

## *Ringraziamenti*

Questo libro è il frutto di molti anni di riflessione, pertanto le persone da ringraziare sono moltissime, se dovessi riconoscere a ciascuno anche solo un piccolo contributo, pensando alle conversazioni e allo scambio di idee che ho avuto in questi anni.

Innanzitutto vorrei ringraziare i miei colleghi ed amici dell'Università di Cagliari, a cominciare dal mio maestro Gianni Loy. Sono tantissime le occasioni in cui tra un'urgenza pratica, per l'organizzazione delle attività al Centro Studi di Relazioni Industriali, e una domanda sulle rispettive famiglie, abbiamo intessuto una trama fitta di domande e risposte sul diritto del lavoro, che hanno certamente contribuito a far lievitare le idee contenute in questo libro.

Ci sono molti altri debiti intellettuali che devo riconoscere, tra i quali senz'altro metterei quello verso i componenti del gruppo di ricerca Inlacris, con i quali lavoro da tempo, e che rappresentano una fonte incessante di idee.

Un ringraziamento speciale va a Marzia Barbera che ha letto questo lavoro e mi ha dato preziosi consigli e a Silvana Sciarra per il suo sostegno.

Infine un ringraziamento va alla mia famiglia, a Franco, Mario e Anna. Loro sanno perché.



## Introduzione

«Tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro [...] Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe “tiranno” nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona»<sup>1</sup>. Sono le parole della Corte Costituzionale nella sentenza sul caso Ilva, nella quale il contrasto tra due diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione – il diritto alla salute tutelato dall'art. 32 Cost., che implica il diritto all'ambiente salubre, e il diritto al lavoro, di cui all'art. 4 Cost., che implica il mantenimento dei livelli occupazionali ed il dovere delle istituzioni pubbliche di agire nella direzione di tale obiettivo – è risolto nell'ottica del ragionevole bilanciamento tra diritti.

Il tema di questo libro è racchiuso nelle parole appena citate della Corte Costituzionale: si intende, infatti, indagare su come il principio di ragionevolezza e proporzionalità nel diritto del lavoro contribuisca a garantire una tutela sistemica ai diritti in conflitto, per evitare la tirannia, evocata da Carl Schmidt, di un diritto sull'altro.

I conflitti tra diritti, nel diritto del lavoro, non sono più solo ed esclusivamente quelli tra i diritti del lavoratore e le libertà dell'impresa. Questi sono maggiormente evidenti negli istituti in cui più chiaramente si manifesta la necessità di tutelare la dignità e la sicurezza del lavoratore, da una parte, e la libertà di iniziativa economica da parte del datore di lavoro, come nel licenziamento, in particolare per ragioni economiche, nell'esercizio dello *ius variandi* o nel trasferimento del lavoratore.

Sono, ancora, i conflitti tra il diritto al lavoro e il diritto alla salute, come nel caso Ilva, o il conflitto tra il diritto di sciopero e gli altri diritti fondamentali della persona costituzionalmente garantiti o ancora, a livello dell'Unione Europea, tra diritto di sciopero e libertà di stabilimento o libera prestazione dei servizi.

Sono i conflitti tra i diritti sociali e le esigenze di equilibrio del bilancio, emer-

---

<sup>1</sup> Corte Costituzionale n. 85 del 2013, punto 9 del Considerato in diritto.

si a seguito delle riforme del diritto del lavoro avanzate da molti Stati membri, come strategia di uscita dalla crisi economica, che si concretano come conflitti tra lavoratori, in ragione dei sacrifici e della compressione dei diritti, imposti ad alcuni e non ad altri.

Sono i conflitti tra lavoratori generati dalla contrattazione collettiva non più capace di essere rappresentativa di una realtà del lavoro estremamente frammentata e bisognosa di differenziazioni, e di assicurare una equilibrata rappresentanza degli interessi collettivi.

Sono i conflitti, inediti, tra tutela della vita privata del lavoratore e libertà d'impresa, generati dall'uso delle nuove tecnologie nell'organizzazione del lavoro.

Non si tratta, in ogni caso, sempre di nuovi conflitti: ciò che è cambiato nella costruzione del diritto del lavoro è la tecnica di risoluzione dei conflitti. L'inderogabilità della norma e l'indisponibilità dei diritti sono state la principale tecnica attraverso la quale il diritto del lavoro ha costruito le "paratie antincendio", di cui parla Habermas<sup>2</sup>, per garantire una protezione assoluta dei diritti del lavoratore, sia nella legge che nella contrattazione collettiva. La tecnica dell'inderogabilità, tuttavia, può essere utilizzata quando si abbia a che fare con le regole, che sono una particolare categoria di norme le quali si applicano o non si applicano, ma non quando si ha a che fare con i principi. Nel diritto del lavoro ci sono molte norme costruite come regole, anche a livello costituzionale, ma ci sono, e sempre di più, molte norme che sono costruite come principi o che fanno riferimento, direttamente o indirettamente, a principi. Secondo Alexy quando le norme sono costruite come principi e definiscono diritti fondamentali, esse sono da considerarsi come precetti di ottimizzazione<sup>3</sup> e devono, quindi, essere applicati nella misura più ampia possibile. Si nega, dunque, il valore assoluto dei diritti fondamentali e ciò implica la possibilità che entrino in conflitto con altre norme che definiscono altri diritti fondamentali.

La soluzione praticata dalle Corti Costituzionali di molti ordinamenti giuridici, nonché dalle Corti internazionali come la Corte EDU e la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, è l'utilizzazione del principio di ragionevolezza e proporzionalità, attraverso la formalizzazione di un test più o meno chiaramente applicato da tutte le Corti, che consiste di tre fasi o principi che compongono il principio di proporzionalità: principio di idoneità, principio di necessità e principio di proporzionalità in senso stretto, che altro non è che il bilanciamento tra i diritti confliggenti. L'elaborazione del test è dovuta, principalmente, all'attività interpretativa della Corte Costituzionale tedesca, con applicazioni in qualche caso differenziate nelle diverse Corti Costituzionali nazionali. Il principio di ragionevolezza e proporzionalità è diventato, così, il fondamentale strumento da utilizzare nella

---

<sup>2</sup> J. HABERMAS, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Guerini e Associati, Milano, 1996, p. 308.

<sup>3</sup> R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, Il Mulino, Bologna, 2012, p. 106.

risoluzione dei conflitti tra diritti, anche nel diritto del lavoro.

La ragionevolezza è descritta nelle sue principali funzioni, definite sia dalla dottrina costituzionalista, sia dall'elaborazione delle Corti Costituzionali in diversi ordinamenti giuridici, dei quali si darà conto in una breve indagine comparativa. La ragionevolezza è da intendersi come controllo di razionalità della legge nonché, all'interno del giudizio di eguaglianza, come criterio di giustificazione delle differenze di trattamento e, infine, come proporzionalità. La proporzionalità è, dunque, nella prospettiva qui adottata, una declinazione del principio di ragionevolezza e, in quanto tale, è considerata al contempo come principio costituzionale globale e come il tratto caratterizzante dei moderni sistemi costituzionali<sup>4</sup>. Ai fini della comprensione dell'uso del principio di proporzionalità si farà necessariamente riferimento alla struttura del test di proporzionalità come elaborato dalla Corte Costituzionale tedesca, attraverso la descrizione di alcuni esempi tratti dalla giurisprudenza costituzionale in diversi ordinamenti giuridici, nonché attraverso il confronto con altri metodi di scrutinio dell'attività legislativa, meno incisivi del principio di proporzionalità.

Resta da chiarire come il principio di ragionevolezza e proporzionalità, principio di cui si è affermata la costituzionalizzazione, in termini espressi in alcuni ordinamenti giuridici e in termini impliciti in altri, possa essere concretamente utilizzato nei rapporti tra privati, in particolare nel rapporto di lavoro.

I presupposti teorici per affermare un uso del principio di ragionevolezza e proporzionalità nel rapporto di lavoro, sono da un lato l'idea della costituzionalizzazione del diritto dei contratti<sup>5</sup> e dall'altra l'espansione delle nozioni a contenuto variabile nel contratto.

La costituzionalizzazione del diritto privato è un passaggio fondamentale frutto dell'elaborazione di una parte della dottrina, che afferma che l'art. 1374 c.c. obbliga le parti del contratto non solo a quanto è in esso espresso, ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge, gli usi e l'equità. La "legge" è da intendersi qui in senso lato, riferendosi a tutte le fonti del diritto compresi i principi costituzionali, che sono norme, anche quando sono di carattere programmatico. Secondo la ricostruzione qui proposta la ragionevolezza e la proporzionalità sono principi generali dell'ordinamento giuridico, con un fondamento di tipo costituzionale, da rinvenirsi principalmente nell'art. 3 e nell'art. 2 Cost. e, come tali, producono i loro effetti sul contratto. Ciò significa che l'assetto delle parti definito nel contratto deve rispondere ai canoni di ragionevolezza e proporzionalità e che, soprattutto, il giudice potrà sindacare ed eventualmente correggere, in vista della correzione dello squilibrio contrattuale, le clausole del contratto.

---

<sup>4</sup> A. S. SWEET, J. MATHEWS, *Proportionality, Balancing and Global Constitutionalism*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, 2008, n. 47, p. 73 e ss.

