

## Angelo Abignente

### Fattispecie e (in)certezza del diritto

**Sommario:** 1. “Un grado tollerabile di incertezza”. 2. La crisi della fattispecie. 3. La costruzione della norma nel caso concreto. 4. Creatività giudiziale e controllo *ex post*. 5. Il diritto come pratica sociale. 6. Un auspicio.

#### I. “Un grado tollerabile di incertezza”

Il libro di Antonello Zoppoli, da cui le pagine che seguono hanno origine, si iscrive in quel radicamento del diritto del lavoro nel diritto civile che ha caratterizzato, nel dialogo costante anche se a volte a distanza, il fecondo approccio dei maestri alla loro disciplina. Antonello si impegna infatti in un’attenta analisi critica delle teoriche civilistiche intorno alla “prospettiva rimediabile”, individuandone la matrice nella *humus* del *common law*. Si potrebbe discutere questo punto e cercherò di sostenere alla fine del mio intervento che questa considerazione dei rimedi è a mio avviso frutto di un approccio diverso al diritto, un nuovo *paradigma* indotto dal c.d. costituzionalismo post-positivista.

Nella lettura critica di Antonello tema centrale è la tensione tra *rimedio* e *fattispecie*. Il rimedio o la prospettiva rimediabile nella dottrina civilistica viene rappresentata come risposta ad una istanza di effettività, di tutela, ponendosi come possibile superamento della fattispecie quale “schema tipico della norma giuridica”. E già nelle prime battute del suo lavoro Antonello pone in evidenza come nell’ambito del diritto del lavoro essa è stata avvertita come “possibile crisi qualificatoria della norma giuridica”<sup>1</sup>, intorno alla *vexata quae-*

<sup>1</sup> ZOPPOLI A., *Prospettiva rimediabile, fattispecie e sistema nel diritto del lavoro*, Editoriale Scientifica, 2022, p. 14.

stio della distinzione tra autonomia e subordinazione, anche in occasione di alcuni rilevanti arresti giurisprudenziali<sup>2</sup>. È interessante questo sguardo prospettico dal punto di vista della qualificazione perché entra nel cuore della fattispecie, segnando la distanza tra “schema” e “contenuto”.

In un confronto critico, costante e puntuale con la dottrina più accreditata, Antonello pone in evidenza che nell’“accezione lavoristica” si registra uno “spostamento di prospettiva rimediale sul piano sostanziale, cioè dalla protezione di un interesse/diritto rimasto inattuato ... all’individuazione degli interessi/diritti da tutelare ...: dal *quomodo* all’*an* della tutela; dall’*effettività* della tutela al suo *riconoscimento*”<sup>3</sup>. A chi il compito di qualificare? Le teoriche post-moderne tenderebbero ad affidarlo al giudice ma qui emerge la problematicità del confine, dell’*argine* dell’intervento del giudice-interprete che non può risolversi nel rispetto dei principi costituzionali, anche in ragione dell’impossibilità della *Drittwirkung*<sup>4</sup>.

Ed allora Antonello rivolge lo sguardo alla fattispecie e, leggendone la *crisi* su cui mi soffermerò tra breve, ne propone una rivisitazione come “fattispecie critica”, *critica*, avverte, “nel senso kantiano del termine” perché, nel vaglio razionale delle sue pretese, “la comprensione del fondamento, delle possibilità e dei limiti della fattispecie ne determinano l’effettiva consistenza”<sup>5</sup>. È la *fattispecie critica*, particolarmente adatta alla prospettiva rimediale del diritto del lavoro<sup>6</sup>, sia pure nelle varianti applicative delle tecniche più idonee<sup>7</sup>, il primo passaggio della *discorsività del diritto*, dove la *funzione normativa* si accompagna ad una *funzione politico/istituzionale* garantendo uguaglianza e prevedibilità con un “grado tollerabile di incertezza”<sup>8</sup> che circoscrive l’intervento interpretativo non eliminandone per definizione, vorrei considerare sin d’ora, i compiti valutativi.

<sup>2</sup> Cass. 24 gennaio 2020 n. 1663.

<sup>3</sup> ZOPPOLI A., *op. cit.*, p. 44; il corsivo non è in tutto corrispondente al testo.

<sup>4</sup> ZOPPOLI A., *op. cit.*, p. 86.

<sup>5</sup> ZOPPOLI A., *op. cit.*, p. 70, v. anche p. 83 in riferimento concreto al diritto del lavoro.

