

## Sulla materialità del diritto del lavoro\*

### Note epistemologiche sui valori

di Vincenzo Bavaro

professore di diritto del lavoro nell'Università di Bari "Aldo Moro"

**Sommario:** 1. Premessa sulla dottrina dei valori nel diritto del lavoro - 2. Sulla razionalità giuridica e la razionalità economica: sul rapporto fra *Jus* e *Oikos-Nomos* - 3. Sulla razionalità materiale del diritto (del lavoro) - 4. Sulla costituzione materiale del valore Lavoro - 5. Sulla razionalità materiale e sulla razionalità pratica nella giurisprudenza del lavoro - 6. Conclusione sulla costituzione materiale dei valori

#### 1. Premessa sulla dottrina dei valori nel diritto del lavoro

L'oggetto di questo saggio prende le mosse dalla dottrina giuslavorista dei 'valori' come fondamento del Diritto del Lavoro. L'obiettivo di queste note è analizzare criticamente il metodo col quale la scienza giuslavorista si appropria ai suddetti valori, soprattutto quando essi trovano riconoscimento nei processi di costituzionalizzazione dell'ordinamento giuridico e che, perciò, trovano espressione ai vari livelli dell'ordinamento: dalla legislazione (nazionale e sovranazionale) alla giurisdizione (costituzionale, sovranazionale, di legittimità e di merito)<sup>1</sup>.

In premessa, mi pare necessario richiamare l'ampio dibattito dottrinale sul fondamento valoriale del diritto del lavoro, rispetto al quale mi limiterò a citare solo alcune fra le pubblicazioni più recenti di quegli studiosi che più di altri si sono dedicati a questa tematica<sup>2</sup>.

A me pare che vi sia un ampio consenso nel sostenere che il diritto del lavoro è fondato su valori. Secondo Valerio Speciale, per esempio, il diritto del lavoro è un vero e proprio «diritto dei valori» come «conseguenza inevitabile della costituzionalizzazione dei sistemi politici e sociali, con il rinvio a valori che vincolano il legislatore nel senso indicato e condizionano anche il giudice a cui forniscono "parametri di interpretazione teleologica"»<sup>3</sup>. Il piano valoriale, dunque, sarebbe l'essenza stessa del diritto del lavoro, tant'è che – secondo Giorgio Fontana - «abbandonare il terreno dei valori e l'ineludibile prospettiva assiologica del diritto, per un approccio pragmatico e minimalista ... sarebbe del resto come rinunciare all'autonomia del diritto del lavoro»<sup>4</sup>. In altri termini, i valori sarebbero il fondamento del Diritto del lavoro al punto che senza di essi non ci sarebbe l'autonomia del Diritto del lavoro; ci sarebbe eteronomia, un *Nomos* proveniente dall'esterno del Diritto del lavoro: e questo *Nomos* – ecco il punto caratterizzante tutta la discussione - sarebbe la 'razionalità economica'. Valerio Speciale e Adalberto Perulli lo scrivono come la prima delle loro *Dieci tesi sul diritto del lavoro*: «il diritto del lavoro non può che innervarsi entro una cornice filosofico-politica più ampia rispetto alla razionalità economica, che riguarda la società e i rapporti sociali come un costrutto di

\* Il saggio è stato scritto in omaggio a Valerio Speciale. È di prossima pubblicazione in *Il diritto del lavoro nell'era delle transizioni*, a cura di P. Albi, Pacini Giuridica, 2024.

<sup>1</sup> Questa precisazione – seppur con qualche differenza e senza un approfondimento generale, limitandosi al ruolo della giurisprudenza ordinaria - è stata recentemente proposta da R. De Luca Tamajo, «Le tecniche interpretative nel diritto del lavoro tra cognitivismo e bilanciamento "creativo"», in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2023, I, p. 485 ss.

<sup>2</sup> Negli ultimi anni vi sono state diverse pubblicazioni che hanno ben rappresentato questa attenzione, fra le quali mi limito a segnalare *The Idea of Labour Law* (edited by G. Davidov, B. Langille), Oxford University Press, 2011; *The Philosophical Foundations of Labour Law* (edited by H. Collins, G. Lester, V. Mantouvalou), Oxford University Press, 2018; *The Capability Approach to Labour Law* (edited by B. Langille), Oxford University Press, 2019; *Il diritto del lavoro e la grande trasformazione. Valori, attori, regolazione* (a cura di B. Caruso, R. Del Punta, T. Treu), il Mulino, Bologna, 2020. In particolare, prenderò le mosse dal più recente volume *Valori e tecniche nel diritto del lavoro* (a cura di R. del Punta), Firenze University Press, 2022.

<sup>3</sup> V. Speciale, «Il 'diritto dei valori'. La tirannia dei valori economici e il lavoro nella Costituzione e nelle fonti europee», in *Valori e tecniche nel diritto del lavoro* cit., p. 129.

<sup>4</sup> G. Fontana, «Il diritto del lavoro e i valori nella crisi», in *Valori e tecniche nel diritto del lavoro*, cit., p. 93.

movimenti ed azioni guidate da un sistema comune di valori condivisi e non come un'indistinta e caotica interazione di interessi egoistici, forieri di norme dettate dai puri rapporti di forza»<sup>5</sup>.

La dottrina dei valori nel diritto del lavoro, dunque, sembra essere concorde nell'affermare che c'è una dimensione assiologica di questa branca del diritto (presumo che lo pensino anche per tutte le altre branche del diritto) e nell'identificare nei valori fondativi ciò in cui consiste l'autonomia stessa del Diritto del lavoro: cioè a dire, l'autonomia dall'Economia.

In questa prospettiva, il dibattito sui valori finisce per coincidere col dibattito sul rapporto fra diritto ed economia che ha impegnato una parte della dottrina giuslavorista. In questa sede mi limito a richiamare non tanto la dottrina italiana più ortodossa nell'applicazione della *Law and Economics* al diritto del lavoro<sup>6</sup> quanto la posizione di Riccardo Del Punta il quale, però, pur invocando «l'apertura cognitiva ... [per] verificare la "tenuta" del diritto del lavoro alla luce dei dettami dell'efficienza economica», concludeva scrivendo che «l'essenza della razionalità (o ragione) giuridica, e segnatamente giuslavoristica, è di essere una razionalità di sintesi, che assorbe la razionalità economica all'interno di un quadro di riferimenti più ampio»<sup>7</sup>. In altre parole, secondo una accurata sintesi proposta da Marco Novella, occorre evitare che «nel diritto del lavoro [venga] a mancare il più importante presupposto che consente la convertibilità dell'argomentazione economica in argomentazione giuridica, ossia l'esistenza di norme che abbiano fini valutabili con tecniche economicistiche»<sup>8</sup>. Quindi, anche questa dottrina lascia intendere che vi sono valori che fondano il diritto del lavoro, da una parte, e un proprio e autonomo valore dell'efficienza economica, dall'altra<sup>9</sup>.

Il punto è che la contesa fra Diritto del Lavoro coi suoi valori, da una parte, ed efficienza economica, dall'altra, esprime in realtà una contesa fra valori diversi, soprattutto quando – si badi bene – sono comunque tutti riconosciuti dall'ordinamento giuridico costituzionale. Il dissenso fra Del Punta, che più di recente auspicava una «reinterpretazione» dei valori costituzionali alla luce delle trasformazioni economiche in favore di un diritto del lavoro «sostenibile»<sup>10</sup>, e Valerio Speciale, che pure riconosce il fondamento «costituzionale» dei valori «economici» (dalla libertà d'impresa alla libertà di mercato sanciti da tutti i livelli ordinamentali visto che «Trattati e Carte dei diritti fondamentali ... hanno anche 'positivizzato' numerosi ulteriori valori economici: occupazione, iniziativa economica privata, libertà di impresa, tutela del mercato e della concorrenza, proprietà privata»<sup>11</sup>), non è fra il Diritto del lavoro coi suoi valori e la razionalità economica, ma un dissenso sulla gerarchia fra questi valori plurali. Non esiste la razionalità economica (o il realismo economico) assoluto ma la razionalità dell'economia si definisce con l'efficienza sulla base degli obiettivi

<sup>5</sup> V. Speciale e A. Perulli, *Dieci tesi sul diritto del lavoro*, il Mulino, Bologna, 2022, p. 38.

<sup>6</sup> Cfr. P. Ichino, «Il dialogo tra economia e diritto del lavoro», in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2001, I, p. 160 ss.

<sup>7</sup> R. Del Punta, «L'economia e le ragioni del diritto del lavoro», in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2001, rispettivamente p. 9 e 39.

<sup>8</sup> M. Novella, «Analisi economica del diritto e interpretazione nel diritto del lavoro», in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2002, I, p. 341.

<sup>9</sup> Mi sembra opportuno richiamare un saggio del 2011 di T. Sachs, pubblicato in due parti, nel quale l'Autrice, utilizzando diverse sentenze giudiziarie francesi, giunge alla stessa conclusione della teoria dei valori: «il realismo della ragione economica tende a produrre, nel diritto del lavoro, quello che si potrebbe definire ... effetto reale. Questo dipende dagli enunciati economici che il diritto del lavoro utilizza come descrizione, sul presupposto che esprimano fedelmente il funzionamento della realtà ... Sembra così ispirarsi all'osservazione della materialità economica per asserire le sue proprie categorie e ragionamenti». Ma, «se il realismo ha una virtù, è la sua forza persuasiva. Ma questa forza ha il suo lato oscuro, allorché il realismo diventa misticismo» (T. Sachs, «La raison économique en droit du travail: une raison réaliste (1ere partie)», in *Revue de Droit du Travail*, 2011, p. 557). Invece, «la negazione dell'azione umana di cui è espressione la ragione realista in materia economica coabita male con certe categorie giuridiche» perché «si apre un mondo che misconosce la ragione realista: quello dei valori, che s'incarnano nei fini e nei mezzi dell'azione [umana]» (T. Sachs, «La raison économique en droit du travail: une raison pluraliste (2eme partie)», in *Revue de Droit du Travail*, 2011, pp. 618-619) (traduzione mia).

<sup>10</sup> R. Del Punta, «Valori del diritto del lavoro ed economia di mercato», in Working Paper «Massimo D'Antona», n. 395/2019 sul quale v. da ultimo A. Perulli, «La filosofia dei valori in Riccardo del Punta», in W. Chiaromonte, M.L. Vallauri (a cura di), *Trasformazioni, valori e regole del lavoro. Scritti per Riccardo Del Punta*, Firenze University Press, 2024 (in corso di pubblicazione).

<sup>11</sup> V. Speciale, «Il diritto dei valori...» cit., p. 139.

economici che si intendono raggiungere; per esempio, obiettivi neoliberisti (come presuppone la *Law and Economics*) come pure obiettivi sociali<sup>12</sup>.

Insomma, bisognerebbe assumere, una volta per tutte, che non c'è un piano del Diritto (del lavoro) separato e antagonista rispetto al piano dell'Economia, dato che l'ordinamento giuridico introietta e sancisce sia valori *non economici* (come pensa la dottrina giuslavorista maggioritaria) sia valori *economici*. Su questo punto tornerò nelle pagine seguenti. Per ora mi basta premettere che i termini della contesa riguardano, piuttosto, l'ordine gerarchico fra tutti i valori introiettati nei sistemi costituzionali.

Su questo piano, le argomentazioni delle due posizioni diventano ancor più discutibili perché, posto che il costituzionalismo sociale del secondo dopoguerra ha assunto una pluralità di valori a proprio fondamento, finanche contrastanti fra loro (per fare un esempio sul diritto del lavoro, pensiamo al valore della libera iniziativa economica ex art. 41, comma 1, Cost. e al valore del diritto al lavoro ex art. 4 Cost.), il problema sta tutto nel riuscire a fare un equilibrato bilanciamento per la «oggettivazione dei valori» mediante «argomentazione *auto-controllata*», tenendo conto della «prospettiva plurale»<sup>13</sup>.

Dunque, il discorso sui valori dell'ordinamento giuridico, nel rivendicare l'autonomia del Diritto del lavoro dall'Economia, non fa che contestare la tirannia dei c.d. valori economici sui c.d. valori lavoristi, al punto che – per fare un esempio – secondo Valerio Speciale una legislazione del lavoro quale quella degli ultimi decenni «si pone in contrasto con i principi e le regole espresse dalla Costituzione e dalle fonti europee»<sup>14</sup>. Eppure, secondo Luca Nogler, pur confermando il principio lavorista a fondamento dell'ordinamento costituzionale, grazie al ragionevole bilanciamento, «non c'è più spazio per l'orientamento per il quale sarebbero contrarie a Costituzione le “forme non stabili di lavoro” così come la mancata previsione della tutela reale contro i licenziamenti ingiustificati...»<sup>15</sup>. Come si vede, due autorevoli giuslavoristi, pur ispirandosi a una medesima gerarchia di valori, sostengono l'opposto.

