civiltà si misura sul benessere dell'ultimo. - 2. Il vecchio diritto del lavoro, come meccanismo di costruzione dell'uguaglianza attraverso una mutua assicurazione tra lavoratori. - 3. I difetti del vecchio meccanismo giuslavoristico dal punto di vista del portatore di handicap sociale. - 4. La crisi del vecchio diritto del lavoro egualitario. Il nuovo modello centrato sulla protezione del lavoratore nel mercato prima ancora che nel rapporto di lavoro, - 5. La flessibilità della protezione nell'interesse di chi sta peggio. Che cosa mancava nel "Patto per Milano" del 2000 e manca nella "legge Biagi" del 2003. - 6. Il ruolo indispensabile di un terzo garante. - 7. Derogare all'eguaglianza formale per costruire l'eguaglianza sostanziale tra diseguali.

1. L'idea di Rawls: la civiltà si misura sul benessere dell'ultimo

Secondo la teoria della giustizia proposta da John Rawls ⁽¹⁾, che ha profondamente segnato la cultura politica dell'intero Occidente nell'ultimo trentennio, il grado di civiltà di un ordinamento non si misura né sul grado di benessere del cittadino medio, né sul reddito medio *pro capite*, e tanto meno sul prodotto nazionale lordo, ma sul grado di benessere della parte dei cittadini ha avuto in sorte la posizione peggiore: sulle garanzie e le opportunità che il sistema offre agli ultimi della fila.

L'idea del grande filosofo della politica statunitense ⁽²⁾ è che, in una situazione ideale originaria nella quale gli individui, liberi e razionali, ignorino la propria posizione concreta (il "velo dell'ignoranza"), cioè non conoscano le dotazioni e posizioni sociali riservate a ciascuno di loro in un futuro incerto (la "lotteria naturale"), ma ben conoscano la propria avversione al rischio di trovarsi tra i diseredati e gli esclusi dal benessere, essi siano indotti - dal proprio interesse egoisticamente inteso, prima ancora e indipendentemente da eventuali motivi etici - a scegliere di darsi un assetto sociale ispirato a un principio di uguaglianza, che si concreta in regole di massima uniformità nella distribuzione dei diritti fondamentali e che consente eventuali disuguaglianze nella distribuzione di diritti e risorse soltanto quando queste operino in favore di chi risulti in concreto svantaggiato, al fine di ridurre lo svantaggio. L'ordinamento fondato su questo principio si propone dunque di perseguire l'uguaglianza nonostante le diversità di dotazioni e di posizioni sociali destinate a determinarsi via via in concreto, anzi contrastando tale diversità sul nascere, oppure contrastandone gli effetti differenziatori sul piano della ricchezza e del benessere.

È facile vedere nell'idea di giustizia di Rawls una lettura moderna del principio di uguaglianza in senso dinamico ("eguagliamento") contenuto nell'articolo 3 della nostra Costituzione, il quale obbliga la Repubblica a "rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese".

⁽¹⁾ J. RAWLS, *A Theory of Justice*, 1971. tr. it. a cura di S. Maffettone, Milano, Feltrinelli, 1982.

⁽²⁾ "... noi non facciamo altro che riunire in una sola concezione un insieme di condizioni ... che, dopo opportuna riflessione, siamo pronti a riconoscere come ragionevoli. ... Un modo di guardare all'idea della posizione originaria è ... quello di vederla come un artificio espositivo che riassume il significato di queste condizioni e ci aiuta a trarne le conseguenze" (J. RAWLS, op. cit. nella nota prec., p. 35 dell'edizione italiana).

2. Il vecchio diritto del lavoro, come meccanismo di costruzione dell'uguaglianza attraverso una mutua assicurazione tra lavoratori