<sup>6</sup> ZOPPOLI A., *op. cit.*, p. 92.

<sup>7</sup> ZOPPOLI A., *op. cit.*, p. 93 ss.

<sup>8</sup> ZOPPOLI A., *op. cit.*, p. 64.

## 2. La crisi della fattispecie

Ad Antonello non sfugge l'intenso dibattito che si è generato intorno alla crisi della fattispecie a partire dalle riflessioni di Irti del 2014<sup>9</sup>. Un dibattito non sopito in cui è lecito domandarsi se la fattispecie, intesa nell'accezione bettiana<sup>10</sup>, in continuità con la matrice etimologica di *species facti*, come immagine, schema standardizzato e tipicizzato, fatto proprio dalla dottrina del *Tatbestand*, in quanto includente nella previsione normativa situazioni di fatto *tipiche* al fine di garantire la prevedibilità e la certezza degli effetti giuridici, sia ancora attuale.

Irti è consapevole che la fattispecie è in crisi per plurimi fattori: l'iper-trofia legislativa che produce disposizioni normative a volte contrastanti; la crisi della centralità del codice; la legislazione multilivello che mette in crisi il classico sistema gerarchico ed apre ad una interrelazione di fonti al livello internazionale e dell'unione europea; la centralità della costituzione con il costituzionalismo che comporta la presenza di valori, principi, diritti incondizionati, regole di convivenza, tutela di interessi collettivi, spesso definiti "norme senza fattispecie"; il ricorso a clausole generali e norme elastiche; il ruolo che è venuta ad assumere la giurisprudenza<sup>11</sup>. Più in generale si può dire che la crisi è connessa a quella del "metodo sussuntivo" ed all'affermarsi di teorie ermeneutiche che, rivalutano il caso nella sua specificità, intendono l'interpretazione nella sua dinamica costruttiva, nel dialogo con il caso specifico a cui dare concreta risposta con la *concretizzazione* della disposizione normativa nella norma che regola il caso particolare<sup>12</sup>.

<sup>9</sup> IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *RDP*, 2014, pp. 36-44. Dell'ampio dibattito, a cui farò cenno, mi limito solo a richiamare tra i primi CATAUDELLA, *Nota breve sulla "Fattispecie"*, in *RDC*, 2015, pp. 245-252, interessante per l'autore che è tra i maggiori teorici della fattispecie di cui ripropone l'utilità.

<sup>10</sup> BETTI, *Corso di Istituzioni di diritto romano*, Cedam, 1929.

<sup>11</sup> Rileva, in questo senso, l'elaborazione giurisprudenziale intorno alla "causa in concreto" che, dalla definizione di Cass. sez. III, 8 maggio 2006 n. 10490, "lo scopo pratico del negozio, la sintesi, cioè, degli interessi che lo stesso è concretamente diretto a realizzare (c.d. causa concreta), quale funzione individuale della singola e specifica negoziazione, al di là del modello astratto utilizzato", è ricorsivamente ripresa e puntualizzata nella giurisprudenza successiva e, tra le altre, da Cass. 2 aprile 2009 n. 8038; Cass. Sez. Un. 6 marzo 2015 n. 4628; Cass. Sez. Un. 24 settembre 2018 n. 22437; Cass. 25 giugno 2019 n. 16902; 9 luglio 2020 n. 14595, impegnando il giudice in una cognizione che va al di là dello schema contrattuale tipico.

<sup>12</sup> V. in proposito ZACCARIA, *Crisi della fattispecie, crucialità del caso, concetto di legalità*, in *Ars Interpretandi*, 2019, pp. 7-14, sp. p. 9.

Pur con questa consapevolezza, Irti sostiene la ragione della fattispecie nell'esigenza del diritto di proiettarsi verso il futuro, di garantire la prevedibilità di disciplina al di là del fatto specifico futuro di per sé imprevedibile: "poiché gli eventi sono soltanto probabili e dunque privi di qualsiasi determinatezza ... ecco che il diritto si trova d'ordinario nella necessità di tipizzarli, di considerarli in modo astratto e generale"<sup>13</sup>. La fattispecie, pertanto, integra l'esigenza di un "calcolo di probabilità" che riconduce il fatto storico alla sua specificità contingente ma lo qualifica, gli dà rilievo giuridico nella comparazione al modello, allo "schema", all'"esempio": il fatto diviene il *caso* previsto dalla fattispecie e solo in quanto *caso* e non più mero *fatto* esso acquista rilevanza giuridica. La "tipizzazione semplificatrice" della fattispecie consente pertanto al diritto di non esaurirsi in un evento ma di proiettarsi ad eventi futuri<sup>14</sup>.