A queste posizioni va, poi, opposta la tesi di coloro che – al contrario – denunciano la «tirannia» dei valori lavoristici a discapito dei valori della libertà economica e d'impresa<sup>16</sup>. E tutte, a ben vedere, possono riconoscersi nella tesi di chi scrive che l'essenza del diritto del lavoro è nella sua «funzione fondamentale e ancora oggi attuale: la funzione di offrire una soluzione tecnicamente ragionevole e socialmente sostenibile ai problemi del lavoro in una economia di mercato». Tesi molto interessante perché connette la “tecnica” giuridica alla “società” indicando in questa correlazione l'autorità del punto di vista giuridico come «strada maestra da percorrere». Senonché, anche per Michele Tiraboschi – per stare all'esempio della tutela in materia di licenziamento illegittimo - «non è possibile sostenere che la disciplina di tutela della conservazione del posto di lavoro contro i licenziamenti illegittimi sia indissolubilmente connessa alla dignità sociale dei lavoratori»<sup>17</sup>.

Ebbene, come spiegare questa difformità di analisi e valutazione? Solo sul piano della contesa argomentativa avventurandosi nello scrutinio di coerenza e correttezza dell'«argomentazione *auto-*

<sup>12</sup> La mistificazione della *Law and Economics* l'ha ben descritta N. Irti, «Teoria generale del diritto e problema del mercato», in *Riv. Dir. Civ.*, 1999, I, p. 14, allorché scrisse che «la rozza invocazione di un mercato libero, come “mercato senza norme” (...) nasconde, sotto lo sproposito logico, l'interesse all'abolizione di date norme: interesse politico, poiché politico è sempre il conflitto intorno al contenuto delle norme». Piuttosto, scrive sempre N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, Roma-Bari, 1998, p. 45, «al dualismo di forma e contenuto, di vaso e materia, deve energicamente opporsi la teoria unitaria e monistica, onde l'istituto economico è istituto giuridico, non concepibile fuori dalle norme disciplinanti»

<sup>13</sup> V. Maio, «Valori e tecniche nell'assetto dei licenziamenti emergente dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 194 del 2018», in *Valori e tecniche nel diritto del lavoro cit.*, p. 207.

<sup>14</sup> V. Speciale, *op. cit.*, p. 157.

<sup>15</sup> L. Nogler, «Dal “principio lavorista” al diritto costituzionale sull'attività umana: primo abbozzo», in *L'attualità dei principi fondamentali della Costituzione dopo settant'anni* (a cura di M. Della Morte, F.R. De Martino, L. Ronchetti), Bologna, 2020, p. 189.

<sup>16</sup> V. per tutti i due saggi di M. Persiani, «Diritto del lavoro e autorità del punto di vista giuridico», in *Arg. Dir. Lav.*, 2000, p. 1 ss. e «Diritto del lavoro e razionalità», in *Arg. Dir. Lav.*, 2005, p. 1 ss. e quello più recente di M. Marazza, «Il diritto del lavoro per la sostenibilità del valore sociale dell'impresa», in *XX Congresso nazionale AIDLASS, Taranto 28-30 ottobre 2021*, La Tribuna, Milano, p. 191 ss.

<sup>17</sup> M. Tiraboschi, *Persona e lavoro tra tutele e mercato. Per una nuova ontologia del lavoro nel discorso giuslavoristico*, Adapt University Press, 2019, rispettivamente p. 70 e 90.

*controllata*»? A mio avviso – seguendo Riccardo Guastini<sup>18</sup> - il bilanciamento non è altro che il modo attraverso cui s'impone una gerarchia fra valori in quanto – per stare proprio al Diritto del lavoro - la sentenza del Giudice, pur premettendo un bilanciamento dei valori, finisce per dare ragione o al lavoratore o all'impresa. Partendo da un certo scetticismo nei confronti del meta-valore del bilanciamento col quale, *in pratica*, si finisce per legittimare una certa gerarchia di valori, l'ipotesi epistemologica che mi pare più convincente si basa sulla materialità del diritto del lavoro e dei suoi valori, una ipotesi che inquadra l'intero ordinamento giuridico coi suoi valori fondanti, con le sue norme - costituzionali e ordinarie – e con la loro interpretazione – prima di tutto, giurisdizionale - nella realtà materiale in cui quella norma si istituisce e si applica, la realtà materiale di cui è espressione, ben sapendo che non è data *in rerum natura* ma è istituita da una posizione politica (ecco lo *jus positum*), perciò frutto di un valore<sup>19</sup>.

Occorre chiedersi se la materialità dei valori lavoristici non presupponga niente altro che distinguere due momenti nella conoscenza del diritto: il momento scientifico dell'analisi e quello politico dell'argomentazione valoriale. Il diritto materiale del lavoro certamente presuppone il «diritto positivo», ma nega che esso sia un autonomo portatore di valori contrastante con i processi economici e sociali e la loro razionalità<sup>20</sup>. Questo 'metodo di conoscenza' (perciò si tratta di ipotesi epistemologica) può indurre taluni a ritenere che si tratta di una posizione nichilista<sup>21</sup> in quanto finirebbe per riconoscere piena legittimità a qualsiasi posizione o interpretazione (per stare agli esempi che ho fatto prima, sia alla posizione di Speziale che a quella di Nogler, sia alla posizione di Persiani che a quella di Del Punta). Non credo che il termine «nichilismo» sia adeguato a descrivere l'ipotesi della materialità del diritto del lavoro perché esso allude a una negazione di qualsiasi giuridificazione di valori; invece, la concezione materiale riconosce che il Diritto del lavoro è ispirato da valori ma che – ecco il punto – corrispondono a quelli di un determinato assetto dei rapporti materiali.

Spero, perciò, che il nichilismo rimproverato alla concezione materiale del diritto del lavoro abbia lo stesso significato che ne ha dato Adalberto Perulli allorché ha scritto che «con il mutamento del riferimento tradizionale ai valori guida, il nichilismo giuridico si compie in vista di una *nuova* posizione di valori, in cui il valore economico del mercato lotta per imporsi nella sfera giuridica mobilitando la quantificazione monetaria e il principio di equivalenza come principali strumenti di quella che è stata definita la "*gouvernance par les nombres*"»<sup>22</sup>. Un nichilismo che esprime il venir meno di un dato assetto assiologico in favore di uno nuovo. In questo senso, dunque, anche l'esercizio dialettico del bilanciamento dei valori va inteso come il risultato, storicamente determinato, di un conflitto fra un certo «riferimento tradizionale ai valori» e «una *nuova* posizione di valori».

<sup>18</sup> R. Guastini, «Dialogando su principi e regole. Applicare principi costituzionali», in *Mat. St. Cult. Giur.*, 2017, p. 130 ss.

<sup>19</sup> In premessa rinvio anche a due miei saggi precedenti: «Lineamenti sulla costituzione materiale dei diritti sociali del lavoro», in *Lav. Dir.*, p. 243 ss. e «Diritto del lavoro e autorità del punto di vista materiale (per una critica della dottrina del bilanciamento)», in *Riv. It. Dir. Lav.*, I, p. 175 ss. In una componente della dottrina filosofica del diritto c'è nuova attenzione verso questo approccio 'materiale' al diritto. Cfr. M. Goldoni., M.A. Wilkinson, «La costituzione materiale. Fattori ordinanti e rilevanza epistemologica», in *Riv. Dir. Comp.*, 2020, n. 1, p. 60: «Lo scopo della ricerca sulla costituzione materiale è, in ultima analisi, più esplicativo che dogmatico (o ideologico). Essa fornisce una chiave di lettura delle dinamiche ordinatrici (e disordinanti) dell'evoluzione costituzionale. Quella che dovrebbe conseguire nei termini di interpretazione o di legislazione costituzionale è una problematica di moralità politica e di giudizio prudenziale». Cfr. Anche M. Goldoni, *The Materiality of the Legal Order*, Cambridge University Press, 2022 e M. Goldoni, «La materialità dei diritti sociali», in *Dir. Pubbl.*, 2022, p. 141 ss.

<sup>20</sup> V. Speziale, *op. ult. cit.*, dialogando col mio scritto del 2019 prima richiamato scrive che il «diritto materiale del lavoro» «deve sempre fare i conti con il diritto positivo e con l'autonomia che esso esprime rispetto ai processi economici e sociali. Perché se è vero che il diritto ne è condizionato, è altresì vero che la sua specificità è quella di imporre i valori recepiti in norme dal sistema, con particolare riferimento a quelli a fondamento costituzionale» (p.158).

<sup>21</sup> R. De Luca Tamajo, «Le tecniche interpretative nel diritto del lavoro tra cognitivismo e bilanciamento "creativo"» cit. V. anche G. Fontana, *op. cit.*, p. 95 scrive di «'relativismo', anticamera del nichilismo, secondo cui i giudizi di giustizia non sono fondabili razionalmente».

<sup>22</sup> A. Perulli, «I valori del diritto e il diritto come valore. Economia e assiologia nel diritto del lavoro neomoderno», in *Riv. Giur. Lav.*, 2018, I, p. 689.

Nelle pagine che seguono proverò a presentare alcune note critiche sulla materialità di questo conflitto fra valori nel diritto del lavoro prendendo le mosse proprio dalla questione del rapporto fra diritto del lavoro ed economia.

## 2. Sulla razionalità giuridica e la razionalità economica: sul rapporto fra Jus e Oikos-Nomos

Luigi Mengoni, nel 1963 scrive un saggio specificamente dedicato a questo tema la cui tesi principale mi pare possa essere sintetizzata in questo passaggio: «L'ordine dell'economia deve essere il risultato di una decisione consapevole della comunità politico-economica, e in questo senso esso si traduce nel concetto di costituzione economica; a sua volta, la costituzione economica non può divenire diritto positivo se non attraverso atti di legislazione statale; ma la validità delle norme legislative che disciplinano l'economia non dipende semplicemente dal fatto di essere poste da determinati organi competenti e con un dato procedimento, bensì dipende anche da un giudizio sostanziale di conformità del loro contenuto a un sistema di valori fatto proprio dalla Costituzione dello Stato ... La crisi del positivismo normativo [...] non si supera attraverso impensabili ritorni al c.d. diritto naturale, bensì attraverso l'attribuzione della garanzia costituzionale ai valori universali della persona umana. In virtù della garanzia costituzionale questi valori morali diventano valori giuridici, assumono il carattere specifico del diritto che è quello di essere un ordine positivo, cioè effettivamente dotato di forza formativa della realtà. Beninteso forza storicamente condizionata, da cui non ci si può attendere che uno sviluppo graduale e forse destinato a non compiersi mai, così che la nuova costituzione economica deve essere concepita parzialmente come ordine in divenire, come tensione della volontà collettiva verso un ordine giuridico che realizzi progressivamente, in termini sempre perfettibili, il principio di preminenza dell'uomo sulla materia economica»<sup>23</sup>.

Per Mengoni, dunque, i valori universali della persona umana costituiscono il principio di preminenza dell'uomo sulla materia economica e questa tesi mi pare che esprima perfettamente la dottrina giuridica dei valori confermando quella posizione riferita nel paragrafo precedente secondo cui il Diritto (del lavoro) deve essere autonomo dall'Economia. Infatti, rileggendo proprio questo saggio di Mengoni, Mario Rusciano ha scritto che «per il giuslavorista ... la *materia economica* è come un "peso massimo", che sulle prime spaventa, ma che può essere "lavorato ai fianchi" ad opera della *forma giuridica*»<sup>24</sup>.

Ebbene: che vuol dire "lavorare ai fianchi" la materia economica? Soprattutto, che rapporto c'è tra la «forma giuridica» e la «materia economica»?

Una prima risposta potremmo trovarla proprio rileggendo il passo di Mengoni e soffermandoci sulla *consecutio* logica: *a*) l'«ordine dell'economia» è espressione della «comunità politico-economica»; *b*) quest'ordine è la «costituzione economica»; *c*) la «costituzione economica» è «diritto positivo» tramite la «legislazione statale»; *d*) il fondamento della legislazione è nel «sistema di valori» sancito nella «Costituzione». In questa *consecutio*, c'è una linea progressiva fra l'ordine dell'economia costituito nella comunità politico-economica (*a*) e la Costituzione (*d*). Il processo costitutivo dell'ordinamento parte dall'ordine dell'economia come base materiale costituita dalla comunità di riferimento e trova infine riconoscimento nella Costituzione attraverso la positivizzazione legislativa.