<sup>5</sup> P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Esi, Napoli, 2006.

Oltre al generale potere del sindacato giudiziale riconosciuto al giudice sulla base della costituzionalizzazione del diritto dei contratti e del diritto del lavoro, il principio di ragionevolezza e proporzionalità orienta il giudice in un altro modo: quando si debba determinare il contenuto di una nozione variabile del diritto, sotto forma sia di clausola generale, che di norma dal contenuto indeterminato, il giudice farà riferimento al principio di ragionevolezza e proporzionalità. La presenza di clausole generali o, più ampiamente, di nozioni a contenuto variabile, anche nel contratto di lavoro, è un fenomeno evidenziato dalla dottrina italiana e comparata, frutto della crisi regolativa del diritto del lavoro di fronte alla sempre maggiore complessità dei fenomeni economici e sociali e alle strutture multilivello della regolazione. Le reazioni del diritto alla complessità sono da un lato l'iperregolazione e dall'altro la moltiplicazione delle norme a contenuto indeterminato o a contenuto variabile, con il necessario rinvio al giudice, il quale dovrà, attraverso l'interpretazione, determinarne il contenuto. La presenza di norme dal contenuto indeterminato, non solo nella legge ma nello stesso contratto di lavoro, è da alcuni considerata, invece, come la condizione necessaria per garantire la sufficiente flessibilità alla regolazione contrattuale per adattarsi alle contingenze, quando il rapporto contrattuale sia un rapporto di durata o relazionale.

Gli aspetti problematici di tali profondi cambiamenti sono da ricondurre alle tensioni alle quali è sottoposto il diritto del lavoro, da molta parte della dottrina italiana e straniera, riassunti nella formula semplificatrice della "crisi del diritto del lavoro", che è sicuramente una crisi degli obiettivi, ma soprattutto è una crisi rappresentata dall'incongruenza tra gli strumenti adottati dal diritto del lavoro e i fini del diritto del lavoro, che in realtà non sono cambiati<sup>6</sup>. Tale prospettiva del controllo mezzi-fini del diritto del lavoro rende ancora più necessario il riferimento ad una dogmatica come quella del principio di ragionevolezza e proporzionalità, che vede nel controllo di adeguatezza dei mezzi per attuare i fini, uno dei suoi passaggi fondamentali.

L'espansione del principio di ragionevolezza e proporzionalità nel diritto del lavoro è, dunque, la conseguenza di profonde trasformazioni che non riguardano, in verità, solamente questa branca del diritto. Il diritto del lavoro, tuttavia, è un terreno particolarmente fertile nel quale verificare e sperimentare gli effetti dell'espansione di tale principio, a causa della molteplicità di situazioni nelle quali è presente un potenziale conflitto tra interessi contrapposti.

Tra tutte le situazioni di conflitto si è scelto di analizzare in modo particolare l'istituto del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, nel quale il legislatore, al fine di individuare le categorie delle ragioni economiche che possono legittimare un licenziamento, fa ricorso ad una nozione a contenuto variabile, il cui contenuto deve essere determinato dal giudice. Il tema sottostante è, in effetti, quale sia lo spazio del controllo giudiziale negli atti di autonomia privata e, in

---

<sup>6</sup> G. DAVIDOV, *A purposive approach to Labour Law*, OUP, Oxford, 2016, p. 2.

particolare nel contratto di lavoro. Si assiste a tal proposito ad un tentativo, riscontrabile nelle legislazioni di diversi Stati membri, di limitazione del sindacato giudiziale sugli atti del datore di lavoro e, in particolare nei licenziamenti, con corrispondenti tentativi della giurisprudenza di mantenere questi spazi di controllo attraverso il principio di ragionevolezza e proporzionalità.

L'analisi dei recenti interventi del legislatore italiano in materia di licenziamenti, attraverso l'analisi della giurisprudenza in materia, confrontata anche con la giurisprudenza di altri ordinamenti giuridici, porterà alla conclusione che in ogni giudizio relativo alla legittimità dei licenziamenti economici, il giudice dovrà effettuare un controllo fondato sul principio di ragionevolezza e proporzionalità.

In fin dei conti ciò che si difende in questo lavoro è un diritto del lavoro come argomentazione, nel quale siano sempre esposte le ragioni che hanno portato ad un determinato equilibrio tra interessi contrapposti. Questo riguarda indifferentemente il legislatore, gli attori collettivi e le parti del contratto di lavoro. Il bilanciamento tra diritti contrapposti non ha esiti predeterminati. Si difende invece un'idea. L'idea di un diritto del lavoro ragionevole che faccia dell'argomentazione e del bilanciamento il suo tratto distintivo.





## Capitolo I

### *La ragionevolezza: fondamento e funzioni*

SOMMARIO: 1. La ragionevolezza nell'evoluzione del diritto del lavoro. – 2. La ragionevolezza e le nozioni a contenuto variabile nel diritto. – 3. Le nozioni a contenuto variabile e la crisi regolativa della legge. – 4. La ragionevolezza: origini filosofiche e influenze nel pensiero giuridico. – 5. La razionalità del diritto e il mito della certezza giuridica. – 6. Il confronto tra razionalità e ragionevolezza nel diritto. – 7. Razionalità e ragionevolezza del diritto nella teoria dell'argomentazione giuridica di Alexy. – 8. I diversi significati della ragionevolezza nella dottrina e nella giurisprudenza italiana

#### *1. La ragionevolezza nell'evoluzione del diritto del lavoro*

La ragionevolezza è oggetto di studio in diverse branche del diritto ma è stata oggetto di analisi, prima di tutto, da parte degli studiosi del diritto costituzionale, appartenenti a diversi ordinamenti giuridici, i quali ne hanno sottolineato il carattere fondamentale nell'ambito dei giudizi di legittimità costituzionale. Il fondamento costituzionale del principio di ragionevolezza, nella sua componente essenziale data dal principio di proporzionalità, è esplicitamente riconosciuto in alcune Costituzioni<sup>1</sup>, mentre è implicitamente riconosciuto dalla giurisprudenza costituzionale in altri ordinamenti.

Il riconoscere che la ragionevolezza ha un ruolo preminente nei giudizi di legittimità costituzionale non implica, tuttavia, un'omogeneità di giudizi in ordine al suo inquadramento giuridico – che oscilla tra la definizione di principio, clausola generale o standard – né, tantomeno, un'omogeneità di opinioni circa le modalità e le tecniche dell'argomentazione nel giudizio di ragionevolezza. Il giudizio di ragionevolezza viene esercitato, infatti, seguendo schemi argomentativi molto diversi e in molti casi non strutturati in una vera e propria procedura, fatto che ha giustificato l'opinione di molti autori che ritengono che il giudizio di ragionevolezza sia un modo per fornire ai giudici costituzionali un apparato argomentativo utile a mascherare giudizi ideologici, politici o morali.

---

<sup>1</sup> È il caso, ad es., della Costituzione del Sud Africa del 1996.

Il concetto di ragionevolezza ha suscitato l'interesse dei giuristi anche al di fuori dell'ambito costituzionale e pubblicista. Ha senz'altro sollecitato l'interesse dei filosofi del diritto impegnati sia ad individuare i tratti semantici propri di questo concetto, sia ad individuare i rispettivi confini con il concetto di razionalità<sup>2</sup>. L'opinione diffusa è che sia difficile, se non impossibile, giungere ad una definizione condivisa della ragionevolezza, termine che presenta notevoli ambiguità e incertezze.

Più di recente, la ragionevolezza ha suscitato l'interesse dei privatisti che ne hanno teorizzato l'utilizzo nel controllo degli atti di autonomia negoziale al fine di riequilibrare le posizioni contrattuali. L'esercizio concettuale dei privatisti si concentra, da un lato, sul piano tassonomico onde accertare se la ragionevolezza sia da inquadrarsi tra le clausole generali o tra i principi e, dall'altro lato, si concentra sul piano definitorio, onde definirne i confini rispetto ad altre categorie come quella della buona fede o dell'abuso di diritto.

La ragionevolezza nella prospettiva del diritto del lavoro<sup>3</sup> interessa da un duplice punto di vista: come pilastro nel giudizio di eguaglianza, ma soprattutto come strumento di controllo giudiziale dell'assetto degli interessi nel contratto di lavoro. È in tale ultima prospettiva che si intende analizzare, in questo lavoro, la ragionevolezza, sul presupposto che l'assetto degli interessi all'interno del rapporto di lavoro non sia sempre predeterminato o predeterminabile dalle norme che regolano il rapporto tra i contraenti o che regolano il mercato del lavoro. Il diritto del lavoro, infatti, nel corso del tempo ha profondamente mutato la sua struttura fondata su norme dirette a proteggere il lavoratore – parte debole del contratto di lavoro – attraverso una disciplina di carattere essenzialmente inderogabile. In tutti gli ordinamenti giuridici si assiste, infatti, a contrastanti evoluzioni e modifiche nella natura giuridica delle norme che regolano il rapporto di lavoro, con frequenti devoluzioni da parte della legge a fonti regolative di natura collettiva o individuale<sup>4</sup>. L'inderogabilità della norma e l'indisponibilità dei diritti sono state, in tutti

---

<sup>2</sup> S. ZORZETTO, *La ragionevolezza dei privati. Saggio di metagiurisprudenza esplicativa*, Franco Angeli, Milano, 2008; G. SARTOR, C. VALENTINI (ed. by), *Reasonableness and Law*, Springer, Dordrecht-Heidelberg-London-New York, 2009.