Ad Irti non sfugge la crisi della fattispecie generata dallo "spostarsi dei criteri di decisione giudiziaria al di sopra della legge"<sup>15</sup>, dalla legge ordinaria alle norme costituzionali ed ai valori costituzionalizzati; il "salire dai diritti ai valori"<sup>16</sup> che non richiedono validità, nel senso tradizionale, in quanto operano di per sé. Al tempo stesso questa crisi viene avvertita con il mutamento della domanda di giustizia che spesso e sempre più riguarda la tutela di "posizioni esistenziali", di "situazioni di vita" ed è questo un aspetto su cui riflettere con attenzione, specie con lo sguardo rivolto alle questioni giurisdizionali in tema di inizio-fine vita.

### 3. *La costruzione della norma nel caso concreto*

Sin qui non può non condividersi la puntuale analisi di Irti ma il consenso tende timidamente ad attenuarsi quando il discorso si pone nella prospettiva del futuro, nella proiezione del diritto verso il futuro che trova forma

<sup>13</sup> IRTI, *op. cit.*, p. 37.

<sup>14</sup> IRTI, *op. cit.*, p. 39: "La relazione di legge a caso potrebbe anche enunciarsi come relazione di forma ad evento, poiché quest'ultimo, lungi dall'esprimere un significato interno, riceve significato dalla legge, la quale, applicandosi ad esso, ne fa un proprio caso", gli *attribuisce* "un significato o, se si vuole, una forma che discende dallo schema normativo. Senza legge, un fatto non è un 'caso' ma resta un evento uniforme ed insignificante".

<sup>15</sup> IRTI, *op. cit.*, p. 41.

<sup>16</sup> IRTI, *op. cit.*, p. 42.

nella fattispecie, ribadita anche successivamente da Irti<sup>17</sup>: “*Factum e jus* sono elementi costitutivi del *casus*. Presi in sé e per sé, né *factum* né *jus* danno luogo al *casus*”. Il *factum*, avvolto in una “densa caligine di particolarità”, è l’“evento ... nel suo nudo accadere ... [è] inespressiva oggettività del mondo”. Se non intende consumarsi nel singolo caso ma proiettarsi al futuro e mantenere ferma la sua “prospettività”, il diritto ricorre alla “funzione ordinante” della fattispecie: “Senza fattispecie non c’è futuro della norma, né regolarità, né costanza di relazione giuridica”<sup>18</sup>.

La fattispecie così intesa assume il ruolo di baluardo, argine, difesa contro la imprevedibilità; garanzia di certezza del momento applicativo che si rivela attratto nel “modello sussuntivo”. Il consenso sbiadisce perché questo modello viene messo in crisi da quell’approccio all’interpretazione, diffuso nelle teoriche contemporanee, che intende la decisione come costruzione della norma nel caso concreto, in quel rapporto dialettico posto in evidenza dalle teoriche ermeneutiche sviluppatasi sull’orma di Gadamer e dalla considerazione del prevalere di una domanda di giustizia che riguarda concrete situazioni vitali. Un approccio a cui anche i civilisti non sono rimasti insensibili e basterà in tal senso richiamare Lipari che nelle sue opere sovente esplicitamente si rivolge a Gadamer anche per rileggere con il suo aiuto l’aspetto cruciale della *creatività* dell’interpretazione giurisprudenziale pur nell’ambiguità dell’espressione nell’uso comune che chiede di essere decifrata<sup>19</sup>.

Potrebbe essere di aiuto, in questo senso, il discorso di Grossi che, rilevando nelle concezioni tradizionali, anche se giusnaturalistiche, la carenza della “carnalità” e della “storicità”<sup>20</sup>, apre il discorso sul *riconoscere* come carattere di un paradigma, positivo e propositivo, dell’opera del giurista-interprete che, prendendo le mosse dalla coniazione del *breviario giuridico* della Costituzione, è proteso ad *invenire*, a *cercare* e *trovare* il diritto nella *carnalità del fattuale*, nella peculiarità e contestualità dell’esperienza giuridica. È *nominazione* della *vocazione*, del suo *Beruf* in senso weberiano, alla mediazione nella *storica concretezza* del tempo, tra diritto e vita, al farsi del diritto nella vita, rifuggendo dalla acritica riproduzione “di un diritto

<sup>17</sup> IRTI, *La necessità logica della fattispecie*, in *Ars Interpretandi*, 2019, p. 147 ss.