Poniamoci allora nuovamente la stessa domanda di prima, però in forma diversa: è la Costituzione come *prius* che dà *ordine* all'economia (*posterius*) oppure la Costituzione *esprime l'ordine* dell'economia?

Questa domanda ci porta al dibattito teorico-generale sulla concezione del Diritto in rapporto alla sua Materia, cioè ai Fatti che le Norme sono destinate a regolare. Come proverò a scrivere nel prosieguo, credo che proprio Mengoni sia uno dei maggiori teorici di una concezione del Diritto correlata alla base materiale dei rapporti che vuol regolare. Tale concezione traspare già nel passo che ho riportato in precedenza nel quale Egli riconosce che la «forza formativa della realtà» attribuita al diritto positivo è una «forza storicamente condizionata», fino al punto di ammettere che, addirittura, vi possa essere una «nuova costituzione economica», cioè un nuovo ordine economico

<sup>23</sup> L. Mengoni, «Forma giuridica e materia economica», in *Studi in onore di A. Asquini*, vol. III, Padova, 1963, pp. 1084-1085.

<sup>24</sup> M. Rusciano, «Rilettura di "Forma giuridica e materia economica" di Luigi Mengoni», in *JUS*, 2012, p. 109.

ricosciuto dalla comunità politico-economica che si esprime come un «ordine in divenire». Insomma: *l'ordine economico cambia; l'ordinamento giuridico diviene*.

Che rapporto c'è, allora, tra forma giuridica e materia economica? Si tratta di due piani distinti oppure intrecciati, coincidenti?

Come si è visto all'inizio, La dottrina giuridica dei valori separa Diritto (coi suoi Valori) ed Economia. Si tratta di una separazione che ha trovato numerose espressioni ma pur sempre, quantomeno, contaminate, se non proprio intrecciate come nel caso dell'alternativa tra «razionalità giuridica» e «razionalità sociale» di cui scrive Alain Supiot nella *Critique du droit du travail*: «L'autonomia della regola di diritto rispetto al sociale ch'essa regola spiega ugualmente che quella regola possa sempre essere discussa su due piani differenti: quello del suo senso giuridico e quello del suo senso sociale. La discussione giuridica si rivolge alle fonti contrarie della polisemia delle parole e dell'esigenza della logica, della non-contraddizione, mentre la discussione sociale porta sull'adeguamento d'una regola o di un giudizio alla situazione sociale ch'esse ordinano, e questo indipendentemente dalla loro validità giuridica»<sup>25</sup>.

Supiot non nega che nel processo di produzione normativa la razionalità formale del diritto, che coincide con l'astrazione positivista, possa essere condizionata da fattori materiali che, comunque, incidono attraverso la forma giuridica. Condizionamento già riconosciuto da Max Weber secondo cui l'astratta separazione fra ordinamento giuridico e ordinamento economico esige di essere ripensata alla luce della realtà *empirica*: «l'ideale ordinamento giuridico della teoria del diritto non ha direttamente nulla a che fare con il mondo dell'agire economico effettivo – e ciò poiché essi stanno su piani diversi, l'uno sul piano del dover essere ideale, e l'altro sul piano del divenire reale. Se, ciononostante, ordinamento economico e ordinamento giuridico stanno tra loro in relazioni molto strette, vuol dire che il secondo dovrà allora essere inteso non in senso dogmatico, ma in senso sociologico – e cioè nella sua validità empirica. Allora il senso del termine “ordinamento giuridico” muta completamente. Esso viene a significare non più un mondo di norme deducibili logicamente come “corrette” ma un complesso di effettivi motivi determinanti di un agire umano reale»<sup>26</sup>.

Cos'è il «complesso di effettivi motivi determinanti di un agire umano reale» se non il prodotto dei rapporti sociali che creano diritto? Ci basti pensare al condizionamento materiale della razionalità formale del diritto civile ottocentesco operato dalla legislazione sociale dell'800: «allorché il diritto delle obbligazioni s'ispira evidentemente a una razionalità di tipo formale, le prime “leggi operaie” fanno risorgere elementi materiali nel sistema giuridico»<sup>27</sup>. Si trattò di un processo storico costitutivo del diritto del lavoro determinato dai rapporti materiali e che Habermas definì «materializzazione del diritto privato»<sup>28</sup>, riferendosi proprio a quel processo di *concretizzazione sociale* contro l'astrazione del diritto privato d'ispirazione borghese. Si trattò dell'apertura del diritto alla immissione di istanze provenienti dai rapporti materiali della società e ha poi caratterizzato il costituzionalismo sociale. In questo senso, la *razionalità materiale* del diritto è un fattore costitutivo della razionalità formale ma comunque esterno ad essa.

Non è così per Supiot il quale distingue la «discussione giuridica» dalla «discussione sociale», come a dire che la razionalità materiale esprime fattori *esterni* al Diritto, una materia a cui il Diritto – con la sua logica e razionalità – darebbe forma. Nella dottrina di Supiot<sup>29</sup>, la separazione tra Diritto e Società/Economia deriva dall'ontologico idealismo del Diritto la cui fondazione è un'aspirazione filosofica che manifesta nella Razionalità giuridica. Dunque, siamo sempre alla invocazione di una separazione fra Diritto e Società (o Economia).

Per questo Supiot polemizza prima di tutto col materialismo giuridico di ispirazione marxista proprio per la critica (o meglio, lo scetticismo) che il marxismo muove all'idealismo giuridico (si badi: idealismo prima ancora che ideologismo). Nel commentare una norma dei *Principi fondamentali del Codice Civile della Repubblica Socialista Federativa Sovietica Russa* del 1922, in base alla quale (art. 1) «*I diritti civili sono garantiti dalla legge, ad eccezione dei casi in cui trovano applicazione*

<sup>25</sup> A. Supiot, *Critique du droit du travail*, PUF, Paris, ed. 2007, p. 217 (traduzione mia).

<sup>26</sup> M. Weber, *Economia e società. Volume I*, Edizioni di comunità, Milano, 1961, p. 310.

<sup>27</sup> A. Supiot, *Ibidem*, p. 195.

<sup>28</sup> J. Habermas, *Fatti e norme*, Guerini e Associati, Milano, 1996, p. 461.

<sup>29</sup> Non solo la *Critique* ma gran parte della sua produzione scientifica presuppone questo idealismo valoriale (v. per tutti *Homo Juridicus*, Bruno Mondadori, Milano, 2006).

in contrasto con le loro finalità poste dai diritti di una società socialista in periodo d'edificazione del comunismo», Supiot si chiede retoricamente: «che significano in effetti disposizioni di questo genere, se non che le regole di diritto devono confondersi con le “regole della vita sociale”? Dire che le categorie giuridiche non hanno alcuna autonomia relativamente alle categorie sociali è mettere in atto la critica all'idealismo giuridico. Ma questo idealismo, in quanto consiste nel trattare le nozioni di diritto al di fuori del loro contesto sociale, s'identifica assolutamente con la razionalità giuridica»<sup>30</sup>. Quindi, secondo questa tesi, il Diritto è ispirato da valori ideali che *conformano* la Materia Sociale ed Economica in quanto *dover essere*.

Ma, allora, non possiamo non tornare a chiederci se questi valori, fondativi dell'ordine giuridico, sono esterni alla base materiale (cioè a dire all'ordine economico-sociale) o se ne sono una espressione; cioè se sono essi a conformare la base materiale o se ne sono l'espressione formale. Questo è il punto centrale su cui si snoda la contesa epistemologica fra idealismo e materialismo dei valori nel Diritto (del lavoro) e non tanto la contesa tra forma e materia, dal momento che la materia (i rapporti fra gli esseri umani nella società), per essere *percepita* (cioè per essere presa), deve necessariamente avere una forma, cioè un *ordine* nei rapporti sociali perché *ubi societas, ibi jus*.

Beninteso, non possiamo certo negare che esiste la Norma che, con i suoi sintagmi, descrive un fatto (la *facti-species*) cui destina una certa regolazione (gli effetti): prendiamo ad esempio il contratto di lavoro subordinato, un contratto di scambio fra prestazione di lavoro e retribuzione e che, data una certa configurazione dogmatica, non coincide certo necessariamente e interamente col fenomeno sociale che possiamo chiamare 'lavoro salariato capitalistico'<sup>31</sup>. Tuttavia, nessun giuslavorista può negare che nella storia umana v'è sempre stata divisione sociale del lavoro e c'è sempre stato il lavoro 'per conto di altri', che è sempre stato *istituito* attraverso una fattispecie giuridica, non certo identificabile col «lavoro subordinato» *ex art. 2094 c.c.* Ebbene, quel 'rapporto di lavoro' nell'età antica fu istituito come rapporto di proprietà della *res corporales*, quali erano gli schiavi perché lo schiavo fu giuridificato nella fattispecie *res* e il rapporto finalizzato al lavoro (cioè alla produzione) fu giuridificato nella fattispecie *proprietà*.

Nelle variegate forme di *locatio operis* dell'età intermedia, fino alla *locatio operarum* dell'età moderna che attualizza il diritto romano, occorre giuridificare quei rapporti di lavoro alla luce del progressivo ridimensionamento sociale della schiavitù perché c'erano sempre meno schiavi e sempre più *ex-schiavi* 'liberati', benché nella società occorre sempre avere forza-lavoro. Quelle nuove e variegate forme giuridiche di 'lavoro' esprimevano una nuova e precisa base materiale, istituendola.

Squalificare come storicismo giuridico (se non proprio come sociologia del diritto) la correlazione fra Diritto e Società (ammesso e non concesso che si tratti di squalifica), ignorando che la razionalità giuridica esprime una determinata razionalità materiale (cioè sociale), significa ignorare la funzione e il funzionamento del Diritto, tempo per tempo, società per società. L'ipotesi sulla materialità del diritto (del lavoro), allora, non implica certo sminuire la razionalità giuridica quanto comprendere fino in fondo la sua struttura e la sua funzione osservando la razionalità materiale nel processo di *costituzione* della razionalità giuridica. Se è vero - come ha scritto Irti - che «artificialità e politicità della decisione si tengono insieme»<sup>32</sup>, allora la questione attiene al 'se' e 'come' riconoscere la *Nomos* dell'*Oikos* (Eco-Nomia, l'amministrare la casa, la razionalità materiale) nello *Jus* (Diritto, l'ordinamento, la razionalità giuridica) tanto più se l'ordinamento giuridico è istituito dalle regole

<sup>30</sup> A. Supiot, *Critique...* cit., p. 203 (traduzione mia).

<sup>31</sup> Ha ragione A. Supiot, *Critique* cit. a ricordare che se il connotato qualificativo della fattispecie è la soggezione al potere più che la dipendenza economica, non c'è identità fra il 'fatto sociale' che chiamiamo "lavoro salariato" e la 'norma giuridica' che chiamiamo "lavoro subordinato". Questa precisazione ci rimanda alla discussione antica sulla configurazione dell'indice principale della subordinazione nella estraneità dai mezzi di produzione della cui tesi il libro di F. Mazziotti, *Contenuto ed effetti del contratto di lavoro*, Jovene, Napoli, 1974, è uno degli esempi più rappresentativi nel quale si legge: «a nostro avviso, il primo e fondamentale significato da attribuire all'espressione in esame è quello della subordinazione socio-economica, che deve ritenersi di conseguenza non più un dato della realtà sociale estraneo alla norma, ma un elemento che la norma stessa ha considerato essenziale per la determinazione in astratto della fattispecie lavoro subordinato» (p. 71).

<sup>32</sup> N. Irti, «Teoria generale del diritto...» cit. p. 16.

che pongono limiti, dai principi che ne sono il fondamento e dai valori che ne indicano l'orizzonte metagiuridico<sup>33</sup>.

Per quanto paradossale possa sembrare, proprio la natura metagiuridica dei valori di un ordinamento esprime con maggiore evidenza la sua razionalità materiale.