<sup>3</sup> Sul tema della razionalità/ragionevolezza nel diritto del lavoro si vedano i fondamentali contributi di M. PERSIANI, *Diritto del lavoro e razionalità*, in *Arg. dir. lav.*, 1995, p. 1 e ss.; A. PERULLI, *Razionalità e proporzionalità nel diritto del lavoro*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2005, p. 1 e ss.; ID., *I concetti qualitativi nel diritto del lavoro: standard, ragionevolezza, equità*, in L. CORAZZA, L. NOGLER (a cura di), *Risistemare il diritto del lavoro. Liber amicorum M. Pedrazzoli*, Franco Angeli, Milano, 2012, p. 356 e ss.; più di recente si veda la monografia di G. FONTANA, *Dall'inderogabilità alla ragionevolezza*, Giappichelli, Torino, 2010.

<sup>4</sup> Tendenze verso l'individualizzazione che sono state segnalate da tempo dalla dottrina. Si veda, in tal senso, S. SMITIS, *Il diritto del lavoro e la riscoperta dell'individuo*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1990, p. 87 e ss., e più di recente, anche in una prospettiva storica, S. FERNANDEZ SANCHEZ, *L'autonomia individuale nelle origini del diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2012, spec. p. 95 e ss. Nel pa-

gli ordinamenti, le tecniche tradizionalmente utilizzate dal legislatore per definire l'assetto degli interessi delle parti del contratto di lavoro, coerentemente con la protezione dei diritti sociali fondamentali derivanti dall'impianto di norme di livello costituzionale, comunitario e internazionale. In termini più generali si può dire che alla norma inderogabile, implicante la compressione dell'autonomia individuale, si assegna il compito fondamentale di trovare l'equilibrio tra la costruzione del mercato e i diritti sociali<sup>5</sup>. In fondo, attraverso la tecnica dell'inderogabilità della norma e dell'indisponibilità dei diritti da essa derivanti, si è cercato di dare attuazione agli obiettivi della Dichiarazione di Filadelfia. Gli obiettivi del diritto del lavoro sono ancora quelli: la dichiarazione che il lavoro non è una merce, e che tutti gli esseri umani – indipendentemente dalla razza, dalla religione e dal sesso a cui appartengono – hanno il diritto di tendere, con possibilità eguali, al loro progresso materiale ed al loro sviluppo spirituale, in condizioni di libertà, di dignità, di sicurezza economica. La Dichiarazione ha sicuramente valore di principio, ed ha l'obiettivo di fondare un ordine economico sottoposto alla regolazio-

---

norama della dottrina italiana il principale sostenitore di tale tendenza verso l'individualizzazione del diritto del lavoro è P. ICHINO, *Il lavoro e il mercato*, Mondadori, Milano, 1996, p. 25 e ss., che la accoglie positivamente come un segnale dell'emancipazione del lavoratore, capace di contrattare le condizioni del contratto e non sempre bisognoso della protezione della norma inderogabile, che garantisce trattamenti standard e una tutela nel posto di lavoro. La soluzione contro i rischi di segmentazione del mercato del lavoro tra *insiders* e *outsiders* è secondo l'autore, la garanzia di diritti di informazione, formazione e mobilità, per garantire così una tutela nel mercato del lavoro. Nell'ordinamento inglese, in cui, già da tempo, si assiste ad una spinta deregolativa che si fonda sul presupposto dell'ampliamento degli spazi di contrattazione individuale nel rapporto di lavoro, sono da segnalare alcune pericolose derive fino ad arrivare al nuovo istituto dell'"employee shareholder", previsto dal *Growth and Infrastructure Bill*, approvato dalla House of Lords nell'aprile 2013, che ha introdotto la Section 205A nell'*Employment Rights Act* del 1996: In esso si prevede che i lavoratori che accettino di essere inquadrati non come lavoratori subordinati, ma con lo *status* di "lavoratori azionisti" ricevono, in cambio, un pacchetto di azioni del valore non inferiore alle 2000 sterline (con il riconoscimento di un'esenzione fiscale), e rinunciano ad una serie di diritti, come il diritto ad essere tutelati in caso di licenziamento illegittimo (permane la tutela in caso di licenziamento discriminatorio) o il diritto a ricevere il trattamento economico in caso di licenziamento collettivo. Sull'*employee shareholder status* si veda J. PRASSL, *Dismantling the Contract of Employment: the new Shareholder Employee Status*, in *Ind. Law Journal*, 2013, p. 307 e ss.

<sup>5</sup> Sulle funzioni della norma inderogabile nel diritto del lavoro in vista della correzione dello squilibrio contrattuale la dottrina è sempre stata concorde. Si rinvia alla classica monografia di R. DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Jovene, Napoli, 1976 con la quale hanno inevitabilmente dialogato i più recenti contributi della dottrina tra i quali M. NOVELLA, *L'inderogabilità nel diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2009; O. DESSI, *L'indisponibilità dei diritti del lavoratore secondo l'art. 2113 del c.c.*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 83 e ss.; in chiave storico evolutiva R. VOZA, *L'inderogabilità come attributo genetico del diritto del lavoro. Un profilo storico*, in *Riv. giur. lav.*, 2006, p. 453 e ss.; M. NAPOLI, *Introduzione. Interrogativi sull'inderogabilità*, in *Riv. giur. lav.*, 2008, p. 158 e ss.; A. ALBANESE, *La norma inderogabile nel Diritto civile e nel Diritto del lavoro tra efficienza del mercato e tutela della persona*, in *Riv. giur. lav.*, 2008, p. 165 e ss.; A. OCCHINO, *La norma inderogabile nel Diritto del lavoro*, 2008, p. 183 e ss.

ne dell'ordine giuridico in vista di obiettivi di giustizia sociale. Nella Dichiarazione di Filadelfia l'economia e la finanza sono dei mezzi a servizio degli uomini, mentre nell'attuale processo di globalizzazione assistiamo all'inversione della prospettiva: la sostituzione degli obiettivi di giustizia sociale con quelli della libera circolazione dei capitali e delle merci<sup>6</sup>. Questa scala di priorità è chiara nell'affermazione che tutti i programmi d'azione ed i provvedimenti presi sul piano nazionale ed internazionale, specialmente nel campo economico e finanziario, devono essere valutati ed accettati soltanto nella misura in cui appaiono capaci di favorire, e non di ostacolare, il raggiungimento degli obiettivi di giustizia sociale. L'inderogabilità è stato il principale strumento giuridico adottato dal diritto del lavoro, attraverso il quale attuare gli obiettivi ambiziosi della Dichiarazione di Filadelfia. In questo senso dobbiamo ammettere, tuttavia, il tradimento della norma inderogabile, che non è riuscita pienamente ad impedire l'inversione della prospettiva indicata nella Dichiarazione di Filadelfia.

Se l'obiettivo indicato nella Dichiarazione di Filadelfia è quello di assicurare la dignità a tutti gli esseri umani, la sua attuazione ha comportato la ricerca di un equilibrio tra libertà e sicurezza: la libertà è garantita, prima di tutto, attraverso la sicurezza fisica ed economica e l'ordinamento giuridico deve porre le condizioni perché si realizzino tali obiettivi. Nella teoria liberale del diritto la sicurezza, intesa principalmente come sicurezza e certezza del diritto, è concepita in modo strumentale rispetto alle libertà individuali. Lo Stato assicura sfere individuali di libertà garantite da leggi astratte riconosciute ad un'uguale universalità di soggetti<sup>7</sup>, in questo si ritrova la condizione della giustizia sociale per lo stato liberale. Il modello dello stato sociale parte dal presupposto che le sostanziali differenze economiche e sociali impediscono, di fatto, l'esercizio delle libertà formali riconosciute a tutti i soggetti di diritto. La sicurezza nello stato sociale continua a svolgere una funzione ancillare rispetto alla libertà ma è intesa nel senso di sicurezza *dal* diritto, cioè come insieme di prestazioni e diritti dello Stato sociale<sup>8</sup>.

È proprio al fine di garantire l'attuazione degli obiettivi dello stato sociale che il diritto del lavoro fa ricorso allo strumento dell'inderogabilità «Sin nella sua origine storica (e nella sua essenza più profonda) l'ordinamento del lavoro rivela, infatti, la propria vocazione a contrapporsi al principio della libertà contrattuale ed a sottrarre gli interessi del lavoratore al libero gioco dell'autonomia

---

<sup>6</sup> A. SUPLOT, *L'esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*, Ed. Seuil, Paris, 2010, p. 24.

<sup>7</sup> J. HABERMAS, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, (a cura di L. Ceppa), Guerini e Associati, Milano, 1996, p. 475.