<sup>18</sup> IRTI, *La necessità logica della fattispecie*, cit., pp. 148 e 151.

<sup>19</sup> V. ad es. LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Giuffrè, 2017, *passim* ma sp. p. 208.

<sup>20</sup> GROSSI, *L’invenzione della Costituzione: l’esperienza italiana*, in ID., *L’invenzione del diritto*, Laterza, 2022, pp. 63–71, sp. pp. 64 e 65.

voluto in alto e che dall'alto piove sulla società” propria del progetto borghese<sup>21</sup>.

#### 4. Creatività giudiziale e controllo ex post

Si apre qui lo spazio dell'interpretazione a cui Antonello dedica particolare attenzione in un diffuso intermezzo che legittimamente lo includerebbe tra i teorici dell'interpretazione di matrice gius-filosofica. Mi piacerebbe soffermarmi su questo profilo del lavoro di Antonello ma più prudentemente mi limito ad osservare che condivido molto il riferimento alla posizione di Mazzamuto<sup>22</sup> che riconduce il tema nell'ambito del “discorso plurale della post-modernità” ed il dialogo instaurato, quantomeno dagli scritti di Lyotard<sup>23</sup>, nel superamento delle narrazioni della modernità, con la pluralità, il pluralismo del contingente, la pragmatica della vita dell'uomo nel suo multiforme atteggiarsi.

È questa la cifra della pos-modernità che oltrepassa l'ideale illuministico della modernità ad un diritto certo, prevedibile, generale, astratto nella normatività proveniente dall'alto, la costruzione architettonica di “guglie gotiche

<sup>21</sup> GROSSI, *La Costituzione italiana espressione di un tempo giuridico pos-moderno*, in ID., *L'invenzione della Costituzione*, cit., p. 41. “Mediazione”, termine ricorrente nella sua politemia ed oggi diffuso in un senso tecnico ma limitativo, è la sintesi espressiva della vocazione-professione del giurista e specialmente dell'interprete che assume una rilevanza etica e deontologica quando riferita all'incontro tra diritto e vita. Come affermava CAPOGRASSI, *Impressioni su Kelsen tradotto*, in ID., *Opere*, 1959, V, p. 356: “Quello che è essenziale è questo riportare a questa unità vivente, a questa coerenza intrinseca al processo di vita, proprio le profonde esigenze e funzioni per cui il diritto costituisce un interesse formativo della vita; quel cogliere dall'interno tutta la sostanza etica del fenomeno giuridico. Qui il giurista non è il tecnico che fa uno sforzo di costruzione puramente formale, per raggiungere una coerenza puramente formale, ma l'uomo, nell'alto senso della parola, che cerca di cogliere il diritto nella profonda vita delle sue determinazioni positive e nelle profonde e immutabili connessioni, con i principi e le esigenze costitutive della vita e della coscienza. Qui il giurista è proprio il collaboratore della vita, il collaboratore indispensabile del segreto processo verso il quale la vita concreta si trasforma in esperienza giuridica, e l'umanità del mondo della storia viene perpetuamente difesa contro la barbarie sempre presente e sempre immamente della forza. E se non è questo, che cosa è il giurista? Che ci sta a fare nella vita? Perché vive?”.

<sup>22</sup> ZOPPOLI A., *op. cit.*, p. 27.

<sup>23</sup> LYOTARD, *La condizione postmoderna*, Feltrinelli, 2014.

svettanti ben al di sopra della esperienza storica”<sup>24</sup> e si incarna nella concretezza dell’esistente.

È su questa matrice che si potrebbe stipulativamente definire il concetto di *creatività* ed i suoi confini se intesi in riferimento a particolari contesti ordinamentali, quali le lacune o le clausole generali, o non piuttosto se riferiti ad un carattere della insopprimibile valutazione del giudice delle coordinate normative e contestuali nel cui dialogo si iscrive il suo intervento. Io opterei per questa seconda prospettiva che a mio avviso comporterebbe un mutamento di orizzonte dall’*ex ante* della fattispecie all’*ex post* del controllo che, pur nella problematica individuazione di una “comunità interpretativa”<sup>25</sup>, si pone a presidio della prevedibilità e della certezza che riterrei istanza razionale, ideale regolativo ma non valore<sup>26</sup>.