### 3. Sulla razionalità materiale del diritto (del lavoro)

In una delle più note e autorevoli teorie della materialità del diritto, quella di Costantino Mortati, i valori fondativi di un ordinamento costituzionale corrispondono alla «superlegalità costituzionale» «fondata non su basi giusnaturalistiche, né sociologiche, ma connessa all'ideologia sostenuta dalle forze politiche dominanti»<sup>34</sup>. Questa «ideologia» è la scelta Politica, cioè l'assetto dato alla società, ai suoi rapporti, alla sua organizzazione, alla divisione sociale del lavoro, alla istituzione delle forme dell'organizzazione, tutto espresso nell'ordine giuridico perché, ripeto anch'io, *ubi societas ibi ius*. L'ideologia delle «forze politiche dominanti» non è soltanto una astratta aspirazione della volontà ma indica il materiale assetto dei rapporti sociali che, per esempio, si sono espressi come «Repubblica democratica fondata sul lavoro» (art. 1 Cost. italiana) o – diversamente - come «fondata sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze» (art. 2 Trattato dell'Unione Europea). Chiunque può immaginare una idea di società e a ciò corrispondono i diversi valori; ma quando quell'idea è delle forze che danno un certo ordine a una data società, quei valori diventano ideologia e danno forma alla società in quanto espressione di quella realtà sociale.

La natura metagiuridica dei valori fonda l'ordine costituzionale se corrisponde alla razionalità materiale; i valori sono metagiuridici perché indicano quell'«oltre il diritto positivo»; ma da quell'oltre si *pongono* come norma solo se la razionalità materiale la *pone* come norma. È vero che ogni 'regola' risponde a un 'principio' che attua un 'valore'; ma quel valore si esprime in una regola posta (diritto positivo) che coincide ideologicamente con la materialità dei rapporti sociali: questa realtà sociopolitica è l'essenza della materialità del diritto<sup>35</sup>. Non esiste la Società idealizzata, cioè immaginata astrattamente; esiste la società istituita, coi suoi rapporti sociali e il loro ordine. In questo senso – per tornare alle parole di Mortati - «la costituzione materiale ... esprime la rilevanza di valori, di cui è portatore il gruppo dominante»<sup>36</sup>. Questa base materiale dell'ordinamento non si esprime semplicemente nel processo di produzione legislativa, come se una legge, di per sé, fosse espressione di quella base materiale. C'è un *prìus* materiale, che si esprime nei valori dominanti, un «criterio materiale, di cui si fa ricerca, [che] in tanto può mostrarsi atto a unificare le varie fonti di produzione, in quanto preesista a queste, in quanto cioè abbia di fronte a esse una sua autonomia»<sup>37</sup>.

<sup>33</sup> Mi sembra utile ai fini di questo discorso la tripartizione proposta da G. Pino, «Costituzione come limite, Costituzione come fondamento, Costituzione come assiologia», in *Dir. Soc.*, 2017, I, p. 91 ss.

<sup>34</sup> C. Mortati, *La costituzione in senso materiale*, Milano, 1940 (ristampa 1998, p. 121).

<sup>35</sup> Come ha scritto recentemente G. Preterossi, «Editoriale. Il plusvalore politico della costituzione materiale», in *Fil. Pol.*, 2023, p. 7, rileggendo Mortati, «la nozione di costituzione materiale...[dà] *corpo* socio-politico alla costituzione».

<sup>36</sup> C. Mortati, *op cit.*, p. 206.

<sup>37</sup> C. Mortati, *Ibidem*, p. 136. Su questo punto essenziale, mi sembrano lucide e ineccepibili le parole di O. Chessa, «La costituzione materiale prima, durante e dopo i *Trenta anni gloriosi*» di prossima pubblicazione in  *Mercati, istituzioni e regole. Giuristi ed economisti in dialogo*, a cura di G. Azzariti, S. Bagni, M. Carducci, A. Somma, Sapienza Editrice (qui consultato in bozze) (testo in cui si cita A. Gramsci, *Quaderni dal carcere*, Quaderno 4 (XIII), 1930-1932, Torino, Einaudi, 2014, p. 436): «E per giunta questo riferimento al ruolo dei filosofi, e degli intellettuali in genere, non va equivocato. La vicenda formativa dei grandi partiti organizzati di massa non può narrarsi con un "c'era una volta qualche filosofo" che aveva avuto qualche buona idea e che aveva convinto della sua bontà molte altre persone, le quali si erano a loro volta adoperate per propagandarla, arruolando nuovi aderenti, e così via. In ciò non ci sarebbe nulla di "materiale", cioè di concretamente legato a interessi e condizioni vitali, ma solo un qualcosa di puramente e astrattamente ideale, nel senso più banale e deteriore del termine (e non certo nell'accezione dell'idealismo filosofico, che infatti è parecchio "concreto"). Interpretando il pensiero marxiano, Antonio Gramsci scriveva che "le 'ideologie' sono tutt'altro che illusioni e apparenza; sono una realtà oggettiva ed operante, ma non sono la molla della storia, ecco tutto. Non sono le ideologie che creano la realtà sociale, ma è la realtà sociale, nella sua struttura produttiva, che crea le ideologie"».

Ecco la funzione materiale del controllo di costituzionalità, inevitabilmente ancorato alla costituzione materiale, più che a quella formale. Tornerò nelle pagine seguenti su questo aspetto centrale anche per il Diritto del lavoro. Intanto mi preme sottolineare che questa teoria materiale del diritto è un impianto metodologico di analisi che ha permesso a Mortati di interpretare sia l'ordinamento fascista sia l'ordinamento democratico costituzionale; cioè a dire, sia una Costituzione 'monista' come nel Fascismo sia una Costituzione 'pluralista' come nella Repubblica democratica<sup>38</sup>. Tant'è vero che già nel 1940 Mortati scriveva che se una Costituzione formale contiene principi diversi e confliggenti (di cui il Diritto costituzionale del lavoro è uno dei più vistosi esempi) «la prevalenza che una delle forze riesce ad ottenere sull'altra, e il conseguente mutamento del modo di funzionare della costituzione originaria, non possono ricondursi a questa [costituzione formale], ma devono considerarsi come espressione dell'instaurazione di un ordine diverso»<sup>39</sup>. Ecco la possibilità di una «nuova posizione di valori» (per citare ancora Perulli) che è espressione di una nuova ideologia del gruppo dominante per come si realizza nei rapporti materiali<sup>40</sup>.

La posizione dei valori, dunque, la loro gerarchia se si tratta di valori plurali e confliggenti, rappresenta l'ideologia del gruppo dominante in una data società alla luce del suo determinato assetto nei rapporti materiali, così come sono istituiti nell'ordinamento giuridico; valori e la loro gerarchia posti a fondamento della Costituzione formale in quanto espressivi della Costituzione materiale. Così intesa, la gerarchia dei valori della Costituzione – in quanto ideologia – non preesiste né, quindi, conforma i rapporti materiali ma sono la rappresentazione ideologica di quei rapporti, in linea con la teoria di Mortati che, sul punto, non diverge dal marxismo giuridico. Basta leggere un noto passo della Prefazione a *Per la critica dell'economia politica* di Marx: «tanto i rapporti giuridici quanto le forme dello Stato non possono essere compresi né per sé stessi, né spiegandoli con la cosiddetta evoluzione generale dello spirito umano, ma hanno le loro radici, piuttosto, nei rapporti materiali dell'esistenza». «...non è la coscienza degli uomini che determina il loro essere, ma è, al contrario, il loro essere sociale che determina la loro coscienza. A un dato punto del loro sviluppo, le forze produttive materiali della società entrano in contraddizione con i rapporti di produzione esistenti, cioè con i rapporti di proprietà (che ne sono soltanto l'espressione giuridica) dentro i quali tali forze per l'innanzi s'erano mosse ... quando si studiano simili sconvolgimenti, è indispensabile distinguere sempre fra lo sconvolgimento materiale delle condizioni economiche della produzione ... e le forme giuridiche, politiche, religiose, artistiche o filosofiche, in una parola le forme ideologiche che permettono agli uomini di concepire questo conflitto e di combatterlo»<sup>41</sup>.

L'ideologia, per Marx, è la forma dei «rapporti materiali dell'esistenza» che, a ben vedere, non è poi cosa diversa dalla «forma giuridica» della «materia economica», che abbiamo richiamato nelle pagine precedenti. In tal senso, il materialismo giuridico (che poi è la versione teorico-giuridica del materialismo storico) non è poi così distante dall'istituzionalismo di Santi Romano o dal costituzionalismo materiale di Mortati dato che in tutte e tre le dottrine l'essenza costitutiva del diritto è posta dai rapporti sociali. Uno dei maggiori esponenti del marxismo giuridico del '900 ha scritto che «la norma in quanto tale, e cioè il suo contenuto logico, è direttamente una inferenza da rapporti già esistenti o, se è emanata una legge statutale, è di per sé soltanto un sintomo in base al quale si può giudicare con una certa verosimiglianza della futura nascita dei corrispondenti rapporti. Ma per afferrare l'oggettiva esistenza del diritto non ci è sufficiente conoscere il suo contenuto normativo, è invece necessario conoscere se tale contenuto normativo si attua o meno nella vita, cioè nei rapporti sociali»<sup>42</sup>. Questa affermazione, *al fondo*, non diverge da quanto presupposto da Santi Romano e da Mortati (e vedremo, finanche da Mengoni nella sua ermeneutica).

Chi dissente da questa concezione materialista del diritto lo fa perché il diritto materiale svaluterebbe la forza dei valori sanciti tanto più quando essi si oppongono alla realtà sociale, come se ci fossero i

<sup>38</sup> P. Ridola, «Costantino Mortati, La Costituzione in senso materiale, la Costituzione repubblicana. Spunti di riflessione», in *Nomos. Le attualità del diritto*, 2023, n. 3, evidenzia che Mortati riconosce il mutamento della costituzione materiale da fascista a democratico-sociale (in partic. p. 6) nella centralità del Lavoro (p. 9).

<sup>39</sup> C. Mortati, *La costituzione in senso materiale* cit., p. 207.

<sup>40</sup> D'altronde, proprio filosofia del diritto istituzionalista ha riconosciuto che «i valori, ma non i loro rapporti gerarchici, possono essere formulati in modo astratto e l'astrazione dei primi senza quella dei secondi è praticamente inutile»; v. N. Luhmann, *I diritti fondamentali come istituzione*, cit., p. 313.

<sup>41</sup> K. Marx, «Prefazione» a *Per la critica dell'economia politica* (edizioni Lotta Comunista, Milano, 2009).

<sup>42</sup> E.B. Pasukanis, «La teoria generale del diritto e il marxismo», in Aa. Vv., *Teorie sovietiche del diritto*, Giuffrè, Milano, 1964, p. 129.

valori dell'ordinamento giuridico da una parte e la realtà sociale (ed economica) dall'altra. Siamo sempre allo stesso punto: diritto da una parte e realtà socioeconomica dall'altra. Sennonché, questo dissenso andrebbe indirizzato anche verso tutte quelle varie teorie del diritto che hanno dovuto aprire il formalismo giuridico alla realtà sociale, non fosse altro perché non può essere disconosciuto: la fattispecie astratta di una norma giuridica, la massima espressione della forma giuridica, è la rappresentazione di un fatto, necessario a farne conseguire un effetto.

Per fare un esempio, la fattispecie giuridica «orario di lavoro» dalla cui misurazione dipende lo scambio fra prestazione di lavoro e retribuzione, attraverso la sua definizione formale esprime un fatto che allude al tempo in cui una persona è obbligata a produrre utilità/valore per il suo datore di lavoro. Ma, il fatto materiale nuovo della organizzazione della produzione del servizio di consegne a domicilio tramite app (il caso del lavoro dei *riders*) oggi – più di ieri – costringe a chiedersi se e in che modo il tempo di produzione di valore per il datore di lavoro coincida con il tempo misurato con l'orologio che il diritto positivo chiama «orario di lavoro». Un fatto materiale che il diritto del lavoro aveva conosciuto circa quarant'anni fa con i c.d. *pony-express* ma che solo oggi sembra investire la razionalità giuridica. Nondimeno, la mera argomentazione logica e deduttiva non basta da sola a modificare una certa nozione giuridica, perché altrimenti la questione sarebbe stata affrontata e risolta sin dagli anni '80. Invece si pone una esigenza di interrelazione fra il modo di produrre pratico, i rapporti materiali sottesi alla razionalità giuridica e che la conformano e la norma di legge (o la sua interpretazione) che li rappresenta.

Come si vede da questo esempio – e se ne potrebbero fare moltissimi - questo “fatto” e la sua regolazione è comunque il prodotto dei (o quantomeno, pesantemente condizionata dai) rapporti sociali e della loro configurazione nella evoluzione dell'interpretazione giuridica che risponde all'evoluzione della base materiale di riferimento e a come essa viene disciplinata dai «gruppi dominanti». La materialità del diritto ci permette di comprendere la funzione di un ordine giuridico, quindi la sua ideologia, proprio attraverso il funzionamento del suo apparato regolativo e quindi dei suoi valori<sup>43</sup>.