<sup>8</sup> Sui molteplici contenuti del concetto di sicurezza nel diritto del lavoro sia consentito rinviare a P. LOI, *La sicurezza, Diritto e fondamento dei diritti nel rapporto di lavoro*, Giappichelli, Torino, 2000, p. 9 e ss.

privata»<sup>9</sup>. È indubbio che nel tempo le funzioni dello Stato sociale si sono profondamente modificate<sup>10</sup> come è altrettanto vero che il diritto del lavoro, sotto la spinta di pressioni provenienti dal mercato con pretese sempre maggiori di flessibilità<sup>11</sup> – specialmente in questi anni di crisi economica in cui in molti ordinamenti sono state varate riforme radicali del diritto del lavoro che hanno ridotto notevolmente le tutele apprestate dalla legislazione precedente<sup>12</sup> – sia attraversato da tensioni che incidono sulle sue strutture portanti<sup>13</sup>. Una di queste strutture portanti è, appunto, rappresentata dall'inderogabilità, di cui occorre segnalare alcuni importanti cambiamenti che, sebbene non significhino affatto la registrazione della sua fine, tuttavia sono indicativi di profondi mutamenti nelle tecniche di regolazione.

Naturalmente vi sono ancora molte norme del diritto del lavoro che hanno la struttura della norma inderogabile, che non è funzionale solo alla tutela della parte debole, ma risponde anche ad esigenze di certezza del diritto. Come diremo meglio in seguito, nel diritto in generale e nel diritto del lavoro in particolare, la disciplina non è sempre dettata da regole, ma molto spesso da principi, o meglio da norme che contengono direttamente o indirettamente riferimenti a principi, a causa del rinvio operato da nozioni variabili del diritto in esse contenute. I principi, specialmente quando sono relativi a diritti fondamentali, sono certamente norme inderogabili, ma di una specie diversa dalle regole inderogabili, in quanto per i principi si pone il problema del conflitto con altri principi e della necessità del loro bilanciamento. Quando le norme del diritto del lavoro hanno a che fare con principi, l'inderogabilità lascia il posto – necessariamente a nostro parere – alla ragionevolezza e al bilanciamento. E questo ha, naturalmente, delle implicazioni molto serie: significa, come vedremo, accettare il ruolo pregnante del giudice, che

---

<sup>9</sup> R. DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, cit., p. 46.

<sup>10</sup> Tali modifiche sono comunemente descritte come crisi dello Stato sociale, si veda la fondamentale analisi di P. ROSANVALLON, *La crise de l'Etat Providence*, Ed. Seuil, Paris, 1981, p. 8 in cui l'autore precisa che la crisi dello Stato sociale non è una crisi di tipo finanziario, come spesso è qualificata, ma è una crisi di paradigma che si situa al livello «*d'un nouveau contrat social entre les individus, les groupes et les classes. Le principal blocage de l'État-Providence est en effet d'ordre culturel et sociologique*».

<sup>11</sup> M. RODRIGUEZ-PIÑERO, *Globalizzazione, flessicurezza e crisi economica*, in *Riv. giur. lav.*, 2013, p. 530 e ss.; P. LOI, *La crisi del diritto del lavoro nel segno della flessibilità*, in A. LUMINOSO (a cura di), *Diritto e crisi*, Giuffrè, Milano, 2016, p. 265 e ss.

<sup>12</sup> Per una lettura comparata delle riforme del diritto del lavoro durante la crisi si rinvia a M.-C. ESCANDE VARNIOL, S. LAULOM, E. MAZUYER, P. VIELLE (a cura di), *Quel droit social dans une Europe en crise?*, Larcier, Brussels, 2012; S. CLAUWAERT, I. SCHÖMANN, *The crisis and national labour law reforms: a mapping exercise*, *ETUI Working Paper*, 4, 2012.

<sup>13</sup> La crisi economica, ha, infatti, inciso sulle strutture portanti del diritto del lavoro «in misura più drammatica di quanto non sia avvenuto per altri settori del diritto [...] sul presupposto che l'attuale sacrificio dei diritti dei lavoratori, derivante dalle riforme del diritto del lavoro, possa contribuire ad un rafforzamento dell'economia, che in un futuro, si potrà tradurre in creazione di nuovi lavori» (M. RODRIGUEZ-PIÑERO, *Globalizzazione, flessicurezza e crisi economica*, cit., p. 530).

tuttavia deve essere vincolato nell'argomentazione, onde rendere trasparente e controllabile la sua attività di produzione del diritto.

Quindi non si vuole certificare l'avvento di una nuova era della ragionevolezza nel diritto del lavoro che ha soppiantato totalmente quella dell'inderogabilità<sup>14</sup>, ma, certamente si vuole chiarire l'emersione nel discorso giuridico di diversi paradigmi, come quello della ragionevolezza, capaci di mutare profondamente la natura e le funzioni del diritto del lavoro.

L'accettazione dell'emersione di tale paradigma necessita del chiarimento di alcuni presupposti teorici.

In questo lavoro si intende proporre, prima di tutto, un'analisi delle ricostruzioni dogmatiche sulla ragionevolezza, se sia cioè una clausola generale, un principio implicito dell'ordinamento giuridico o se sia possibile descriverlo, come appare preferibile, non solo come principio ancorato nella Costituzione, ma anche come uno dei fondamenti del diritto stesso e degli ordinamenti giuridici nei sistemi pluralisti.

In secondo luogo si darà conto di alcuni significativi usi della ragionevolezza da parte della giurisprudenza sia costituzionale che di legittimità, in relazione soprattutto al rapporto di lavoro. Infine si analizzeranno alcuni istituti del diritto del lavoro in cui è possibile, oltreché necessario, alla luce della teoria della costituzionalizzazione del diritto privato e del lavoro, interpretare alla luce del principio di ragionevolezza, la legittimità degli atti di autonomia privata, tra cui il contratto di lavoro. In sostanza l'analisi condotta sarà in parte di tipo descrittivo, e in parte di tipo prescrittivo, con l'adesione ad una precisa politica del diritto che si fonda sull'uso giudiziale della ragionevolezza nel bilanciamento degli interessi contrapposti nelle controversie relative al rapporto di lavoro.

Riconoscere un ruolo al principio di ragionevolezza nel diritto del lavoro implica, inoltre, affrontare la questione del ruolo dell'interprete nel diritto del lavoro e dei vincoli dell'argomentazione giuridica. Affermare, infatti, l'immanenza del principio di ragionevolezza nell'ordinamento giuridico significa anche pronunciarsi sulle caratteristiche dell'attività dell'interprete, sulle finalità di tale attività e sui suoi limiti. L'interesse non è dato tanto dall'astratta ricostruzione dogmatica delle teorie in materia di interpretazione, né si tratta della descrizione solo da un punto di vista dogmatico, al più di interesse per i cultori della filosofia del diritto o tutt'al più arginabile nell'area del *de iure condendo*. Si tratta, invece, di un tema che ha le sue radici nel diritto positivo ed è sollecitato dall'urgenza dei più recenti interventi legislativi, che rimettono al centro la questione del ruolo del giudice nel diritto del lavoro, tentando di arginarlo il più possibile.

---

<sup>14</sup> Come sembrerebbe suggerire il titolo della monografia di G. FONTANA, *Dall'inderogabilità alla ragionevolezza*, Giappichelli, Torino, 2010, che descrive nel primo capitolo la parabola storica dell'inderogabilità.

## 2. La ragionevolezza e le nozioni a contenuto variabile nel diritto

Un primo approccio al tema della ragionevolezza è legato alla sempre più importante presenza di nozioni a contenuto variabile negli ordinamenti giuridici.

“Le nozioni a contenuto variabile nel diritto” è il titolo di un’opera curata da Chaim Perelman e R. Vander Elst<sup>15</sup> nella quale gli autori esaminano, nelle diverse branche del diritto, la funzione delle nozioni che nei diversi ordinamenti sono definite clausole generali, clausole aperte, standards o in altri casi principi generali<sup>16</sup>. Il tratto comune di queste categorie è l’indeterminatezza, la scarsa pregnanza semantica, dalla quale consegue un’estrema variabilità nell’interpretazione della norma nella quale sono contenute. Qualunque opera definitoria che tenti di individuare i confini tra queste diverse categorie, inevitabilmente, dunque, finisce con l’affrontare la questione del ruolo dell’interpretazione giudiziaria di tali nozioni a contenuto variabile, del rischio degli eccessi del ruolo creativo della giurisprudenza e dell’equilibrio tra il potere legislativo e il potere giudiziario. Quest’ultima ci pare essere ancora oggi la questione cruciale, che da sempre ha occupato i giuristi, con riposte molto diverse nei vari ordinamenti giuridici: se la creazione del diritto sia affare esclusivo del legislatore o se l’interpretazione del diritto attraverso l’opera del giudice, possa essere, essa stessa, attività creatrice di diritto. La stessa questione nel diritto del lavoro acquista una dimensione ancora diversa, nel momento in cui da un lato si assiste ad un uso costante di tali nozioni a contenuto variabile e dall’altro, in diversi ordinamenti giuridici e attraverso diverse tecniche, si accentuano i limiti del controllo giudiziale nelle controversie di lavoro, in particolare nell’area dei licenziamenti<sup>17</sup>.

La dottrina molto spesso non si preoccupa di classificare le diverse categorie e le riconduce ad unità anche solo identificando la loro funzione comune, quando si afferma che le “nozioni indeterminate, proporzionalità, buona fede, buon costume, sia che siano delle regole, degli standard, dei principi o delle clausole generali, sono dei modi per far penetrare la morale nel contratto”<sup>18</sup>. Questa definizione è,

---

<sup>15</sup> C. PERELMAN, R. VANDER ELST (sous la direction de), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, Bruxelles, 1984.