Penso sommessamente di poter osservare che forse troppo radicalmente Antonello contrappone la soluzione legislativa a quella giurisprudenziale nel “selezionare le tutele”<sup>27</sup>, giungendo a ritenere quest’ultima inadatta al diritto del lavoro in quanto, *appropriandosi* del giudizio di rilevanza che distingue la prospettiva rimediabile lavoristica, il giudice “varca i predetti [l’attribuzione di diritti sul presupposto dell’“individuazione dell’ interesse/diritto da soddisfare”] confini per esercitare appieno il potere di *creare la norma*: conclusione evidentemente incompatibile col nostro sistema normativo”<sup>28</sup>. Tra le due

<sup>24</sup> GROSSI, *Storicità versus prevedibilità: sui caratteri di un diritto pos-moderno*, in *QG*, 2018, 4, p. 2.

<sup>25</sup> Sulla “comunità interpretativa” sono chiare e condivisibili le parole di LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, cit., p. 46 ss., che chiama a raccolta dottrina e giurisprudenza, interagenti e convergenti nel “controllo di razionalità di tipo intersoggettivo” nella formazione creativa del diritto.

<sup>26</sup> D’AMICO, *L’insostituibile leggerezza della fattispecie*, in *Ars Interpretandi*, 2019, pp. 49-69, ritiene irrinunciabile il ricorso alla fattispecie per il perseguimento della certezza che lui intende “valore” “per qualsiasi ordinamento giuridico che intenda svolgere la propria funzione” (p. 66). La sua analisi restringe il tema della creatività alle ipotesi delle lacune, delle clausole generali ... ed in generale ai casi in cui l’intervento giudiziario si riferisce all’“alone” che circonda il “nucleo centrale di significato ‘certo’” dell’enunciato normativo (p. 63). Si pone il problema della soggettività dell’interpretazione e della inesauribilità, quale argine, del riferimento alla “comunità interpretativa” (p. 66).

<sup>27</sup> ZOPPOLI A., *op. cit.*, p. 48.

<sup>28</sup> ZOPPOLI A., *op. cit.*, p. 85. Una posizione equilibrata sul punto la rinvengo in BALLESTRERO, *La disciplina dei licenziamenti. Quale tecnica giuridica per quale disegno politico*, in *Labor*, n. 6/2023, pp. 563-578, che, convenendo sulla “constatazione che la normazione per fattispecie stia attraversando (e non da ora) una fase di crisi” che preferisce definire “articolazione (al

prospettive *tertium datur* nelle teoriche interpretative che non degenerano in un radicale relativismo e assegnano un ruolo indefettibile allo “scontro con il testo”, come avviene anche nella filosofia ermeneutica di Gadamer e nella teoria di Esser, fondate non soltanto sulla *precomprensione* ma soprattutto sul *circolo ermeneutico*. La configurazione oppositiva e non dialogica tra testo e contesto resiste solo se si conserva la chiusura dell’interpretazione nel mero procedimento sussuntivo, come propugnerebbero le teorie normativo-oggettivistiche che però oggi sono, a mio avviso, giustamente lette criticamente in uno scenario in cui le regole di azione si accompagnano ed intersecano con regole di fine e con principi, con norme elastiche che non possono essere ridotte ad eccezioni periferiche nella dinamicità di un sistema rivolto alla tutela di diritti emergenti.

##### 5. *Il diritto come pratica sociale*

Per rispondere all’istanza di prevedibilità del diritto si potrebbe allora assumere un nuovo e diverso paradigma, certo affrancato da quella razionalizzazione che Weber leggeva come carattere della società moderna intesa ad individuare nel calcolo e nella prevedibilità le basi del capitalismo. Una razionalizzazione che, nella prospettiva del diritto, postulava la burocratizzazione del potere cristallizzato nella sua struttura operativa, la “macchina tecnicamente razionale” che garantisce libertà con la previa definizione delle regole del gioco (stabilità e calcolabilità) ma che al tempo stesso può degenerare in “gabbia di acciaio”, nella tendenza all’amministrativizzazione dei rapporti giuridici o, meglio, dei rapporti dell’individuo nei confronti del potere. Una prospettiva che si riverbera sul piano della decisione giudiziaria intesa soltanto come atto applicativo, esito di un processo sussuntivo che faceva perno sul discorso sistematico del diritto e sulla sua completezza ed esaustività, oggi meritevole di una riflessione di fronte all’emergere di sistemi automatizzati ed algoritmi.