Proprio riguardo al Diritto del lavoro è molto interessante leggere l'intero e corposissimo Capitolo ottavo del Libro I de *Il Capitale*, interamente e dettagliatamente dedicato alla legislazione in materia di durata massima della giornata di lavoro. Marx, analizzando la legislazione inglese, a proposito dell'*Atto aggiuntivo sulle fabbriche del 7 giugno 1844*, scrive: «s'è visto che queste disposizioni minuziose, che regolano con tanta uniformità militare, al suono della campana, periodi, limiti, pause del lavoro, non erano affatto prodotti di arzigogoli parlamentari: si erano sviluppate a poco a poco dalla situazione, come leggi naturali del modo moderno di produzione. La loro formulazione, il loro riconoscimento ufficiale, la loro proclamazione da parte dello Stato erano il risultato di lunghe lotte di classe»<sup>44</sup>. Chi mai potrebbe commentare quelle pagine dell'opera principale di Marx dicendo che il diritto è una inutile superfetazione?<sup>45</sup> Il problema è che quella legislazione esprimeva Valori fino a quel momento disconosciuti dall'ordinamento giuridico formale: potremmo dire, quindi, che si trattava di legislazione incostituzionale? Ovviamente no, dovendo piuttosto riconoscere che nella

---

<sup>43</sup> In tal senso, la critica dell'ideologia da parte del pensiero marxista, includendo la critica al diritto, è niente altro che una critica dell'ideologia (e del diritto) capitalistico-borghese, cioè una critica ideologica – una critica di certi valori – che esprimono anche un conflitto nei rapporti materiali, allorché esiste tale conflitto. Da questo punto di vista, il massimo teorico del formalismo normativista, Hans Kelsen, in un libro dedicato interamente al marxismo giuridico, specifica che esiste l'ideologia del diritto come posizione di valori che è cosa diversa dalla teoria generale del diritto: «è l'interpretazione normativa del diritto, una speciale teoria del diritto, non il diritto stesso, l'oggetto di una teoria, che è un'ideologia. La legge creata da un legislatore ed applicata dai tribunali non è il prodotto di ideologi, non è la dottrina “ideologico-speculativa” di un filosofo. Come significato specifico di atti di esseri umani compiuti nello spazio e nel tempo, essa è una realtà sociale (non naturale). L'opinione secondo cui il diritto è una ideologia è il risultato di una confusione fra diritto e una certa teoria del diritto ... Questa confusione sta alla base dell'affermazione ingannevole ma fatta spesso: il diritto si presenta o si interpreta come norma e quindi come giusto. Ma questo non è il diritto; è sempre qualche giurista che presenta o interpreta il diritto in una data maniera, e può così produrre, con la sua presentazione o interpretazione, un'ideologia». Vedi H. Kelsen, *Teoria comunista del diritto*, SugarCo Edizioni, Milano, 1981, p. 21.

<sup>44</sup> K. Marx, *Il capitale. Libro primo* (Editori riuniti, 1993, p. 319).

<sup>45</sup> Rinvio al n. 2 del 2019 di *Dem. Dir.*, interamente dedicato alla concezione marxista del Diritto e, per quel che riguarda più da vicino il diritto del lavoro, a M. Barbieri, «Il concetto di lavoro in Marx e il diritto del lavoro», p. 147 ss.

costituzione materiale dell'ordinamento liberal-borghese ottocentesco si stava innescando una trasformazione dei rapporti materiali (una lotta di classe che produceva un conflitto di valori<sup>46</sup>) che trovava espressione in quella legislazione.

#### 4. Sulla costituzione materiale del valore Lavoro

Il diritto del lavoro, d'altronde, è la più chiara ed evidente dimostrazione della materialità del diritto, un apparato regolativo generale i cui Valori esprimono niente altro che i rapporti sociali di produzione, sia quando questi sono definiti in una determinata gerarchia, sia quando sono in trasformazione. Questo vale non soltanto con riferimento alla legislazione sociale di fine Ottocento rispetto alle codificazioni borghesi<sup>47</sup>, ma anche alla contrattazione collettiva (allora, una prassi formalmente extra-giuridica) e alla giurisprudenza probivirale (appunto, non formalmente giudiziaria) che sono all'origine del diritto del lavoro, per come lo concepiamo 'qui' (in questa parte del mondo) ed 'ora' (nelle determinate e varie fasi storiche). Come si può giustificare nella razionalità giuridica un fatto sociale qual era l'azione rivendicativa del sindacato finalizzato a un accordo sulle condizioni di lavoro senza riconoscere la funzione costitutiva della razionalità materiale?

Proprio il diritto del lavoro esprime la costituzione materiale dell'ordine giuridico nello sviluppo del capitalismo. Gérard Lyon-Caen scrisse che la struttura del Diritto del lavoro «è *dialettica*: in un momento dato, il Diritto del lavoro esprime simultaneamente il regime di sfruttamento dell'uomo e i mezzi per limitarne gli eccessi, per lottare contro di esso»<sup>48</sup>. Siccome la dialettica sociale si riflette nella dialettica valoriale, nel diritto del lavoro la dialettica fra Valori è il riflesso della costituzione materiale e, quindi, della sua evoluzione/trasformazione.

Nessuno certo può mettere in discussione che il valore fondativo della Repubblica democratica italiana sia stato il lavoro, cioè che il Lavoro ha definito il «momento costituente»<sup>49</sup> democratico repubblicano. Ma cos'è il lavoro a fondamento della Costituzione? Che significato ha nella razionalità giuridica costituzionale?

Proprio Mortati, dopo l'entrata in vigore della Costituzione, dedicò diversi studi al lavoro e, in un saggio del 1954, scrisse che «appare confermata l'opinione che vede nel valore lavoro l'elemento fondamentale dell'ideologia politica informatrice dell'intero assetto statale, e perciò costitutivo del tipo di regime»<sup>50</sup>. Il lavoro, dunque, è nella costituzione materiale in quanto valore che esprime l'ideologia dominante. Il lavoro, però, prima ancora che generale attività umana secondo una definizione più o meno avvalorata dalla filosofia è innanzitutto espressione di una soggettività sociale tale da poter meglio fare uso della parola Lavoro, con la maiuscola<sup>51</sup>.

Come scrisse Massimo Severo Giannini a ridosso dell'entrata in vigore della Costituzione, il Lavoro è «preso sicuramente nella sua accezione sociologica, di elemento componente della società in quanto struttura associativa», sulla scia della concezione materiale della Costituzione, precisando altresì che «non può essere ragione di sorpresa il fatto che la Costituzione, in alcune sue norme, usi una nozione metagiuridica di "lavoro" e più precisamente una nozione sociologica». Sicché –

<sup>46</sup> A. Cukier, «Marx et le droit du travail. Contradictions, posterité et actualité», in *Droit & Philosophie*, 2018, 10, p. 187: «il diritto del lavoro istituito è dunque l'espressione dello stato dei rapporti di forza nella lotta di classe» (*traduzione mia*).

<sup>47</sup> Cfr. P. Passaniti, *Storia del diritto del lavoro. I. La questione del contratto di lavoro nell'Italia liberale (1865-1920)*, Giuffrè, Milano, 2006.

<sup>48</sup> G. Lyon-Caen, «Les fondements historique et rationnels du Droit du travail» 1951 (ripubblicato in *Droit Ouvrier*, 2004, p. 52). Come ha scritto A. Cukier, «op. cit.», p. 186, «il diritto del lavoro non è una semplice traduzione dei rapporti economici nei rapporti giuridici, ma esprime l'esigenza della loro limitazione interna».

<sup>49</sup> M. Fioravanti, «Le dottrine della costituzione in senso materiale» in *Historia Constitucional*, n. 12, 2011. <http://www.historiaconstitucional.com>, p. 29: «il momento costituente è piuttosto da intendere, nella costruzione di Mortati, come il fondamento più autentico della costituzione da emanare, che di essa enuclea i caratteri più basilari, attraverso la proposizione di una serie di norme fondamentali di principio. Sono quelle norme, nel loro insieme, e nei loro equilibri interni, a determinare i contorni della costituzione in senso materiale, che sotto questo profilo coincide dunque con il nucleo fondamentale della stessa costituzione scritta».

<sup>50</sup> C. Mortati, «Il lavoro nella Costituzione», in *Dir. Lav.*, 1954, I, p. 153.

<sup>51</sup> V. in tal senso la condivisibile premessa di M. Luciani, «Radici e conseguenze della scelta costituzionale di fondare la Repubblica democratica sul lavoro», in *Arg. Dir. Lav.*, 2010, p. 628 ss.

prosegue Giannini - «la constatazione della realtà sociale dello sfruttamento del lavoro e del movimento per la liberazione di esso forma, dunque, il minimo comun denominatore delle correnti politiche che storicamente hanno prodotto la Costituzione repubblicana»<sup>52</sup>. Quella costituzione materiale fu fondata dal Lavoro e perciò la costituzione formale riconobbe che l'ordine giuridico repubblicano era fondato sul lavoro e perciò era democratico. Quel lavoro a fondamento della Costituzione è il lavoro che si fa ideologia come ebbe a descrivere brillantemente Aris Accornero<sup>53</sup>. La costituzione materiale repubblicana si esprimeva certamente nel valore democratico-sociale<sup>54</sup> e si caratterizzava nei diritti sociali<sup>55</sup> e nella subalternità gerarchica al Lavoro della libera iniziativa economica socialmente funzionalizzata<sup>56</sup>.

Ciò detto, possiamo restare immobili di fronte alla trasformazione? Possiamo giuridicamente restare intangibili di fronte alle trasformazioni della base materiale del diritto del lavoro? Non mancano lucidissime analisi dei profili ideologici del diritto del lavoro nella sua storia, intesi al plurale perché l'ideologia del diritto del lavoro non è storicamente immutata<sup>57</sup>. Allo stesso modo, proprio chi è stato interprete della critica marxista nella cultura giuslavorista occidentale<sup>58</sup> ha poi proposto di indirizzare la sua riflessione critica sul «funzionamento» del diritto del lavoro nel Capitalismo, così com'è stato trasformato dal neoliberalismo<sup>59</sup>. D'altronde, tutta la cultura giuslavorista oggi s'interroga sulle trasformazioni del diritto del lavoro. Si tratta, però, di guardare le trasformazioni del Diritto del lavoro, cioè la 'forma mutata' della razionalità giuridica sul lavoro a partire dalla nuova ideologia attraverso cui si manifesta la razionalità materiale (diciamo pure, per il diritto del lavoro, l'economia politica<sup>60</sup>).

Siamo da ormai qualche decennio di fronte alla «costituzione immateriale neoliberale»<sup>61</sup>, laddove l'immaterialità va intesa come una nuova costituzione materiale opposta a quella che aveva prodotto le Costituzioni del secondo dopoguerra. Come ha lucidamente messo in evidenza Massimo Luciani, «di fronte alla spinta poderosa di epocali processi di ristrutturazione industriale è illusorio farsi usbergo delle sole garanzie giuridiche»<sup>62</sup> non fosse altro perché quelle garanzie, essendo espressione

<sup>52</sup> M.S. Giannini, «Rilevanza costituzionale del Lavoro», in *Riv. Giur. Lav.*, 1949, I, rispettivamente pp. 4, 5 e 7.

<sup>53</sup> A. Accornero, *Il lavoro come ideologia*, il Mulino, Bologna, 1980.

<sup>54</sup> G. Preterossi, «Che cosa resta della costituzione materiale», in *Fil. Pol.*, 2023, p. 94 scrive di costituzione materiale come «Stato delle masse segnato dal conflitto distributivo e salariale».

<sup>55</sup> Rinvio al recente studio di M. Goldoni, «La materialità dei diritti sociali», in *Dir. Pubbl.*, 2022, p. 141 ss.

<sup>56</sup> M. Luciani, «Radici e conseguenze della scelta costituzionale ...» cit. p. 640: «Centrale, però, il lavoro lo è anche per un'altra ragione. Come risulta non solo dall'art. 1, ma anche dal primo comma dell'art. 4 e dagli artt. 41 e 43, al lavoro è assegnata anche una evidente centralità economica».

<sup>57</sup> M.G. Garofalo, «Un profilo ideologico del diritto del lavoro», in *Scritti in onore di Gino Giugni. Tomo I*, Cacucci, Bari, 1999, p. 453 ss. V. anche la ricostruzione critica proposta da A. Cantaro, *Il diritto dimenticato. Il lavoro nella costituzione europea*, Giappichelli, Torino, 2007.