<sup>16</sup> Per una ricognizione completa delle posizioni dottrinarie su tali categorie nell’ordinamento italiano si veda E. FABIANI, voce *Clausola generale*, in *Enc. dir., Ann.*, vol. V, Giuffrè, Milano, 2012, p. 183 e ss.; M. FABIANI, *Norme elastiche, concetti giuridici indeterminati, clausole generali, standards valutativi e principi generali dell’ordinamento*, in *Foro it.*, 1999, I, 3558 ss.; più di recente in una prospettiva critica M. LIBERTINI, *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, p. 360 e ss.; nel diritto del lavoro A. PERULLI, *I concetti qualitativi nel diritto del lavoro: standard, ragionevolezza, equità*, in *Diritti, lavori, mercati*, 2011, p. 403 e ss.; per un’analisi comparativa dell’uso di tali concetti nella teoria dei contratti si veda S. GRUNDMAN, D. MAZEAUD (ed. by) *General Clauses and Standards in European Contract Law*, The Hague, Kluwer International, 2006.

<sup>17</sup> Si veda S. LAULOM, *Dismissal Law under Challenge*, in *European labour Law Journal*, 2014, p. 231 e ss.

<sup>18</sup> C. JAUFFRET-SPINOSI, *Theorie et Pratique de la Clause Générale en Droit Français et Dans*

in parte, alla base del sospetto che le nozioni a contenuto variabile sollevano, nel timore della reviviscenza del giusnaturalismo.

Senza per ora addentrarci in una difficile tassonomia di tali categorie, preferiamo accogliere, tra le tante, quella di “nozioni a contenuto variabile” per la sua ampiezza semantica e per la capacità di comprendere al suo interno altre sottocategorie.

In ogni caso, indipendentemente dai criteri classificatori, tutte le formule utilizzate descrivono al fondo lo stesso fenomeno, evidenziato da Rodotà, della impossibilità della tipizzazione delle fattispecie nelle società in rapido sviluppo. Riferendosi alle clausole generali egli afferma che «Tali clausole hanno ormai mutato funzione, e non si presentano soltanto come espedienti per evitare l'irrigidirsi di un complesso legislativo di fronte ad una realtà mutata, ma rappresentano gli strumenti più adeguati a regolare una realtà dal dinamismo crescente, e quindi irriducibili alla tipizzazione di ipotesi già definite. Mutando funzione, esse tendono trasformarsi da strumenti di “disordine” di un sistema tutto fondato su componenti rigide nei veri modelli ordinatori di una realtà che tende a respingere in blocco gli antichi strumenti di regolazione; e, quindi, nella sola risposta “ragionevole” alle esigenze di un tempo come il nostro»<sup>19</sup>.

Le nozioni a contenuto variabile presenti in un ordinamento giuridico sono un indice del livello di indeterminatezza di quell'ordinamento<sup>20</sup>, e tale livello di indeterminatezza è rafforzato dalla presenza delle norme costituzionali che sono, per definizione, brevi e enigmatiche «perché soltanto intorno a principi vaghi è possibile costruire un ampio accordo in una società pluralista». Nei casi di indeterminatezza si attribuisce all'interprete il compito di determinare la regola da applicare al caso concreto e in presenza di nozioni a contenuto variabile l'attribuzione di tale compito è considerato un bene necessario, per fare in modo che la certezza del diritto sia combinata con la giustizia del caso concreto<sup>21</sup>. Le parole di Rodotà evocano un diritto ragionevole, che pure ammette i rischi della soluzione giurisprudenziale alla crisi della legge, amplificati dalle teorie che consentono la concretizzazione delle clausole generali attraverso il riferimento diretto ai valori o attraverso l'equità<sup>22</sup>. L'idea che vi possa essere una soluzione giurisprudenziale

---

*les Autres Systèmes Juridiques Romanistes*, in S. GRUNDMAN, D. MAZEAUD (ed. by), *General Clauses and Standards in European Contract Law*, Kluwer International, The Hague, 2006, p. 36.

<sup>19</sup> S. RODOTÀ, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1967, p. 96.

<sup>20</sup> Secondo F. VIOLA, *Interpretazione e indeterminatezza della regola giuridica*, in *Diritto privato 2001-2002*, Cedam, Padova, 2003, p. 57 l'indeterminatezza relativa è una caratteristica strutturale di ogni ordinamento giuridico e, in linea con il pensiero di P. COMANDUCCI, *Assaggi di metaetica due*, Giappichelli, Torino, 1998, p. 94 e ss., ritiene che la presenza dei principi costituzionali aumenti il livello di indeterminatezza degli ordinamenti giuridici.

<sup>21</sup> F. VIOLA, *Interpretazione e indeterminatezza della regola giuridica*, cit., p. 57.

<sup>22</sup> C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1990, p. 342.



alla crisi regolativa della legge pone con maggiore forza il tema del controllo dell'argomentazione giuridica, la possibilità di avanzare pretese di correttezza e giustificazione razionale dei discorsi giuridici contenuti nelle decisioni giudiziali. Le teorie dell'argomentazione giuridica, cioè l'esposizione delle ragioni che sorreggono il discorso giuridico<sup>23</sup> – che implicano, alla fine dei conti, scelte relative alla concezione della giustizia – rappresentano il quadro generale nel quale inserire la ragionevolezza come canone di controllo della legittimità del sistema giuridico, in particolare nel diritto del lavoro.

È precisamente in questa prospettiva di tecnica regolativa che esamineremo le categorie delle clausole generali, dei principi generali e degli standard, riassumibili nella nozione più ampia di nozioni a contenuto variabile, con la finalità di affermare l'idea di un diritto ragionevole e non solo razionale.

### 3. *Le nozioni a contenuto variabile e la crisi regolativa della legge*

Da tempo si assiste ad un deciso processo di mutazione dei tradizionali caratteri della legge, di generalità ed astrattezza, in funzione dalla sua diminuita capacità regolativa di fenomeni economici e sociali sempre più complessi. La crisi regolativa del diritto di stampo legislativo e di derivazione statutale<sup>24</sup>, si manifesta soprattutto in quei settori dell'ordinamento giuridico – tra i quali rientra senz'altro il diritto del lavoro<sup>25</sup> – nei quali la complessità degli interessi in gioco, la pluralità dei soggetti destinatari degli effetti delle norme, fanno sì che l'individuazione dei soggetti da tutelare o l'equilibrio tra interessi contrapposti non sia un obiettivo sempre realizzabile.

Una delle manifestazioni più tipiche della crisi regolativa del diritto a razionalità materiale, rappresentato dallo Stato sociale<sup>26</sup>, è, senz'altro, l'iperproduzione

---

<sup>23</sup> R. ALEXI, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 169, indica diversi tipi di discorso giuridico nei quali si argomenta giuridicamente: «le discussioni dottrinali (della dogmatica), le deliberazioni giudiziali, le controversie davanti ai giudici (all'autorità giudiziaria, ai tribunali), le discussioni di questioni giuridiche nell'ambito di organi legislativi, commissioni e comitati [...]».

<sup>24</sup> Nell'ambito delle teorie autopoietiche del diritto descrive la crisi regolativa del diritto G. TEUBNER, *Substantive and Reflexive Elements in Modern Law*, in *Law and Soc. Rev.*, 1983, p. 239 e ss. e G. TEUBNER, A. FEBBRAJO (ed by), *State, Law and Economy as Autopoietic Systems*, Giuffrè, Milano, 1992.

<sup>25</sup> Tra gli studi classici sulla crisi regolativa e sulla giuridificazione nel diritto del lavoro, G. VARDARO, *Contrattazione collettiva e sistema giuridico*, Napoli, Jovene, 1984; G. GIUGNI, *Giuridificazione e deregolazione nel diritto del lavoro italiano*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1986, p. 317 e ss., ora anche in *Lavoro legge contratti*, Il Mulino, Bologna, 1989, p. 337 e ss., S. SIMITIS, *Juridification of Labour Relations*, in G. TEUBNER (ed. by), *Juridification of Social Spheres*, De Gruyter, Berlin, 1987, p. 113 e ss., (trad. it.), *La giuridificazione dei rapporti di lavoro*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1986, p. 215 e ss.; ROGOWSKI R., WILTHAGEN T. (ed. by), *Reflexive Labour Law*, Kluwer, Deventer, 1994.

<sup>26</sup> J. HABERMAS, *Law as Medium and Law as Institution*, in G. TEUBNER (ed by), *Dilemmas of*

normativa: l'eccessiva giuridificazione è, infatti, vista come un fenomeno negativo sia da un punto di vista quantitativo che da un punto di vista qualitativo e si evidenzia il rischio di colonizzazione della realtà<sup>27</sup>. L'eccessiva giuridificazione non è altro che il risultato della difficoltà del diritto sostanziale di fronte alla complessità del reale di cui si afferma l'irriducibilità a qualunque modello di standardizzazione normativa. In questo senso la filosofia post-modernista vede nella complessità, nell'eterogeneità e nella frammentazione della realtà un dato, oltretutto un valore, che riportato nel discorso normativo implica la valorizzazione dei diversi *legal discourses*, con un generale scetticismo nei confronti di ogni tradizionale e generale teoria normativa<sup>28</sup>.