L'impianto tradizionale del nostro diritto del lavoro presenta una forte assonanza con l'idea fondamentale di Rawls: esso tende a far sì che le condizioni contrattuali di lavoro siano negoziate, con effetti tendenzialmente stabili, in una situazione di ignoranza o forzata indifferenza del datore di lavoro circa le dotazioni e qualità dei singoli lavoratori, analoga a quella che nel paradigma rawlsiano viene assunta come "situazione originaria", caratterizzata dal "velo dell'ignoranza". Alcuni istituti giuslavoristici sembrano creati proprio allo scopo di produrre un effetto di eguaglianza fra i lavoratori, facendo sì che la determinazione iniziale del trattamento in sede di negoziazione individuale prescindano il più possibile dalla produttività effettiva del singolo e proteggendo, nei limiti del possibile, i più deboli contro successive riduzioni, motivate dal manifestarsi di difetti di produttività, anche mediante la limitazione della facoltà di recesso dell'imprenditore. In particolare, questi istituti fanno leva sull'asimmetria informativa per cui il datore di lavoro al momento dell'assunzione conosce male le capacità del giovane lavoratore al primo impiego: essi tendono, per così dire, a coltivare quella asimmetria informativa, ostacolando tutto quanto può ridurla, nella fase della costituzione e stabilizzazione del rapporto (con l'effetto che il trattamento contrattuale deve essere fissato *ex ante*, sulla base della produttività media attesa "di categoria") e a impedire l'aggiustamento successivo stabilizzando il rapporto di lavoro tendenzialmente per l'intera vita del lavoratore.

Considerato in questo modo, il contratto di lavoro subordinato funziona come una sorta di polizza assicurativa, accollando all'impresa il rischio dell'inefficienza futura (non causata da colpa osservabile) e producendo così un effetto di eguagliamento tra i lavoratori. Un meccanismo di mutua assicurazione nel quale il sostegno al trattamento del più debole è dato dal surplus di produttività del più forte.

Svolgono di fatto, in maggiore o minore misura, la funzione di impedire la conoscibilità *ex ante* delle qualità produttive del lavoratore:

- la regola del *collocamento al lavoro sulla base di "richiesta numerica" per categoria e qualifica*, richiesta presentata dal datore di lavoro all'organizzazione sindacale (clausola di *closed shop* nelle sue versioni più severe *pre-entry* e *labour pool c. s.*) oppure all'ufficio di collocamento pubblico, il quale procede all'avviamento sulla base di graduatorie basate soltanto sull'anzianità di iscrizione alla lista e dei carichi di famiglia; e questa una regola che, nella seconda versione, è rimasta in vigore nel nostro Paese come norma generale - ancorché limitata da numerose eccezioni e di fatto larghissimamente disapplicata - fino al 1991; si applica tuttora per il collocamento obbligatorio dei disabili;

- la *disciplina limitativa del patto di prova* e in particolare la relativa limitazione temporale inderogabile;

- la *disciplina limitativa del contratto a tempo determinato e del lavoro temporaneo tramite agenzia*, che impedisce l'uso del rapporto a termine come un lungo periodo di prova;

- i *divieti di indagini del datore di lavoro* sulle opinioni e la vita privata del lavoratore, sui suoi precedenti penali, sulle sue malattie e il suo stato di salute;

- i *meccanismi di progressione di carriera riferiti alla sola anzianità di servizio* (promozione automatica), diffusamente previsti dalla contrattazione collettiva.

Svolgono invece di fatto la funzione di impedire l'aggiustamento *ex post* del trattamento alle qualità produttive del lavoratore, conosciute dal datore di lavoro in costanza di rapporto:

- i *meccanismi di progressione retributiva automatica riferiti all'anzianità di servizio* (scatti di anzianità), questi pure diffusamente previsti dalla contrattazione collettiva;

- in generale, tutte le *regole che privilegiano la seniority* nella scelta dei lavoratori da sospendere dal lavoro, collocare in mobilità o comunque licenziare (*last in first out*): sono le regole che hanno la massima diffusione su scala mondiale;

- la *disciplina limitativa dei licenziamenti*, nella misura in cui impedisce al datore di lavoro di sostituire il lavoratore che si rivela in concreto meno capace di adattarsi agli *shock* tecnologici, o comunque si rivela o diventa meno produttivo per cause inerenti alla sua persona.

L'assimilazione del meccanismo fondato sull'insieme di questi istituti al paradigma rawlsiano consente di individuare una giustificazione razionale di questa parte del diritto del lavoro: di considerare cioè come ragion d'essere del diritto del lavoro, almeno nella sua parte qui considerata, una preferenza *a priori* per l'uguaglianza, derivante a sua volta dall'avversione al rischio che connota la generalità degli esseri umani quando si trovano sotto il "velo dell'ignoranza" riguardo alla loro posizione sociale futura e alle dotazioni di cui disporranno.