limite della frammentazione) delle fattispecie, la cui moltiplicazione rischia di comportare una perdita della capacità di porsi come schemi tipici astratti”, ritiene opportuno il confronto con la tecnica rimediale, proponendo di “non confondere l’idea della giustizia *case by case* con l’apertura alla discrezionalità del giudice nella valutazione delle specificità del caso concreto” (p. 570) ed in questa prospettiva accondiscende a riconoscere ai giudici il ruolo di “artefici della costruzione del diritto del lavoro” (p. 568).

Ma anche Weber individuava la complessità di questo tentativo sistematico: “La forma specificamente moderna della sistematica – sviluppata dal diritto romano – procede precisamente dall’ ‘interpretazione logica’ sia dei principi giuridici, sia del comportamento giuridicamente rilevante, mentre i rapporti giuridici e la casistica, avendo il loro punto di partenza in caratteristiche ‘intuitive’, non di rado si ribellano a questo procedimento”<sup>29</sup>. Costatato che il paradigma normativo-giuspositivista che Alexy definirebbe “il modello puro delle regole”<sup>30</sup>, è oggi in crisi, è conveniente un diverso paradigma del diritto che sia maggiormente in grado di consentire con il nostro tempo.

Lo possiamo ritrovare nell’approccio al diritto come “pratica sociale” che, soprattutto sul finire del secolo scorso, ha destato l’interesse e la condivisione di teorici e filosofi del diritto. “Se vogliamo considerare il diritto nella sua globalità – affermava Viola nel 1990 in un saggio che può valere per noi come manifesto – e non soltanto in modo settoriale, allora dobbiamo dire che esso si presenta come una pratica sociale diffusa in un contesto di relazioni intersoggettive .... Comprendere il diritto come pratica sociale significherà innanzitutto ricondurlo al campo delle attività umane e, più precisamente, ad una forma tra le altre di attività umana cooperativa. Siamo nell’ambito di quelle che possiamo considerare ‘azioni comuni’, perché sono compiute con il concorso di molteplici atti di conoscenza e di volontà individuali”<sup>31</sup>. È quindi una prospettiva che si apre al divenire del diritto, mantenendo costante l’attenzione al *nuovo* come compito riflessivo e ricostruttivo, valorizzando la partecipazione ad un processo comune che si realizza anche nella comunicazione linguistica<sup>32</sup>, luogo ad un tempo di disaccordo ed occasione di incontro.

Delineando l’interpretazione con questo paradigma, pur riconoscendo la normatività del sistema e l’ingerenza delle norme nell’agire pratico, abbandonando approcci meramente sussuntivi e statico-oggettualistici, l’opera del giudice viene intesa come *attività, pratica interpretativa*, come particolarmente ci ha insegnato Dworkin nella definizione del diritto come “concetto

<sup>29</sup> WEBER, *Economia e società* II, Edizioni di Comunità, 1974, p. 15 ss.

<sup>30</sup> ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, il Mulino, 2012, pp. 140-141.

<sup>31</sup> VIOLA, *Il diritto come pratica sociale*, Jaca Book, 1990, p. 159.

<sup>32</sup> CANALE, *L’indeterminatezza delle norme: un approccio inferenzialista*, in *AD*, 2017, pp. 31-

interpretativo”, che si apre alla dinamicità del *processo* di accostamento ed incontro del diritto con dimensioni finalistiche, valoriali ed etiche, così ristabilendo la relazione del diritto con la dimensione morale e con la giustizia<sup>33</sup>. Il giudice, lungi dal proporsi come protagonista di *attivismo giudiziale*, si rivela scolta, vedetta sul *confine* tra legislazione e giurisdizione nel mutato assetto delle “fonti” e del divenire sociale<sup>34</sup>, sperimentando lo spazio crescente della giurisdizione, come luogo destinato ad *incontrare il nuovo*, a sancire il “passaggio dal soggetto astratto alla persona costituzionalizzata, riconosciuta nella concretezza del vivere”<sup>35</sup>, mediatore chiamato in causa con immediatezza dall’emergere dei nuovi diritti e dalla necessità di non poterli trascurare per il vincolo impeditivo del *non liquet*.