Da un altro lato, in risposta alla crisi regolativa, si assiste alla proliferazione dei soggetti normativi. La legge devolve le sue funzioni ad altri soggetti, espressione della organizzazione complessa della realtà, spesso rinunciando alla definizione dei contenuti sostanziali, limitandosi alla individuazione di attori e procedure che attraverso un processo deliberativo ne definiranno i contenuti. La norma da sostanziale si fa procedurale. Nel paradigma procedurale, che è contemporaneamente un sistema conoscitivo della complessità del reale e un paradigma normativo, le funzioni del diritto sono concepite sulla base dell'assunto della irriducibile complessità del reale.

Un primo orientamento della teoria proceduralista si rifà alla teoria dei sistemi e alle teorie autopoietiche del diritto<sup>29</sup>. Nel sistema giuridico gli elementi fondamentali non sono gli attori o le azioni sociali, ma le comunicazioni. Il diritto è concepito, similmente alle cellule nel campo della biologia, come un sistema chiuso, parimenti agli altri sistemi sociali, ma cognitivamente è aperto agli altri sistemi come l'economia. La produzione normativa non è altro che un processo auto regolativo comunicativo, un passaggio dal rumore esterno al sistema normativo (in questo caso dei rapporti economico-sociali) all'ordine interno del sistema normativo. In questo senso si può dire che la legge non "interviene" nell'economia, in quanto gli atti normativi sono semplicemente atti di auto-osservazione del diritto, che riceve input dall'esterno sui meccanismi di funzionamento dell'econo-

---

*Law in the Welfare State*, De Gruyter, Berlin, 1986, p. 203 e ss. il quale evidenzia quattro tappe della giuridificazione: lo stato borghese, lo stato di diritto (*Rechtsstaat*), lo stato democratico e lo stato sociale.

<sup>27</sup> ID., p. 204.

<sup>28</sup> A. CARHY, *Post Modern Law*, Edinburgh University Press, 1990.

<sup>29</sup> Cfr. N. LHUMANN, *Social Systems*, Stanford University Press, Stanford, 1995, e G. TEUBNER, *Introduction to Autopoietic Law*, in G. TEUBNER (ed. by) *Autopoietic Law: a new Approach to Law and Society*, De Gruyter, Berlin, 1987, p. 4 e ss.; G. TEUBNER, *Law as an Autopoietic System*, Blackwell, London, 1993, p. 66. Per cui come afferma G. TEUBNER, *Social order from legislative noise: autopoietic closure as a problem for legal regulation*, in G. TEUBNER and A. FEBBRAJO (ed by), *State, Law and Economy as Autopoietic Systems*, Giuffrè, Milano, 1992, p. 609, «what legislation does is produce noise in the outside world, under the disturbing impact of which it changes its own internal order».

mia. La società e l'economia producono il rumore che opera il mutamento dell'ordine interno del sistema del diritto, ma questo fatto non può essere letto come uno scambio di informazioni (data la chiusura dei sistemi). Tutto ciò che il sistema giuridico ritiene una realtà esterna è, in effetti, una costruzione interna del sistema stesso. La regolazione del sistema economico-sociale è da questo punto di vista quindi «*regulation of others through self regulation*»<sup>30</sup>.

Anche il diritto procedurale è una modalità di reazione del diritto ad un elevato grado di differenziazione nella società. In un sistema giuridico i cui elementi fondamentali non sono gli attori o le azioni sociali, ma le comunicazioni, è un modalità di reazione del diritto ad un elevato grado di differenziazione nella società. L'ulteriore e completa elaborazione del diritto procedurale è riconducibile ad Habermas e si basa sul riconoscimento della molteplicità delle istituzioni e dei soggetti di diritto. Egli propone una politica del diritto che garantisca ai soggetti di diritto la possibilità di partecipare ai processi decisionali e normativi, attraverso la definizione di diritti partecipativi e spazi comunicativi: in questo senso la proceduralizzazione ha il fine di rendere più dinamico il meccanismo democratico-partecipativo<sup>31</sup>. La legittimità del diritto in questo quadro si ha quando i destinatari della norma possono partecipare alla definizione dei meccanismi di formazione e produzione del diritto. In termini più ampi la legittimità del diritto dipende dal fatto che i risultati prodotti siano "razionali", cioè quando i «destinatari sono trattati da liberi ed eguali associati, di una comunità di soggetti giuridici, dunque in altre parole, per il fatto che esiste una parità di trattamento tra persone giuridiche tutelate nella loro integrità»<sup>32</sup>.

Il sistema giuridico, descritto da Habermas, i cui elementi fondamentali sono considerati le pluralità di comunicazioni e discorsi, di cui occorre garantire le condizioni di deliberazione e partecipazione, è un sistema giuridico che reagisce ad un elevato grado di differenziazione nella società. In questo senso una concezione autopoietica del diritto può coincidere con quella procedurale, se la produzione del diritto consiste nella regolazione attraverso meccanismi decentralizzati di autoregolazione. Tuttavia la teoria del discorso di Habermas, in termini più ampi, è considerata inconciliabile con la teoria dei sistemi di Luhmann, che è alla base della concezione autopoietica del diritto<sup>33</sup>.

Un altro segno evidente della crisi regolativa della legge è costituito dall'emer-

---

<sup>30</sup> G. TEUBNER *Social order from legislative noise: autopoietic closure as a problem for legal regulation*, cit., p. 627.

<sup>31</sup> J. HABERMAS, *Fatti e norme*, cit., spec. p. 506 e ss.; si vedano inoltre I commenti di R. ALEXI a quest'opera in *Basic Rights and Democracy in J. Habermas's Paradigm of the Law*, in *Ratio Iuris*, 1994, p. 227 e ss.

<sup>32</sup> Nel linguaggio Habermasiano (J. HABERMAS, *Fatti e norme*, cit., p. 490) il diritto è legittimo quando l'autonomia privata dei destinatari e l'autonomia pubblica coincidono, cioè quando a tutti i soggetti siano garantiti i diritti e gli spazi pubblici di deliberazione.

<sup>33</sup> R. ALEXI, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, cit., p. 100.

gere di modelli alternativi di regolazione normativa non basati sul modello comando-sanzione. Si tratta della complessa categoria di norme riconducibile alle forme di *soft law*, di cui senz'altro tutto l'apparato normativo della Strategia Europea dell'Occupazione<sup>34</sup>, costituito da atti non vincolanti dell'ordinamento giuridico dell'Unione Europea, rappresenta un esempio del metodo normativo denominato Metodo Aperto di Coordinamento<sup>35</sup>.

L'ampliamento delle nozioni a contenuto variabile, in questo contesto, è vista come una delle tante manifestazioni della crisi regolativa della legge, una delle reazioni dell'ordinamento alla complessità del reale, alle difficoltà della legge di predeterminare l'equilibrio tra interessi contrapposti. Il tema delle nozioni a contenuto variabile nel diritto comporta l'analisi di una serie di aspetti relativi alla loro natura, alla individuazione degli elementi comuni e delle differenze tra le diverse nozioni, al loro livello di tollerabilità all'interno di un ordinamento giuridico, al problema della limitazione del controllo giudiziale su di esse.

Nella definizione dei contenuti delle nozioni a contenuto variabile è inevitabile, inoltre, riconoscere il ruolo centrale, oltre che della dogmatica, anche dell'ermeneutica e domandarsi quali possano essere i canoni ermeneutici utilizzabili nella definizione dei contenuti delle nozioni a contenuto variabile. Qui rileva il monito di Gadamer che critica la tradizionale visione dell'ermeneutica come *ars interpretandi*, come mera tecnica per l'esegesi dei testi giuridici e afferma, invece, l'ontologicità dell'ermeneutica. Egli, riprendendo Heidegger<sup>36</sup> e la sua teoria dell'ermeneutica della fatticità<sup>37</sup>, ci ricorda che nelle scienze umane, tra le quali rientra il diritto, il compito dell'ermeneutica non è quello di fornire la teorizzazione metodologica di regole e tecniche per la comprensione oggettiva di testi, ma è piuttosto l'individuazione delle determinazioni costitutive dell'esistenza nella sua originarietà, ossia nella sua fatticità, finitudine e storicità<sup>38</sup>. Il compito dell'ermeneutica non è dunque la comprensione neutrale di ciò che è stato conservato in espressioni della vita durevolmente fissate, né la mera interpretazione di testi o la ricostruzione neutrale di ciò che è stato<sup>39</sup>, ma la ricostruzione della ragione come storicamente si è affermata. Pertanto «la ragione esiste per noi solo come ragione reale e storica, e ciò significa semplicemente che essa non è padrona di se stessa, ma resta sempre subordinata alle situazioni date sulle quali agisce»<sup>40</sup>. Nella so-

<sup>34</sup> D. ASHIAGBOR, *The European Employment Strategy. Labour Market Regulation and New Governance*, OUP, Oxford, 2006.

<sup>35</sup> In generale sul Metodo Aperto di Coordinamento si veda J. ZEITLIN, P. POCHE (eds.), *The Open Method of Coordination in Action: the European Employment and Social Inclusion Strategies*, Peter Lang, Brussels, 2005.