3. I difetti del vecchio meccanismo giuslavoristico, dal punto di vista del portatore di handicap sociale

Proprio in riferimento al principio di uguaglianza, il vecchio meccanismo egualitario del nostro diritto del lavoro presenta tuttavia alcuni difetti gravi:

- innanzitutto, più il lavoro regolare è stabile, più è difficile per il disoccupato, il precario e l'irregolare uscire dalla loro posizione (è il fenomeno, ben noto a sociologi ed economisti, del mercato del lavoro duale);

- in secondo luogo, il lavoratore meno efficiente che, nonostante la protezione contro il licenziamento offertagli dal sistema, si trova per avventura a perdere il posto, si trova a offrire una prestazione della quale è ormai conoscibile la minore produttività, che la colloca nella parte della categoria inferiore alla media; e lo stesso accade al portatore di un handicap sociale, quale è il pregiudicato, il semilibero, l'*ex-tossicodipendente*; lo standard minimo inderogabile di trattamento determinato in riferimento alla produttività media della categoria si ritorce dunque contro il lavoratore più debole, esponendolo al rischio di disoccupazione di lunga durata;

- infine, in un mercato caratterizzato dall'asimmetria informativa circa la qualità delle prestazioni lavorative offerte (di cui si è detto sopra), i lavoratori più efficienti, scegliendo di collocarsi al di fuori dell'area di applicazione della protezione, possono sottrarsi al meccanismo egualitario: il fenomeno può manifestarsi sotto forma di spostamento dall'area del lavoro subordinato a quella del lavoro autonomo, oppure sotto forma di spostamento dal paese con tasso di rigidità della protezione del lavoro più elevato a quello con tasso inferiore; quando questo accade, il meccanismo egualitario si riduce a un meccanismo di solidarietà tra i soli più deboli e aumentano le disuguaglianze tra questi e i più lavoratori professionalmente più forti.

In un sistema di mercato nel quale l'ordinamento non possa offrire una garanzia assoluta contro il rischio di disoccupazione o di occupazione irregolare, e che non possa impedire la fuga dei più forti dall'area protetta, il vecchio modello di protezione del lavoro produce dunque anche effetti difficilmente conciliabili con l'ideale egualitario e in particolare con l'idea rawlsiana di giustizia.

4. La crisi del vecchio diritto del lavoro egualitario. Il nuovo modello centrato sulla protezione del lavoratore nel mercato prima ancora che nel rapporto di lavoro

Sta di fatto che nei Paesi più sviluppati si assiste, nell'ultimo quindicennio, a una tendenza generale al depotenziamento, più o meno marcato, delle istituzioni giuslavoristiche

ispirate al vecchio meccanismo egualitaristico. Per ciò che riguarda l'ordinamento italiano, questa tendenza caratterizza l'evoluzione del diritto del lavoro già da un quarto di secolo:

- dalla prima metà degli anni '80 ha incominciato a essere gradualmente depotenziata la regola del collocamento su richiesta numerica, fino alla sua abrogazione totale avvenuta nel 1991;

- dalla fine degli anni '70 ha incominciato a essere gradualmente flessibilizzata la disciplina limitativa del contratto a termine; nel 2001 è stata emanata una riforma della materia fortemente liberalizzatrice, almeno negli intendimenti del legislatore;

- dal 1997 è consentita la fornitura di lavoro temporaneo da parte di agenzie specializzate; dal 2003 questa è consentita in tutti i casi nei quali è consentita l'assunzione a termine; di fatto il lavoro temporaneo tramite agenzia è largamente utilizzato in sostituzione del patto di prova;

- dall'inizio degli anni '80 l'ordinamento ha previsto come forma normale di ingresso dei giovani nel mercato del lavoro un rapporto di lavoro a termine, fosse esso denominato apprendistato, contratto di formazione e lavoro, oppure – con la riforma del 2003 – “contratto di inserimento”;

- il baricentro della contrattazione collettiva tende a spostarsi dal centro (contratto collettivo nazionale di settore) alla periferia, con lo sviluppo di una contrattazione aziendale volta a commisurare gli standard di trattamento dei lavoratori ai livelli effettivi di produttività; e l'ordinamento guarda con favore a questa tendenza, offrendo dal 1993 uno sgravio contributivo – ancorché per ora entro un limite ridotto – per la parte di retribuzione negoziata in riferimento alla produttività o alla redditività della singola azienda.

Il diritto del lavoro italiano vede dunque da tempo ridursi il suo orientamento al perseguimento dell'eguaglianza *a priori*; e questo fenomeno è forse più accentuato in Italia rispetto agli altri Paesi europei proprio perché quell'orientamento è stato fino ad epoca recente più marcato nel nostro ordinamento giuslavoristico rispetto agli altri.