<sup>58</sup> A. Jeammaud, «Propositions pour une compréhension matérialiste du droit du travail», in *Droit Social*, 1978, p. 337 ss.

<sup>59</sup> A. Jeammaud, «Le droit du travail dans le capitalisme, question de fonctions et de fonctionnement», in *Working Paper Massimo d'Antona* n. 80/2005. Proprio, come l'altro Maestro del giuslavorismo critico francese, G. Lyon-Caen, il quale, nel 2004, ripubblicando il suo articolo del 1951 che ho citato in precedenza, propone di tematizzare la critica a partire dalla globalizzazione: «s'interessar aux problèmes del l'emploi que suscitent la globalisation des marchés, la concentration du capital, la concurrence par la compression de couts sociaux, ce n'est pas tourner le dos à la critique juridique du capitalisme». Cfr. G. Lyon-Caen, «Permanence et renouvellement du Droit du travail dans une économie globalisée», in *Droit Ouvrier*, 2004, p. 52.

<sup>60</sup> Mi pare pienamente condivisibile l'avvertenza di R. Dukes, W. Streeck, «Labour Law after neoliberalism?», in *Journal of Law and Society*, 2023, p. 183, secondo i quali «ciò che il diritto del lavoro può ottenere, per quanto riguarda la protezione del lavoro umano dalla piena mercificazione, è condizionato in misura importante, ma a priori sconosciuta, dalla costituzione economica – l'economia politica – della società circostante» (traduzione mia). Per questa prospettiva d'analisi rinvio anche agli scritti di O. Chessa, «La dogmatica costituzionale dei diritti sociali tra struttura e sovrastruttura», di P. Passaniti, «Diritto del lavoro e rappresentanza politica. Una riflessione sulla storicità dei diritti sociali» e di A. Somma, «Il diritto del lavoro dopo i Trenta gloriosi» tutti pubblicati in *Lav. Dir.*, 2018, fascicolo 2.

<sup>61</sup> G. Preterossi, «Cosa resta della costituzione materiale» cit., p. 98.

<sup>62</sup> M. Luciani, «op. ult. cit.», p. 652. Anzi, secondo G. U. Rescigno, «Lavoro e Costituzione», in *Dir. Pubbl.*, 2009, p. 51 l'art. 1, «sul piano giuridico è quasi nulla? Sì, è proprio quasi nulla, ma è l'intero testo costituzionale che comporta questa conclusione». Un medesimo scetticismo è manifestato da A. Guazzarotti, «Giustizia costituzionale e regime economico: fluidificare o resistere?», in *Lav. Dir.*, 2018, p. 55 ss.

della razionalità formale del diritto, sono costituite necessariamente dalla razionalità materiale più che da invocazioni filosofiche<sup>63</sup>.

Quali sono le garanzie del lavoro formalmente costituzionalizzate e qual è il loro standard minimo essenziale? Cos'è la vita dignitosa da garantire con una retribuzione sufficiente se non rapportata alle condizioni materiali dell'ordine sociale e non del singolo essere umano? In che consiste il fondamento repubblicano nel Lavoro anziché nella libera impresa se non garantire una gerarchia fra valori che dipende da quale rapporto sociale (cioè politico, quindi ideologico, insomma materiale) sussiste fra libertà d'impresa e lavoro? Come si vede, il diritto del lavoro è innervato da una prassi interpretativa che guarda costantemente alla razionalità materiale, sia quando la legislazione intende regolare un fatto in conformità a un valore, sia quando quella regola viene conformata dal valore che è razionalmente materiale. Una razionalità materiale che struttura la norma giuridica e che perciò, essendo riferita proprio al riconoscimento di un certo valore costituzionale in atto, possiamo chiamare anche razionalità materiale della prassi giuridica, ossia «razionalità pratica».

## 5. Sulla razionalità materiale e sulla razionalità pratica nella giurisprudenza del lavoro

Come ho ricordato all'inizio di questo saggio, recentemente, proprio per affrontare il tema della interpretazione giuridica dei valori nel diritto del lavoro, De Luca Tamajo ha tenuto a precisare – invero senza approfondire questa precisazione – che riguardo alla giuridificazione dei valori costituzionali occorre tenere distinto il caso in cui ciò avviene attraverso norme di legge attuative, oppure attraverso l'interpretazione della Corte costituzionale, delle corti sovranazionali, oppure ancora attraverso l'interpretazione della giurisprudenza ordinaria (suppongo intendendo sia quella di merito che quella di legittimità)<sup>64</sup>.

Questa condivisibile precisazione m'induce a due puntualizzazioni proprio tenendo conto della costituzione materiale dei valori nel diritto del lavoro: la prima puntualizzazione riguarda la differenza fra *legis-latio* e *juris-dictio* nella costituzione materiale; la seconda riguarda specificamente la funzione giurisdizionale, sia essa di livello costituzionale (comprensiva quindi anche della giurisprudenza delle Corti sovranazionali) oppure quella ordinaria.

Riguardo al primo punto, ritengo necessario chiederci se la costituzione materiale del diritto del lavoro e dei suoi valori sia da analizzare soltanto nell'insieme di norme legislative oppure anche tenendo conto dell'azione interpretativa della giurisprudenza. Detto altrimenti: la materialità del diritto del lavoro e dei suoi valori si esprime soltanto nella produzione delle norme costituzionali o nella loro attuazione tramite norme legislative in quanto *poste* dal Potere politico oppure la razionalità materiale emerge anche dalla prassi attuativa dell'ordinamento giuridico da parte del Giudice?

Questa domanda ci rimanda a un impegnativo dibattito di teoria generale del diritto che, ormai, mi pare risolto con la diffusa consapevolezza che la teoria dei diritti fondamentali è (quantomeno anche) una teoria della giurisdizione<sup>65</sup>. Non a caso Costantino Mortati dedica molta attenzione a come la costituzione materiale innervi anche l'attività interpretativa del Giudice (oltre che, ovviamente, del decisore politico) allorché scrive che «oltre che influire nella scelta del mezzo di integrazione ... il fine politico interviene anche nell'applicazione concreta che l'interprete faccia dei mezzi predetti. Infatti, il giudizio circa la somiglianza o meno della singola fattispecie, rispetto a quella ipotizzata dalla norma, implica l'apprezzamento dei vari elementi della fattispecie stessa, per stabilire quali fra

<sup>63</sup> Mi sembra che un atteggiamento prudente verso la dottrina dei valori sia presente comunque nella dottrina giuslavorista, come – per stare sempre a un dibattito recente – emerge in L. Zoppoli, «Valori, diritti e lavori flessibili: storicità, bilanciamento, declinabilità, negoziabilità», in *Valori e tecniche nel diritto del lavoro* cit., quando scrive, a p. 322: «la mia sensazione è che la filosofia dei valori giuslavoristici...non tenga sufficientemente conto della vita vissuta della materia, ieri come oggi».

<sup>64</sup> R. De Luca Tamajo, «op. cit.», p. 489.

<sup>65</sup> J. Habermas, *Fatti e norme*, Guerini e associati, Milano, 1996, 234: «la teoria del diritto resta sempre in primo luogo teoria della giurisdizione e del discorso giuridico in senso stretto». Per altro verso anche per R. Alexy, *Teoria dei diritti fondamentali*, il Mulino, Bologna, 2012, pp. 605-606, «poiché l'argomentazione dei diritti fondamentali è determinata solo in modo incompleto dalla sua base, l'argomentazione pratico-generale è un fattore necessario del discorso dei diritti fondamentali».

essi, date che ve ne sono inevitabilmente alcuni simili e altri dissimili, debba avere la prevalenza; e tale apprezzamento non può farsi se non alla stregua dei valori che appaiono preminenti al momento dell'applicazione»<sup>66</sup>.

Che la dogmatica giuridica (la massima espressione della razionalità giuridico-formale) espressa dalla norma giuridica sia espressione della materialità è facilmente dimostrabile proprio analizzando la funzione della giurisprudenza nella configurazione dogmatica stessa. Per verificare questo fenomeno, basterebbe leggere le decisioni giudiziarie su vari istituti emanate in diverse fasi storiche (seppur riferite all'età moderna) per notare come l'atto interpretativo del Giudice sia sempre strutturalmente collegato alla materialità dei rapporti sociali, economici e politici in cui si colloca il fatto regolato dalla norma; materialità che è storicamente determinabile.

In precedenza ho accennato alla nozione giuridica di «orario di lavoro»; adesso richiamo, per esempio, l'evoluzione storica del concetto giuridico di «sciopero» - non a caso un 'fatto' molto rilevante sul piano dei rapporti materiali - per mostrare che, a partire dalle norme degli Statuti preunitari fino alla ben nota sentenza di cassazione n. 711/1980 (attraverso la giurisprudenza penale *pre* e *post* Codice del 1930 e la prima giurisprudenza di età repubblicana), il sintagma lessicale «sciopero» è stato interpretato dogmaticamente sulla base della materialità cui rimandava quel fatto sociale<sup>67</sup>. D'altronde, nel 2015 la Corte di cassazione italiana ha ritenuto che non fosse qualificabile come «sciopero» un'astensione collettiva di lavoratori proclamata dal sindacato per un arco temporale durante il quale l'astensione di ciascun lavoratore era lasciata alla libera scelta individuale. Certamente si tratta di una forma anomala di sciopero; anomala anche rispetto alle altre storiche forme anomale. La Cassazione però ha ritenuto che quella forma di sciopero esponesse il datore di lavoro «ai pregiudizi derivanti dall'impossibilità di prevenire i rischi ... all'organizzazione gestionale dell'azienda»<sup>68</sup> dal momento che non le permetteva di prevedere le modalità effettiva di astensione dal lavoro.

Si tratta di una argomentazione interessante perché immette nella forma giuridica dello sciopero un elemento fino ad allora mai previsto: la prevedibilità delle forme di astensione da parte del datore di lavoro. Qui mi preme mettere in evidenza che la vecchia giurisprudenza sulle forme anomale di sciopero aveva finito per *normalizzare* giuridicamente forme materiali di sciopero insolite e che sempre di più connotavano il conflitto collettivo sindacale; forme considerate 'anomale' dalla consolidata razionalità formale, ma 'normali' per la razionalità materiale; da ciò l'evoluzione interpretativa. Non possiamo certo dire la stessa cosa per questa specifica e inedita forma di sciopero.

Beninteso: non intendo dire che il Giudice non avrebbe potuto decidere in favore della legittimità di quello sciopero; nondimeno, la dimensione materiale del diritto di sciopero ci permette intanto di spiegare se siamo in presenza di un effetto innovatore o conservatore della razionalità formale giurisprudenziale alla luce della base materiale di quel diritto. In tal caso l'effetto conservatore è il riflesso di una «disonia materiale» fra una diffusa prassi sociale riconosciuta nella nozione giuridica di sciopero e quel fatto posto in valutazione.

Analogamente, seppur in senso contrario, possiamo pensare ai casi in cui la Giurisprudenza si fa carico di innovare la razionalità formale sancita in una norma per adattarla alla razionalità materiale. Per restare sempre sul diritto sindacale italiano, possiamo prendere ad esempio la sentenza della Corte costituzionale che, sulla base della «razionalità pratica» impose l'esigenza di conformare una norma alla razionalità materiale degli indici di rappresentatività sindacale alla luce di indicatori storico-sociologici desumibili dal sistema di relazioni industriali<sup>69</sup>.

Mi riferisco alla ben nota sentenza della Corte costituzionale n. 231/2013 sull'art. 19 St. Lav. in base alla quale «avere tenuto fermo, come unico indice giuridicamente rilevante di rappresentatività

<sup>66</sup> C. Mortati, *La costituzione in senso materiale*, cit., p. 168. Questo passaggio è enfatizzato da M. Gregorio, «La Costituzione in senso materiale di Costantino Mortati», in *Fil. Pol.*, 2023, in particolare p. 86.

<sup>67</sup> Ho avuto modo di soffermarmi su questo aspetto relativo al diritto di sciopero in due saggi: «Lo sciopero e il diritto fra innovazione, tradizione e ragione pratica», in *Lav. Dir.*, 2015, p. 287 ss. e «Sul fondamento ideologico della libertà di sciopero», in *Riv. Giur. Lav.*, 2019, I, p. 369 ss.