<sup>36</sup> M. HEIDEGGER, *Essere e tempo*, trad. it. di P. CHIODI, Longanesi, Milano, 1976.

<sup>37</sup> F. VOLPI, *Ermeneutica e filosofia pratica*, in *Ars Interpretandi*, 2002, p. 6.

<sup>38</sup> Come citato da F. VOLPI, *Ermeneutica e filosofia pratica*, cit., p. 9.

<sup>39</sup> F. VOLPI, *Ermeneutica e filosofia pratica*, cit., p. 10.

<sup>40</sup> H.-G. GADAMER, *Verità e metodo*, 1960, (trad. it. di G. VATTIMO), Bompiani, Milano, 1983, p. 324.

stanza Gadamer ci invita a ritrovare in ogni testo giuridico un contesto storico nel quale quel testo giuridico vive e ciò è particolarmente importante ai fini dell'interpretazione delle nozioni a contenuto variabile. La prospettiva dell'ermeneutica gadameriana ci invita a tenere conto della storicità e della variazione dei contesti della ragionevolezza. Parafrasando Gadamer il quale afferma che la ragione esiste per noi solo come ragione reale e storica<sup>41</sup>, anche la ragionevolezza esiste per noi solo come ragionevolezza reale e storica.

In definitiva si tratta di affrontare, dal punto di vista pur limitato di una branca del diritto, come il diritto del lavoro, il tema più ampio del rapporto tra norma e fatti, tra produzione del diritto e regolazione dei rapporti economici e sociali in un contesto reale ad elevata complessità. Le reazioni del diritto alla complessità sono da un lato l'iperregolazione e dall'altro la moltiplicazione delle norme a contenuto indeterminato, attraverso l'introduzione, appunto, di nozioni a contenuto variabile, che il giudice attraverso l'interpretazione provvederà a definire. La ragionevolezza è qui presentata come nozione a contenuto variabile, in quanto ciò che rileva maggiormente è la sua funzione di tecnica di apertura dell'ordinamento giuridico, tuttavia la dottrina, nei diversi ordinamenti, utilizza categorie come quella di principio generale, clausola generale o standard, e, pertanto, si valuterà l'utilità di tali classificazioni.

#### 4. *La ragionevolezza: origini filosofiche e influenze nel pensiero giuridico*

La ragionevolezza è stata definita da filosofi appartenenti a diversi orientamenti, ma le sue basi si rinvergono nella filosofia antica e in particolare nella dialettica, che presuppone l'esistenza di due o più interlocutori, i quali sostengono tesi opposte con la finalità di stabilire chi, tra questi, abbia torto o ragione<sup>42</sup>. I limiti di questo lavoro non ci consentono di approfondire il concetto di dialettica che nel corso del tempo ha impegnato i filosofi appartenenti a diverse scuole<sup>43</sup>, ci limitiamo, pertanto a scegliere, tra i tanti, il significato di dialettica coerente con la ricostruzione della ragionevolezza che intendiamo proporre. La definizione di dialettica che fornisce le basi alla nozione di ragionevolezza che intendiamo accogliere è riconducibile alla dottrina platonica e aristotelica.

Platone, nel riprendere il metodo socratico del domandare e del rispondere at-

---

<sup>41</sup> *Ibidem*.

<sup>42</sup> E. BERTI, *La dialettica antica come modello di ragionevolezza*, in *Ars Interpretandi*, 2002, p. 17.

<sup>43</sup> Nella storia della filosofia il termine dialettica non è stato utilizzato in modo uniforme, si veda per una disamina delle diverse posizioni N. ABBAGNANO, voce *Dialettica*, in *Dizionario di filosofia*, Utet, Torino, 1998, p. 276 e ss. Del termine dialettica in filosofia si possono distinguere quattro significati fondamentali: dialettica come metodo della divisione (dottrina platonica); dialettica come logica del probabile (dottrina aristotelica); dialettica come logica (dottrina stoica); dialettica come sintesi degli opposti (dottrina hegeliana).

tuato con la collaborazione di due o più persone, concepisce la dialettica come metodo della divisione. Il metodo della divisione consiste nel poter «dividere l'idea nelle sue specie, seguendo le sue articolazioni naturali ed evitando di spezzarne le parti come farebbe uno scalco maldestro»<sup>44</sup>. L'esito del procedimento dialettico per Platone può essere triplice: che un'unica idea ne pervada e abbracci molte altre, che tuttavia rimangano separate da essa ed esterne l'una all'altra; che un'unica idea riduca ad unità molte altre idee, nella loro totalità; che molte idee rimangano tra loro interamente distinte»<sup>45</sup>. Nella sostanza il procedimento dialettico pone in evidenza o l'unità di molte idee diverse o la loro irrimediabile eterogeneità oppure ancora la possibilità che un'idea ne abbracci altre senza fonderle in unità<sup>46</sup>.

Aristotele nel confrontarsi con l'idea di dialettica di Platone, riconosce che la dialettica platonica, e in particolare l'idea della dialettica come divisione, non ha il carattere deduttivo del sillogismo, ma in realtà nemmeno Aristotele assegna alla dialettica un tale carattere. Per Aristotele la dialettica è un procedimento razionale non dimostrativo nel quale il sillogismo anziché partire da premesse vere (sillogismo apodittico), parte da premesse accettabili dai più. Il sillogismo dialettico si basa sui c.d. *éndoxa*<sup>47</sup> che Aristotele distingue dalle proposizioni prime e vere della scienza (oltre che dalle proposizioni che hanno l'apparenza di *éndoxon* ma non lo sono). Gli *éndoxa* sono «opinioni riconosciute, quelle che sembrano a tutti o alla massima parte o ai sapienti e, se a questi, o a tutti o alla stragrande maggioranza o a quelli massimamente noti ed illustri»<sup>48</sup>. Mentre il sillogismo apodittico e il sillogismo dialettico (basato sugli *éndoxa*) sono veri sillogismi e «la dialettica pone in atto vere e proprie argomentazioni, che non si distinguono dalle dimostrazioni della scienza per il rigore formale del ragionamento, sibbene per il differente scopo cui mirano»<sup>49</sup>, il sillogismo euristico – cioè il sillogismo basato su proposizioni che hanno l'apparenza di *éndoxon* – è considerato da Aristotele un sillogismo solo apparente. Il sillogismo dialettico pur basandosi sugli *éndoxa* non «rinuncia al carattere di verità» e non «si arresta alla soglia del probabile e del verisimile, come erroneamente aveva creduto la passata storiografia»<sup>50</sup>. Nell'area dell'etica, della politica, nonché del diritto, possono dunque essere prese sul serio

<sup>44</sup> PLATONE, *Fedro*, 265 d.

<sup>45</sup> PLATONE, *Sofista*, 253 d.

<sup>46</sup> N. ABBAGNANO, voce *Dialettica*, in *Dizionario di filosofia*, cit., p. 277.

<sup>47</sup> In generale E. BERTI, *Il contributo della dialettica antica alla cultura europea*, in E. BERTI, S. AVERINCEV, E. NOLTE, L. SIEDENTOP, *La filosofia dell'Europa*, Rubettino, Roma, 2003, p. 3 e ss.

<sup>48</sup> ARISTOTELE, *Topica*, in ARISTOTELE (a cura di M. ZANATTA), *Organon*, Torino, Utet, 1996, vol. II, 100a 30-100b 18-21, p. 115.

<sup>49</sup> M. ZANATTA (a cura di), *Introduzione a ARISTOTELE*, *Organon*, Utet, Torino, 1996, vol. II, 1996, p. 48.

<sup>50</sup> M. ZANATTA (a cura di), *Introduzione a ARISTOTELE*, *Organon*, cit., p. 50.

tutte quelle strutture logiche e argomentative, che non necessariamente si basano su sillogismi apodittici, fondati su affermazioni vere. Ecco perché nella storia del pensiero giuridico è, ad un certo punto, emersa l'esigenza di rivalutare l'importanza degli *éndoxa* e del sillogismo dialettico nel diritto. L'interesse suscitato dalla dialettica classica risiede principalmente nella possibilità di recuperare nel discorso giuridico il sillogismo di tipo dialettico e di riconoscere agli *éndoxa* uno spazio nell'argomentazione giuridica<sup>51</sup>.

La rivalutazione della dialettica classica è alla base della corrente filosofica della filosofia pratica, sviluppatasi in Germania a partire dagli anni '60 – di cui Hans Georg Gadamer è uno dei principali rappresentanti – che afferma la necessità di nuove forme di razionalità nel diritto diverse dalla razionalità scientifica, attraverso la ripresa della dialettica aristotelico-platonica.

Gadamer considera la ragionevolezza come espressione di un sapere di tipo pratico che si rifà alla nozione aristotelica di *fronesis*, cioè il sapere pratico che orienta l'azione e che si distingue dall'*epistème* e dalla *techne*. Tale forma di sapere è alla base dell'ermeneutica giuridica che in Gadamer si fonda sulla logica della domanda e risposta della dottrina platonica, sebbene egli vada oltre la dialettica platonica e aristotelica, giungendo ad una sintesi anche con la concezione hegeliana della dialettica, come forma generale della risoluzione dei conflitti<sup>52</sup>.