In questa prospettiva si possono affrontare anche alcuni temi di interesse per i giuslavoristi, come, ad esempio – per riprendere una questione affrontata

<sup>33</sup> ATIENZA, *Filosofia del dercho y transformación social*, Editoriale Trotta, 2017, p. 29, che riconosce le ascendenze della pratica del diritto in Jhering (p. 33 e p. 33 ss.), analizza le basi concettuali del diritto come pratica sociale: concezione dinamica del diritto; distinzione tra dimensione organizzativo-autoritativa e dimensione finalista ed assiologica del diritto; vincolo della pratica giuridica con i valori morali e la giustizia.

<sup>34</sup> Rodotà nel riflettere sulla relazione tra democrazia e diritti si pone la *ineludibile domanda* sulla capacità della democrazia rappresentativa e quindi della normazione a costruire “un patrimonio comune e globale di diritti fondamentali ... in un tempo in cui un nuovo ‘diritto naturale’, quello delle leggi economiche, tende ad assorbire l’intero spazio della regolazione” e registra l’inquietudine che induce a volgere lo sguardo dalla regolazione, “questa inedita e non democratica regolazione”, alle “istituzioni di garanzia” dei diritti, con impegnative ripercussioni, quantomeno *prima facie*, sulla tenuta del principio di divisione dei poteri.

“Mutato il sistema delle fonti – è la domanda iniziale del suo ragionamento – per la molteplicità dei soggetti nazionali, sovranazionali e internazionali che incessantemente producono regole; mutata la qualità della regola giuridica, analitica o di principio, hard o soft, dura o cedevole; messa in dubbio la legittimità della regola giuridica di invadere ogni momento della vita e così assai ridimensionato lo stesso potere del legislatore; divenuto generale il controllo sulla costituzionalità delle leggi; cresciuta la necessaria flessibilità dei sistemi giuridici per fronteggiare le molteplici dinamiche che continuamente trasformano la società: di fronte a questo nuovo mondo era impensabile che l’architettura istituzionale democratica rimanesse immune da qualsiasi contraccolpo. Il tema vero, allora, non può essere quello di un puntiglioso controllo del rispetto del modello della tripartizione dei poteri, peraltro già variamente adattato al mutare dei tempi e alle differenziazioni dei sistemi istituzionali, bensì la verifica del rispetto delle condizioni fondamentali e delle finalità affidate a quel modello in una situazione in cui governo, amministrazione e giurisdizione, pur nella necessaria loro distinzione, intrattengono rapporti nuovi o almeno diversi da quelli del passato. Non è il se del modello a dover essere discusso, bensì il come”. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, 2012, p. 48.

<sup>35</sup> RODOTÀ, *op. cit.*, p. 297.

da Antonello<sup>36</sup> – la eteroorganizzazione delle collaborazioni: si tratta di maltrattamento della fattispecie o fisiologica indeterminazione che ha bisogno della sedimentazione giurisprudenziale? O alcuni arresti giurisprudenziali, quando la Cassazione di recente, in tema di nullità del contratto, ribadisce l'orientamento delle Sezioni Unite<sup>37</sup> *che ha portato progressivamente a superare la tesi secondo cui l'invalidità deve rimanere circoscritta al vizio o alla mancanza dell'elemento costitutivo della fattispecie negoziale, ossia al contenuto del negozio, puntualizzando che alla base del superamento del "dogma della fattispecie" sta l'esigenza di tutelare i preminenti interessi generali della collettività, che la norma imperativa intende tutelare*<sup>38</sup>.

E se è necessario un controllo *esterno* perché l'interpretazione, segnata nel costituzionalismo post-positivista contemporaneo da valutazioni e ponderazioni, non degeneri in arbitrio o in soggettivismi interpretativi, è necessario cogliere la necessità ed urgenza dell'argomentazione, anche essa intesa come *pratica argomentativa*, dove il discorso pratico-razionale incontra la pratica giuridica e la connessa prevedibilità dell'azione o, se si vuole, la certezza, quale *ideale regolativo* mai definitivamente conseguito ed al tempo stesso come verifica e controllo *ex post*. Le teoriche dell'argomentazione, infatti, non escludono in alcun modo il confronto con la disposizione normativa o *fonte* nell'ambito di quella dimensione formale in cui il ragionamento giuridico adopera schemi logici. Ritengono però che ciò sia insufficiente, in quanto l'argomentazione è sempre contestuale e implica un *impegno* da parte di chi interpreta ed argomenta nella *ponderazione*, la determinazione del peso, delle ragioni plurime ed a volte confliggenti che un sistema normativo complesso, come siamo soliti dire, ed una realtà sociale complessa, caratteri della postmodernità, ineludibilmente presentano.