<sup>68</sup> Cass. 3 dicembre 2015, n. 24653 rispetto alla quale rinvio a M. D'Onghia, «Il diritto di sciopero nell'interpretazione giurisprudenziale. Verso un arretramento della logica del conflitto?», in *Riv. Giur. Lav.*, 2019, I, p. 390 ss.

<sup>69</sup> Per la centralità della «razionalità pratica» di questa sentenza rinvio a quanto scrissi in «La razionalità pratica dell'art. 19 St. lav. e la democrazia industriale», in *Quest. Giust.*, 2013, n. 4, p. 51 ss.

effettiva, il criterio della lettera b) [cioè la sottoscrizione di contratti collettivi applicati], esteso però all'intera gamma della contrattazione collettiva, si giustifica, in linea storico-sociologica e quindi di razionalità pratica, per la corrispondenza di tale criterio allo strumento di misurazione della forza di un sindacato, e di riflesso della sua rappresentatività, tipicamente proprio dell'ordinamento sindacale». D'altronde, già nella sentenza n. 244/1996, sulla stessa questione ma con un altro giudice relatore (Luigi Mengoni), la Corte ricorre a un approccio materiale all'interpretazione dell'art. 19 scrivendo: «avere tenuto fermo, come unico indice giuridicamente rilevante di rappresentatività effettiva, il criterio della lettera b) [cioè la firma di contratti], esteso però all'intera gamma della contrattazione collettiva, si giustifica, in linea storico-sociologica e quindi di razionalità pratica, per la corrispondenza di tale criterio allo strumento di misurazione della forza di un sindacato, e di riflesso della sua rappresentatività, tipicamente proprio dell'ordinamento sindacale». È un dato «storico-sociologico» ad attribuire alla «firma» di un contratto collettivo la funzione *pratica* di indice della rappresentatività sindacale. La razionalità materiale [quella storico-sociologica] dunque giustificava quel criterio che, però, deve rapportarsi al mutamento nelle relazioni industriali<sup>70</sup>.

Questo mutamento impone, quindi di garantire che un certo valore (la libertà sindacale e le sue prerogative) vengano assicurate proprio rispondendo alla base materiale che, essendo mutata, impone un adeguamento della forma giuridica. Si tratta di una necessità interpretativa necessaria a mantenere funzionale il rapporto fra Diritto e Società: come scrisse Luigi Mengoni - diversi anni prima di redigere la sentenza del 1996 - «lo spirito sistematico della scienza giuridica sia pronto a rivedere, per correggerle e sostituirle, le proprie concettualizzazioni nella misura necessaria per conservare la comunicazione del sistema con la dinamica sociale»<sup>71</sup>.

Il richiamo a quest'ultima sentenza costituzionale potrebbe farci dire che il valore costituzionale della libertà sindacale garantita dai diritti sindacali attribuiti ai sindacati rappresentativi ha avuto la forza normativa di imporsi a una norma di legge che contrastava quel valore: in altre parole, si potrebbe dire che è il valore costituzionale ad aver conformato l'art. 19 St. Lav. confermando, quindi, che i valori hanno una propria forza costitutiva. Sennonché, nel caso specifico il valore costituzionale (cioè la libertà sindacale dei soggetti rappresentativi) si costituisce nella materialità sociale di quel soggetto ed è quella condizione materiale che impone a una norma di legge di conformarsi. Di fronte a un mutamento della base materiale del diritto, il diritto muta, e spetta anche al Giudice rappresentare questa funzione costitutiva.

Quindi, mi pare che non si possa dubitare della funzione della Giurisprudenza nel garantire l'attuazione dei valori costituzionali quantomeno al pari della legislazione. Questa funzione non si può negare non fosse altro perché in ogni atto interpretativo di un Giudice, la decisione applica una regola che attua un diritto che rimanda a un valore perché «il giudice concorre a dar voce alla funzione giusgenerativa della società e delle sue componenti, perché nell'interpretazione non c'è soltanto la contrapposizione di testo e significato, di disposizione e di norma, ma anche quella tra potere e società civile»<sup>72</sup>.

Ebbene: questa correlazione fra diritto e società incarnata nel Giudice non è il necessario effetto dell'ermeneutica giuridica, cui proprio Luigi Mengoni ha dedicato le sue migliori energie intellettuali?

La razionalità materiale della prassi sociale costitutiva della razionalità giuridica corrisponde alla «coscienza riflessiva dell'influsso esercitato sull'interprete dalla *realtà sociale*, col suo peculiare divenire storico e le sue tradizioni, che la norma è destinata a regolare... Ne consegue che il senso di un testo può mutare non solo diacronicamente, in via di interpretazione evolutiva determinata dalle trasformazioni sociali e dalla storicità del nostro modo di intendere i valori»<sup>73</sup>. Una coscienza riflessiva che risponde a un valore, oppure a un altro, anche se confliggenti, sulla base di una gerarchia che deriva – proprio negli ordinamenti costituzionali pluralisti – dalle variabili condizioni

<sup>70</sup> C. Cost. n. 231/13, par. 6.5: «nell'attuale mutato scenario delle relazioni sindacali e delle strategie imprenditoriali, quale diffusamente descritto ed analizzato dai giudici *a quibus...*».

<sup>71</sup> L. Mengoni, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, in *Diritto e valori*, il Mulino, Bologna, 1985, p. 58.

<sup>72</sup> R. Bin, *Critica della Teoria dei diritti*, Milano, 2018, p. 26.

<sup>73</sup> L. Mengoni, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, pp. 22-23.

materiali della realtà sociale. Rispondendo ora alle idee degli uni, ora alle idee degli altri; rispondendo sempre a un dato assetto materiale dei rapporti sociali.

Altrimenti: quale argomentazione, sviluppata esclusivamente sulla base di un non ben definito valore costituzionalizzato, può spiegare e avvalorare il fatto che un licenziamento collettivo presuppone una riduzione di attività lavorativa insindacabile da parte del Giudice come ebbe a sancire sin dal 2000 la Corte di Cassazione a Sezioni Unite (sentenza n. 302) perché – si legge nella sentenza - «in base alla nozione che si trae dalla direttiva comunitaria», «la legittimità o l'illegittimità del recesso dipendono non tanto dalle ragioni addotte dal datore di lavoro o dalle scelte di politica aziendale – essendo queste, ai sensi dell'art. 41 Cost. del tutto insindacabili – quanto dalla regolarità formale del procedimento»<sup>74</sup>? Analogamente, quale valore costituzionale giustifica la tesi sostenuta dalla Corte di Cassazione (3 dicembre 2018, n. 31157) in materia di licenziamento economico individuale secondo cui «è noto come, secondo il più recente e condivisibile insegnamento di questa Corte, ai fini della legittimità del licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo, l'andamento economico negativo dell'azienda non costituisca un presupposto fattuale che il datore di lavoro debba necessariamente provare ... in ossequio al disposto dell'art. 41 Cost. (Cass. n. 25201/2016; Cass. n. 10699/2017)»?

Sarebbe tecnicamente sostenibile una argomentazione che porti a sindacare il motivo del licenziamento collettivo così come quello che porta al licenziamento individuale, anche oltre l'obbligo di ripescaggio? Sì, tecnicamente sostenibile; il punto è se un'altra interpretazione sia corrispondente a una diversa razionalità materiale costituente. Una razionalità materiale – per fare un esempio - che invece rende totalmente infondata la tralatticia e feticistica tendenza della giurisprudenza italiana a garantire il diritto fondamentale alla retribuzione, appellandosi solo a una non ben definita «sufficienza» per una vita libera e dignitosa, ignorando il diritto costituzionale alla «proporzionalità» che, invece, trova piena espressione nella realtà dei rapporti materiali rappresentati da quanto la contrattazione collettiva (*in primis* quella qualificata) stabilisce essere il *complessivo* costo del lavoro. Qui, è proprio la razionalità materiale, la realtà sociale del mercato del lavoro, a imporre una certa nozione giuridica complessiva di retribuzione composta da tutte le voci retributive previste dai contratti collettivi<sup>75</sup>.

D'altro canto, la razionalità materiale nella giurisprudenza del lavoro è testimoniata dalla diffusa presenza di argomenti rinvenienti da condizioni esterne che richiamano proprio ragioni micro o macroeconomiche che, proprio nel diritto del lavoro, sono base materiale. Razionalità materiale che emerge in modo ancor più lampante nella giurisprudenza della Corte costituzionale cui spetta il peculiare compito di scrutinare la conformità della legge ai diritti e valori fondamentali. Anche su questo versante dell'analisi, appare ancor più evidente la presenza e la rilevanza di argomenti di carattere tecnicamente economico nella formulazione del principio di diritto e che mostrano sul piano dell'essenza giuridica la correlazione fra realtà socioeconomica e interpretazione giuridica, a prescindere dalla valutazione sulla specifica base materiale presa a riferimento<sup>76</sup>.

A tal proposito mi pare indicativo richiamare la recente giurisprudenza della Corte costituzionale in materia di licenziamento individuale, e precisamente con riferimento al sistema sanzionatorio in caso di licenziamento illegittimo. Complessivamente la giurisprudenza della Corte è intervenuta più volte a ridefinire il perimetro ridefinito dal d. lgs. n. 23/2015 in cui occorre applicare la tutela reintegratoria in favore dei lavoratori. Si tratta di una giurisprudenza che ha disinnescato un sistema che attribuiva al datore di lavoro di estinguere il rapporto di lavoro sostanzialmente per mera volontà, soprattutto in materia di licenziamento disciplinare (allorché bastava una pretestuosa accusa di illecito grave che, seppur indimostrata, estingueva il rapporto tramite un mero e modesto

<sup>74</sup> Sul punto v. per tutti le condivisibili osservazioni di S. Varva, *Il licenziamento economico. Pretese del legislatore e tecnica del giudizio*, Giappichelli, Torino, 2015, in particolare p. 154 ss.

<sup>75</sup> Anche su questo aspetto rinvio alla più ampia riflessione che ho sviluppato in «Il giusto salario e la giurisprudenza italiana. Note critiche» in P. Albi (a cura di) *Salario minimo e salario giusto*, Giappichelli, Torino, 2023, p. 61 ss. e in «“Adeguato”, “sufficiente”, “povero”, “basso”, “dignitoso”: il salario in Italia fra principi giuridici e numeri economici», in *Riv. Giur. Lav.*, 2023, I, p. 510 ss. e alla bibliografia ivi citata.

<sup>76</sup> Sull'uso di argomenti di natura strettamente economica nelle motivazioni delle sentenze rinvio al recente saggio di S. Varva, «Le ‘ragioni economiche’ del diritto del lavoro» in W. Chiaromonte, M.L. Vallauri (a cura di), *Trasformazioni, valori e regole del lavoro. Scritti per Riccardo Del Punta* cit. p. 1155 ss.

indennizzo<sup>77</sup>. In parte, la Corte costituzionale ha anche garantito una certa maggiore ampiezza della tutela reintegratoria in caso di licenziamento economico.

Nondimeno, la Corte – valutando la disparità di tutele in caso di licenziamento illegittimo - ha ritenuto necessario ribadire il principio secondo cui «risponde al canone di ragionevolezza modulare le conseguenze del licenziamento illegittimo dei lavoratori subordinati a tempo indeterminato *al fine di rafforzare le opportunità d'ingresso nel mondo del lavoro da parte di coloro che sono in cerca di occupazione*»; pertanto – prosegue la Corte - «appare coerente limitare l'applicazione delle stesse tutele ai soli lavoratori assunti a decorrere dalla loro entrata in vigore, quelli, cioè, la cui assunzione avrebbe potuto essere da esse favorita» (sentenza n. 194 del 2018)<sup>78</sup>.

Sullo sfondo resta la questione di come giustificare il fatto che vi possa essere una differenza di regime giuridico di tutele dei lavoratori in caso di licenziamento illegittimo, basato esclusivamente sulla base della data di assunzione (prima o dopo il 7 marzo 2015). Una disparità di trattamento che è giustificata da un argomento derivante da un obiettivo economico sancito dall'autorità Politica. Detto in altre parole, una tesi economico-politica giustifica la eccezione al principio di uguaglianza di trattamento fra lavoratori (una medesima fattispecie sanzionata in modo diverso). Tesi ribadita dalla Corte allorché precisa che «il dubbio che rimedi diversi dalla reintegra siano inidonei ad assicurare una piena ed efficace tutela ai lavoratori arbitrariamente licenziati ed assunti dopo il 7 marzo 2015 è contraddetto dalla costante giurisprudenza di questa Corte che, pur segnalando che la garanzia del diritto al lavoro impone l'adozione di temperamenti al potere di recesso del datore di lavoro, individua nella tutela reale solo uno dei modi per realizzare la garanzia del diritto al lavoro (sentenze n. 183 del 2022, n. 150 del 2020, n. 194 del 2018 e n. 46 del 2000), spettando al legislatore modulare il sistema delle tutele «nell'esercizio della sua discrezionalità e della politica economico-sociale che attua», in considerazione del contesto economico e sociale di riferimento (sentenza n. 2 del 1986)<sup>79</sup>.