### 5. La razionalità del diritto e il mito della certezza giuridica

L'emergere di nozioni a contenuto variabile nel diritto pone in questione uno dei caratteri fondamentali degli ordinamenti giuridici: la certezza del diritto. In generale i giuristi sono sempre stati vigili, e in molti casi preoccupati, rispetto alla presenza all'interno delle norme giuridiche, di parti indefinite, in quanto in grado di mettere in discussione il principale mito del diritto di stampo liberale della certezza giuridica. Il mito della certezza del diritto<sup>53</sup>, funzionale alla creazione del mercato<sup>54</sup>, im-

---

<sup>51</sup> G. AZZONI, *Endoxa e fonti del diritto*, in G. FERRARI, M. MANZIN (a cura di), *Atti delle "Giornate tridentine di retorica – Trento, 24-25 giugno 2003*, in <http://cfs.unipv.it/opere/azzoni/endoxa.pdf>.

<sup>52</sup> Come noto nella filosofia moderna e contemporanea il termine dialettica si riferisce frequentemente all'interpretazione hegeliana della stessa. In Hegel la dialettica è fondamentalmente intesa come sintesi degli opposti secondo lo schema tesi, antitesi e sintesi, in cui l'antitesi è la negazione o l'opposto della tesi e la sintesi rappresenta l'unità e, allo stesso tempo, l'inveramento di tesi e antitesi. Sull'unificazione della concezione aristotelico-platonica e hegeliana della dialettica in Gadamer si veda N. ABBAGNANO, voce *Dialettica*, cit., p. 281.

<sup>53</sup> In generale si veda L. GIANFORMAGGIO, voce *Certezza del diritto*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Utet, Torino, 1988, vol. II, p. 274 e ss. C. LUZZATI, *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Giuffrè, Milano, 1999; M. CORSALE, voce *Certezza del diritto I) profili teorici*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. VI, Roma, 1988.

<sup>54</sup> Secondo N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, Laterza, 2003, il mercato è un *locus*

plica per i soggetti di diritto la possibilità di conoscere i propri diritti ed obblighi, come garanzia contro esercizi abusivi del potere; implica per i contraenti la calcolabilità delle azioni<sup>55</sup>, nonché la possibilità di ridurre le controversie e i conflitti, che derivano dall'ambiguità e dall'indeterminatezza della legge; implica ancora la prevedibilità, relativa sia all'intervento, sia al non intervento degli organi con competenza giuridica decisionale; implica il principio di controllabilità delle decisioni degli organi con competenza giurisdizionale, fatto che contribuisce a legittimare il diritto come sistema<sup>56</sup>.

La certezza del diritto è inevitabilmente legata ai caratteri assunti dal diritto moderno tra il 1800 e il 1900: un diritto essenzialmente di derivazione statale. Dopo le rivoluzioni moderne, lo Stato diventa l'unico centro di imputazione della volontà politica e sociale espressa attraverso norme di carattere generale ed astratto, derivanti dall'esercizio della sovranità popolare. La certezza del diritto è un corollario dello Stato moderno, una tipica espressione del diritto a razionalità formale. Come ci ricorda Weber, l'affermazione degli elementi formalistico – razionali nel diritto, a scapito degli elementi irrazionali<sup>57</sup>, è il frutto della richiesta di determinate garanzie «da gruppi di interessi economici [...] in prima linea gli interessi borghesi, che devono aspirare ad un diritto univoco, chiaro, sottratto tanto all'arbitrio amministrativo irrazionale, quanto ai perturbamenti irrazionali derivanti da privilegi concreti, cioè ad un diritto che in conseguenza di tutte queste qualità possa funzionare in modo calcolabile»<sup>58</sup>. La garanzia di un diritto certo e calcolabile ha avuto una base fondamentale nell'unificazione e nella sistematizzazione del diritto e cioè nella sua codificazione.

La razionalità del sistema, in questo caso, si esprime attraverso la completezza dell'ordinamento giuridico e la prevedibilità della decisione giudiziale<sup>59</sup>, che sono i corollari della produzione legislativa ottocentesca di derivazione statale e di tipo codicistico: codificare significa semplificare e la semplicità del sistema impli-

---

*artificialis*, e non *naturalis*, che necessita per la sua esistenza di istituti giuridici certi regolati dal diritto.

<sup>55</sup> Per H. COLLINS, *Formalism and Efficiency: Designing European Commercial Contract Law*, in *European Review of Private Law*, 2000, 8, p. 211 e ss., la certezza in questo senso sarebbe meglio garantita dai sistemi caratterizzati dal formalismo giuridico, come quelli di *civil law*. Tuttavia questi sistemi mostrano, per contro, un elevato grado di rigidità con una perdita di efficienza. Maggior adattabilità mostrano, invece i sistemi di *common law* che meglio soddisfano l'interesse degli attori del mercato alla tutela delle aspettative, in quanto evitano la chiusura dei sistemi caratterizzati dal formalismo giuridico.

<sup>56</sup> L. GIANFORMAGGIO, voce *Certeza del diritto*, cit., p. 278.

<sup>57</sup> Gli elementi irrazionali nel diritto in Weber trovano espressione principalmente nel diritto di tipo sacrale di cui fornisce numerosi esempi, cfr. M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, (trad. it.) *Economia e società*, vol. III, Ed. di Comunità, 1999, p. 130 e ss.

<sup>58</sup> M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, (trad. it.) *Economia e società*, cit., p. 161.

<sup>59</sup> Sulla certezza giuridica intesa come prevedibilità si veda. G.M. GOMETZ, *La certezza giuridica come prevedibilità*, Giappichelli, Torino, 2005.



ca la prevedibilità della soluzione che deve essere data dalla sentenza<sup>60</sup>. Coerentemente al principio della separazione dei poteri il giudice è considerato un mero esecutore della volontà espressa dal legislatore<sup>61</sup> e l'idea della completezza dell'ordinamento giuridico è funzionale alla eliminazione di ogni potere creativo della giurisprudenza. La codificazione necessita, tuttavia, in funzione della semplificazione, di un certo grado di astrazione<sup>62</sup> e ben presto ciò comporta il problema di dovere affrontare il tema delle lacune nell'ordinamento giuridico e il ruolo del giudice, chiamato a colmare, attraverso interpretazione, tali lacune<sup>63</sup>.

Fondamentale è comprendere il ruolo dell'interprete nel positivismo ottocentesco che si fonda sulla certezza giuridica e come ci ricorda Bobbio «la certezza è garantita solo allorché vi è un corpo stabile di leggi, e coloro che devono risolvere le controversie si fondano sulle norme in esso contenute e non su altri criteri: in caso contrario, la decisione diventa arbitraria e il cittadino non può più prevedere con sicurezza le conseguenze delle proprie azioni [...]. L'esigenza della certezza del diritto fa sì che il giurista debba rinunciare ad ogni contributo creativo nell'interpretazione della legge, per limitarsi semplicemente a rendere esplicito attraverso un procedimento logico (sillogismo) ciò che è già implicitamente stabilito nella legge»<sup>64</sup>. Tuttavia l'idea stessa della certezza del diritto e il ruolo del giudice nell'interpretazione della legge è profondamente mutata nel corso del tempo e lo stesso Bobbio afferma, a tal proposito «Che le operazioni compiute dal giudice per interpretare il diritto siano esclusivamente operazioni logiche, nel senso stretto della parola, cioè siano operazioni di deduzione di certe conclusioni da certe premesse; in altre parole che l'attività del giudice sia meramente meccanica o automatica, non lo crede davvero più nessuno»<sup>65</sup>.

---

<sup>60</sup> G. ASCARELLI, *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Giuffrè, Milano, 1952, p. 174.

<sup>61</sup> MONTESQUIEU CHARLES DE SECONDAT, BARON DE, *De l'esprit des lois*, (notes explicatives par Paul Janet) Librairies Ch. Delagrave, Paris, 1892, Ch. VI, p. 183, «*Dans le gouvernement républicain, il est de la nature de la constitution que les juges suivent la lettre de la loi*».

<sup>62</sup> Salvo non si adotti un modello di codice come il Codice Prussiano del 1794, l'*Allgemeines Landrecht für preussischen Staaten*, contenente più di sedicimila disposizioni, basate su una varietà casistica e su poche fattispecie astratte e principi generali.

<sup>63</sup> Sul rapporto tra interpretazione giudiziale e lacuna si veda R. GUASTINI, voce *Lacune del diritto*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, vol. X, Utet, Torino, 1993, p. 29 e ss.; M. CORSALE, voce *Lacune dell'ordinamento giuridico*, in *Enc. dir.*, vol. XXIII, Giuffrè, Milano, 1973, p. 273, il quale nell'evidenziare lo stretto legame tra lacune, trasformazioni sociali e evoluzione del diritto afferma che «il problema delle lacune dell'ordinamento può offrire un approccio assai suggestivo all'analisi del rapporto tra diritto e strutture socio-culturali, soprattutto laddove tali strutture subiscono processi di profonda trasformazione» ed inoltre che occorre «tener conto della maggiore rapidità con cui i mutamenti intervengono nelle strutture della società e nella coscienza dei consociati, rispetto a quella con cui l'ordinamento normativo si adegua a queste nuove realtà».

<sup>64</sup> N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, Giappichelli, Torino, 1979, p. 74.

<sup>65</sup> N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Ed. Comunità, Milano, 1977, p. 94.