Va anche detto che in altri Paesi europei – e soprattutto in quelli del Nord-Europa – il valore dell'uguaglianza in una accezione *lato sensu* rawlsiana è stato invece perseguito, nella seconda metà del secolo XX, soprattutto con la costruzione di sistemi assai efficienti di assistenza ai lavoratori *nel mercato* del lavoro, prima e più che di protezione *nel rapporto* di lavoro: sistemi capaci di neutralizzare efficacemente i difetti di dotazione di cui soffre la parte più debole dei lavoratori, offrendo loro un sovrappiù di servizi di informazione, ricerca intensiva e personalizzata delle possibilità di occupazione, orientamento e formazione professionale mirata, assistenza alla mobilità professionale e geografica. Cosicché gli “ultimi della fila”, a quelle latitudini, hanno sempre goduto di una condizione complessiva assai migliore di quella dei loro omologhi italiani. Di fatto, l'uguaglianza che prescinde dalle differenze di dotazione e di produttività individuale è stata realizzata lì assai più e meglio che da noi, con una strumentazione diversa da quella con cui noi per mezzo secolo ci siamo proposti di perseguirla. Ed è quella probabilmente la via maestra che si offre oggi anche a noi per rilanciare efficacemente un'opzione rawlsiana del nostro sistema, ammesso che tale opzione sia ancora all'ordine del giorno.

Oltre a imboccare quella via maestra, però, dobbiamo adoperarci per disattivare i meccanismi di esclusione che possono nascondersi nel sistema di protezione del lavoro regolare.

5. La flessibilità della protezione nell'interesse di chi sta peggio. Che cosa mancava nel “Patto per Milano” del 2000 e manca nella “legge Biagi” del 2003

Torniamo dunque ai difetti del vecchio impianto protettivo, di cui si è detto nel § 3, e in particolare all'effetto indesiderato per cui il trattamento inderogabile fissato in relazione alla produttività media della categoria professionale finisce col determinare l'esclusione del

lavoratore il cui handicap sul piano produttivo – cioè la sua appartenenza alla metà inferiore della categoria - sia ormai conoscibile da parte delle imprese interessate

Le protezioni inderogabili “pericolose” per gli ultimi della fila sono costituite principalmente:

- dagli standard retributivi minimi tarati sulla produttività media di categoria,
- dagli standard rigidi relativi all'*estensione, collocazione e continuità* del tempo di lavoro giornaliero e settimanale,
- dagli standard relativi alla stabilità del posto di lavoro.

Sono numerosi i casi nei quali l’inserimento di un lavoratore debole nel tessuto produttivo è possibile soltanto a condizione che si deroghi a uno o più di questi standard. Dal punto di vista della costruzione dell’eguaglianza, questa deroga è dunque accettabile, ma soltanto a condizione che essa non dia luogo a una condizione permanente di sottoprotezione per una parte dei lavoratori. In altre parole, la deroga necessaria per l’inserimento del più debole è accettabile se è *controllata* ed effettivamente *reversibile*.

In questa luce possiamo riconsiderare la vicenda del controverso “Patto per Milano” del 2000, sul quale si sono scontrate le forze politiche nel capoluogo ambrosiano, si è spaccato il movimento sindacale e un giuslavorista ha perso la vita. L’idea fondamentale di quell’accordo era giusta: dar luogo a una flessibilità degli standard in funzione dell’inserimento nel tessuto produttivo della parte più debole della forza lavoro, cioè dei portatori di handicap sociale: gli extra-comunitari, gli *ex*-detenuti o comunque pregiudicati, gli *ex*-tossicodipendenti, i disoccupati di lunga durata. Anche la Cgil condivideva questa idea; ma, a torto o a ragione, riteneva insufficienti nell’accordo clausole e meccanismi di controllo e di garanzia della temporaneità e reversibilità delle deroghe: di garanzia, cioè, contro il rischio che l’accordo non generasse una sorta di *apartheid*, ovvero una sorta di “diritto del lavoro di serie B” applicabile a una classe di lavoratori stabilmente “inferiori” agli altri.