Allo stesso modo, in un'altra recente sentenza (n. 44/2024), la stessa Corte costituzionale, con riferimento sempre al problema di tutele differenziate per i lavoratori in caso di licenziamento illegittimo ha ricordato che «lo scopo complessivo, avuto di mira dal legislatore, è stato quello di rafforzare le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro da parte di coloro che sono in cerca di occupazione, nonché di riordinare i contratti di lavoro vigenti per renderli maggiormente coerenti con le attuali esigenze del contesto occupazionale e produttivo. Contrastare la disoccupazione giovanile e superare il precariato di varie forme contrattuali, diverse dal contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, è stato l'obiettivo strategico perseguito dal legislatore». Questo obiettivo politico-economico (una razionalità materiale), al di là della sua più assoluta contestabilità sul piano politico e scientifico, conforma – giustificando – la razionalità giuridica consistente in una disparità di trattamento fra lavoratori.

Peraltro, quand'anche la Corte costituzionale ha ampliato il perimetro di applicazione della tutela reintegratoria nei casi di licenziamento nullo, l'ha fatto comunque ribadendo che sebbene la sanzione della nullità comporti la reintegrazione, la violazione di norme imperative potrebbe non comportare la sanzione della nullità (e quindi la reintegrazione in caso di licenziamento) qualora «la legge disponga diversamente» come stabilito dall'art. 1418 c.c. (Corte cost. n. 22/2024). Da una parte, dunque, un principio generale di correlazione fra violazione di norme imperative e nullità/reintegrazione; dall'altra la deroga al principio affidata alla discrezionalità della «legge», cioè del Legislatore. La Corte costituzionale riconduce il principio generale della sanzione della nullità in caso di violazione di norme imperative alla mera discrezionalità del legislatore che, sebbene limitata

---

<sup>77</sup> Come commenta di recente R. Rivero, «Note di mezza estate sul *Jobs act* annegato in un mare di incostituzionalità: il caso del licenziamento disciplinare», in [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), 10.09.2024, attribuendo così al datore di lavoro «un potere che costituiva una potente arma di pressione di massa e che avrebbe potuto esercitare un influsso moderatore su tutti i rapporti di lavoro ed uno scadimento totale del livello di legalità nel nostro Paese (sotto il profilo delle tutele sindacali, o della sicurezza sul lavoro o della tutela della professionalità)».

<sup>78</sup> Corte cost. n. 7/2024.

<sup>79</sup> *Ibidem*. V. anche C. cost. n. 128/2024: «questa Corte ha, infatti, più volte affermato che la reintegrazione non costituisce «l'unico possibile paradigma attuativo» dei principi costituzionali (sentenza n. 125 del 2022, che richiama le sentenze n. 59 del 2021 e n. 46 del 2000), in quanto «molteplici possono essere i rimedi idonei a garantire una adeguata compensazione per il lavoratore arbitrariamente licenziato» (sentenza n. 254 del 2020)».

da principi di uguaglianza e ragionevolezza, non impediscono di derogare all'uguaglianza sulla base della "ragionevole" politica economica occupazionale assunta e propagandata dal Legislatore<sup>80</sup>.

## 6. Conclusione sulla costituzione materiale dei valori

Dov'è dunque la cogenza dei valori? Su questo piano, la progressiva estensione della tutela risarcitoria in caso di licenziamento illegittimo connota l'identità del diritto neoliberista, quello prodotto dalla nuova Costituzione materiale e che tende a rendere fungibile e monetizzabile ogni diritto. Come scrisse Gustavo Zagrebelsky, «le società occidentali, indubbiamente, con l'estensione ormai pressoché illimitata della categoria del danno (cioè del valore violato) risarcibile (cioè trasformabile in danaro) alla quale purtroppo lavorano da decenni generazioni di giuristi e di giudici animati dalle migliori intenzioni, sono molto avanti su questa strada della "mercificazione" integrale dei "valori" giuridici»<sup>81</sup>. Diciamo pure, senza timore di smentita, che i valori esprimono proprio nella giurisprudenza la loro costituzione materiale. Che sia il Legislatore che sia pure la Corte costituzionale.

Sicché, siccome – sempre seguendo Mengoni - «un'altra regola della Corte è il condizionamento storico dei giudizi di razionalità di una disciplina e dei significati che in ordine alla materia assumono le norme costituzionali ...[e siccome] sopravvenuti mutamenti nella realtà sociale possono determinare una revisione del giudizio, con conseguente rovesciamento di precedenti pronunzie»<sup>82</sup>, chi non condivide l'esito di questo «bilanciamento ineguale»<sup>83</sup> operato dalla Corte costituzionale (sul piano della materialità), opponendo un altro discorso sui valori mettendoli su un piano *idealizzato* e *a-sociale*, può certo opporsi e contestare questa giurisprudenza, ma solo se innesca la dialettica a cominciare dalla razionalità materiale, o quantomeno dalla sua errata rappresentazione.

Per questa ragione mi sembrano entrambe legittime (o entrambe sbagliate) le posizioni che attribuiscono<sup>84</sup> o contestano<sup>85</sup> alla giurisprudenza una funzione creativa del diritto, soprattutto quando il giudizio mette in questione l'attuazione di diritti e valori fondamentali. Direi meglio – usando parole scritte qualche anno fa da Nicolò Lipari – che si tratta di una questione ormai superata dal momento che anche al Giudice s'impone «la ricerca di una costituzione materiale sotto quella formale, che implica il recepimento dei valori politico-sociali nel sistema normativo»<sup>86</sup>. Ai critici del "creazionismo giudiziario" Lipari rimprovera di avere lo stesso atteggiamento che avevano i giuristi formalisti ottocenteschi i quali negavano la radice sociale del diritto e la storicità dei valori fondanti, distinguendosi da quelli solo per il fatto di avere diversi valori fondativi primari di riferimento. Un po' come i giuristi del lavoro che affermano sempre e comunque la primazia del Lavoro e quelli che affermano sempre e comunque la primazia della libertà d'impresa.

In tal senso, è comprensibile la posizione di chi – polemicamente - rifugge dall'idea di «prendere espressamente e sistematicamente le parti di qualcuno – si tratti del lavoratore, del migrante, del tossicodipendente o di chi altri si voglia – e piegare il testo della legge alla necessità di dargli ragione [perché] equivale a non essere più terzo rispetto alla vicenda processuale, dunque a non essere più un giudice; e pretendere di farlo in nome della Costituzione è perfino ridicolo, sol che si pensi che nella Costituzione c'è tutto e il suo contrario»<sup>87</sup>. Da questo punto di vista non possiamo certo trascurare il fatto che esiste pur sempre l'oggetto dell'interpretazione che è una norma, coi suoi

<sup>80</sup> Su questo punto mi sembra che, in una recente riflessione, C. Ponterio, «Essere e apparire imparziali: il giudice del lavoro», in *Quest. Giust.*, 2024, n. 1-2, p. 34 mostri fiducia nella forza conformativa dei valori costituzionali così come possono essere rappresentati in una formale e astratta sanzione, in qualche modo sottovalutando la forza costituente della prassi "materiale" della stessa giurisprudenza che, attraverso l'artificio retorico del bilanciamento ragionevole, si mostra permeabile alla razionalità materiale più che a una idealizzata e non ben definita gerarchia di valori.

<sup>81</sup> G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, p. 172.

<sup>82</sup> L. Mengoni, *Giurisprudenza costituzionale e diritto del rapporto di lavoro*, in *Asap-Intersind.* vol. I. Saggi, Roma, 1989, p. 76.

<sup>83</sup> M. Luciani, «Sui diritti sociali», in *Scritti in onore di Manlio Mazzotti di Celso*, Padova, vol. II, 1995, p. 126

<sup>84</sup> P. Grossi, *L'invenzione del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2017.

<sup>85</sup> L. Ferrajoli, «Contro la giurisprudenza creativa» in *Quest. Giust.*, 2016, n. 4, p. 13 ss.

<sup>86</sup> N. Lipari, «L'uso alternativo del diritto, oggi», in *Riv. Dir. Civ.*, 2018, p. 157.

<sup>87</sup> L. Cavallaro, «Il giudice del lavoro fra interpretazione "creativa" e fedeltà alla legge», in [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it), 2023.

sintagmi, con la sua lettera. Nondimeno, non si tratta di fare del giudice l'asettica "bocca della legge", per il semplice fatto che non lo è mai stato. D'altronde, anche i più attenti custodi della certezza del diritto – fra cui Massimo Luciani - non negano che «dall'interpretazione non può certo pretendersi l'identificazione di una e una sola lettura corretta delle norme giuridiche, ma si può e si deve pretendere l'identificazione almeno dell'universo delle possibilità interpretative, cioè dell'universo dei possibili significati di quelle norme, indicando anche quale, tra quei significati "possibili", sia più "plausibile" e dunque "probabile"»<sup>88</sup>.

Resta il problema, che in questa contenuta alternativa interpretativa, che si tratti di norma di diritto fondamentale costituzionale, che si tratti di fattispecie prevista da una norma speciale, «compito primario del giudice è quello di realizzare la difficile opera di bilanciamento fra fattori destinati, di volta in volta, ad assumere ruoli diversi» che non è «astrattismo filosofico o ideologico» ma il risultato di «una lettura attenta della dinamica sociale»<sup>89</sup> e – aggiungo io – una posizione gerarchica fra valori e interessi giuridificati corrispondente a una data razionalità materiale perché – come appare chiaramente agli occhi di chi non è giurista – se è vero che una costituzione non può coincidere con quanto stabilisce una Corte costituzionale, il principio di ragionevolezza ha «un margine di discrezionalità ineliminabile» sì che «ragionevolezza significa politicità»<sup>90</sup>; quella politicità che, però, per Costantino Mortati non è la visione soggettiva del giudice ma l'espressione oggettiva e strutturante di una razionalità materiale.

Ha ragione Andrea Guazzarotti a scrivere recentemente<sup>91</sup> che «l'iper-valutazione della giuridicità» nella narrazione sulla Costituzione per operare una «sterilizzazione della politicità» espone alla insidiosa strumentalizzazione da parte delle differenti dottrine sottese alle Costituzioni "pluraliste". Senonché il «controllo giurisdizionale del potere pubblico... contro le pretese dei mercati» può essere qualificato come «sforzo inane» (per stare ancora alla posizione di Guazzarotti) ma pure come "efficace resistenza" solo sulla base degli strutturati rapporti sociali e materiali, nella loro linearità, come pure nella ambivalenza. quella stessa ambivalenza che portava alla legislazione inglese sull'orario di lavoro letta da Marx nel Capitale o alla sentenza della Corte costituzionale sull'art. 19 St. lav. nel caso FIAT-FIOM, pur essendo in pieno ciclo neoliberalista. Alla fine, il Diritto e la sua Giurisdizione sono sempre quello che sono stati in tutta la loro storia: né fughe in avanti di un Legislatore o di un Giudice, né cieca e a-storica conservazione; piuttosto, la correlazione mutevole fra ordine giuridico e rapporti sociali.

Tutt'altro che nichilismo valoriale, allora! Si tratta invece di riconoscere i valori per quello che sono: l'espressione di un ordine materiale, cioè sociale, cioè politico. I valori costituenti sono tali proprio perché materialmente costituiti. Non si tratta di disconoscere la funzione del diritto; tutt'altro! Si tratta invece prima di tutto di conoscere il diritto per com'è costituito materialmente e che quindi dà ordine alla società.

<sup>88</sup> M. Luciani, «L'errore di diritto e l'interpretazione della norma giuridica», in *Quest. Giust.*, 2019, n. 3, p. 43.

<sup>89</sup> N. Lipari, «op. cit.», p. 163, il quale, in questo passaggio, cita Paolo Grossi, *L'invenzione del diritto* cit.

<sup>90</sup> G. Preterossi, «Che cosa resta della costituzione materiale», in *Fil. Pol.*, 2023, p. 10.

<sup>91</sup> A. Guazzarotti, «Il conflitto sociale tra diritti fondamentali e ri-materializzazione della Costituzione», *Costituzionalismo.it*, 1/2024, in particolare le citazioni sono di pp. 52-53.