Dico “a torto o a ragione”, perché in realtà, almeno in embrione, quelle clausole e quei meccanismi nel “Patto per Milano” erano previsti: si trattava di lavorare su quelle disposizioni per dare loro maggiore consistenza, renderle più efficaci; e credo che Cisl e Uil sarebbero state più che disposte a lavorare ulteriormente in quella direzione. Senonché allora prevalse sul terreno politico – nell’opposizione non meno che nella maggioranza – la volontà di contrapposizione; e le confederazioni sindacali non seppero far prevalere su di essa la loro autonomia. Successivamente, l’anno scorso, la lacerazione nel movimento sindacale milanese è stata ricucita e si è arrivati alla stipulazione di un nuovo accordo unitario con il Comune e l’Assolombarda; ma si è trattato di un accordo soltanto su direttive generali di azione: il discorso avviato con il “Patto per Milano” è stato lasciato cadere, non è stata riavviata la costruzione di quei meccanismi di controllo e di garanzia della reversibilità delle deroghe agli standard, che avrebbero consentito di sperimentare su larga scala la flessibilità nell’interesse degli ultimi, dei più sfortunati. Si è parlato d’altro.

Un discorso analogo vale in riferimento alla riforma del mercato del lavoro varata l’anno scorso dal Governo e comunemente indicata come “legge Biagi” (decreto legislativo n. 276/2003): essa riconosce e disciplina vecchie e nuove flessibilità senza incidere sensibilmente sulla dualità del nostro tessuto produttivo. In particolare, l’introduzione del nuovo istituto della “certificazione” avrebbe potuto costituire un’occasione interessante per costruire un sistema di flessibilità degli standard – legislativi o collettivi – in funzione dell’inserimento nel tessuto produttivo di persone svantaggiate, funzionando caso per caso la “certificazione” in sede sindacale o amministrativa come meccanismo di controllo della sussistenza del giustificato motivo della deroga negoziata e di garanzia di reversibilità della deroga stessa; invece questo uso intelligente della “certificazione” nell’interesse di chi soffre di un handicap sociale nella legge non è previsto.

6. Il ruolo indispensabile di un terzo garante

Occorre dunque costruire un ordinamento capace – oltre che di assistere adeguatamente i lavoratori nel mercato prima ancora che proteggerli nel rapporto di lavoro – di adattare gli standard di trattamento alle esigenze di inserimento degli ultimi, impedendo che la differenziazione iniziale si stabilizzi, cioè si trasformi in discriminazione.

La genuinità di questa prospettiva, in riferimento a ciascun caso concreto, può essere assicurata dalla partecipazione al “contratto in deroga” di un soggetto terzo, indipendente e affidabile, capace di fungere da garante della finalizzazione corretta del contratto stesso: un garante capace di certificare oggi la necessità della deroga, in considerazione dell’handicap di cui soffre il lavoratore, di controllare in corso d’opera la correttezza di svolgimento del rapporto, di verificare in concreto la necessità di eventuali proroghe e consentirne la stabilizzazione solo in casi rari e molto particolari di irreversibilità della condizione di svantaggio personale del lavoratore.

Si può fare riferimento, in proposito, a diverse esperienze positive nel settore dell’inserimento al lavoro di minori in difficoltà mediante contratti di lavoro con standard di trattamento ridotti, nelle quali la funzione di garante, è stata svolta dal Centro Ausiliario Minorile presso il dal Tribunale dei Minori, o da un Servizio comunale di assistenza; un meccanismo di questo genere è previsto dallo statuto e dal regolamento della Cooperativa milanese “Di Mano in Mano”, che in questo modo ha potuto dare lavoro nell’ultimo decennio, in forme atipiche ma non illegittime, a decine di ragazzi in grave o gravissima difficoltà. Nulla vieta di pensare alla possibilità di coinvolgimento, domani, in questa funzione anche del Giudice di sorveglianza per l’inserimento nel tessuto produttivo regolare di detenuti o semiliberi, della Direzione provinciale del lavoro o altri organi amministrativi per la soluzione dello stesso problema in altri settori.

7. Derogare all’eguaglianza formale per costruire l’eguaglianza sostanziale tra diseguali

Don Lorenzo Milani diceva che “fare parti eguali fra diseguali è la peggiore delle ingiustizie”. Anche applicare un diritto del lavoro formalmente eguale fra diseguali può, in certe circostanze, produrre ingiustizia, nella forma dell’esclusione. La sfida che ci attende è quella della costruzione di un ordinamento del mercato del lavoro capace, ricorrendo quelle circostanze, di praticare temporaneamente una deroga all’eguaglianza formale, in funzione dell’inserimento al lavoro di chi altrimenti ne resterebbe escluso, con la ragionevole prospettiva di una eguaglianza sostanziale in un futuro non lontano.

In un’ottica rawlsiana, il rifiuto di questa flessibilità nell’interesse del più svantaggiato è, a ben vedere, indifendibile.