## 6. *Un auspicio*

In un passaggio apparentemente incidentale Antonello afferma che la fattispecie, nella sua lettura critica, “rimane snodo essenziale del ‘processo dinamico della realtà giuridica’”, riprendendo una espressione di Scognami-

<sup>36</sup> ZOPPOLI A., *op. cit.*, p. 102 ss.

<sup>37</sup> Cass. Sez. Un. 19 dicembre 2007 n. 26724.

<sup>38</sup> Cass. Sez. Un. 22 febbraio 2023 n. 5542.

glio e, come tale, è in grado di metterci al “riparo dai noti rischi della schmittiana ‘tirannia dei valori’”<sup>39</sup>.

Il riferimento è molto intrigante ed indurrebbe a rileggere il commento di Franco Volpi al testo schmittiano con la sua ricostruzione critica dell’etimologia del termine dai greci ai giorni nostri, passando per le trasformazioni della modernità che ha inteso in qualche modo spogliarlo delle sue ascendenze prevalentemente economiche, ben presenti nel seminario di Schmitt del 1959 ad Ebrach, ed alla sua critica della portata universalizzante delle “tirannia dei valori” di Hartmann. In questa rilettura del discorso schmittiano troveremmo con Antonello conforto alla tesi della fattispecie nella affermazione che “All’interno di una comunità la cui Costituzione prevede un legislatore e delle leggi, è compito del legislatore e delle leggi da lui decretate stabilire la mediazione – [quella mediazione che è necessaria per evitare i conflitti della assolutizzazione del valore] – tramite regole misurabili e applicabili e impedire il terrore dell’attuazione immediata e automatica dei valori”. Ma potremmo anche cogliere l’annotazione di Schmitt che si tratta di “un compito difficile” e che se “il legislatore fallisce non c’è nessuno che possa sostituirlo, o al massimo dei tappabuchi che cadono più o meno rapidamente vittime del loro ingrato ruolo”. E da qui cogliere il suo parallelo del valore con l’“idea” definita da Goethe “ospite straniero” che “quando si presenta con nuda immediatezza o auto-attuandosi in modo automatico allora incute terrore, e la sciagura è tremenda”. Per poi soffermarci sulla sua affermazione che “L’idea necessita della mediazione ma il valore ne ha bisogno ancora di più”<sup>40</sup>. E da lì interrogarci se, nello stato costituzionale contemporaneo, il compito dell’“ancora di più” della mediazione non spetti al giudice. Forse, come annotava Grossi, “Il costo da pagare sono una diffusa incertezza e scarsa, difficile prevedibilità. Però, è anche la strada che permette al diritto di avvicinarsi alla giustizia”<sup>41</sup>. Ma questo aprirebbe un altro discorso ed io auspicherei che Antonello, naturalizzato filosofo del diritto, possa in seguito affrontarlo.

<sup>39</sup> ZOPPOLI A., *op. cit.*, p. 75

<sup>40</sup> SCHMITT, *La tirannia dei valori. Riflessioni di un giurista sulla filosofia dei valori*, Adelphi, 2008, p. 67 ss.

<sup>41</sup> GROSSI, *Storicità versus prevedibilità*, cit., p. 5.

## Abstract

Nel saggio si ripercorrono alcuni argomenti presentati da Antonello Zoppoli nel libro *Prospettiva rimediale, fattispecie e sistema nel diritto del lavoro*, offrendone una riletture alla luce del nuovo paradigma del c.d. “costituzionalismo post-positivista”. In particolare, ad essere vagliata è la compatibilità tra l’approccio di Zoppoli e la concezione, oggi particolarmente diffusa, del diritto come pratica sociale.

The essay retraces some arguments presented by Antonello Zoppoli in the book *Prospettiva rimediale, fattispecie e sistema nel diritto del lavoro*, offering a rereading in the light of the new paradigm of the so-called “post-positivist constitutionalism”. In particular, what is examined is the compatibility between Zoppoli’s approach and the particularly widespread conception of law as a social practice today.

## Keywords

Diritto come pratica sociale, Crisi della fattispecie, Antonello Zoppoli, Postpositivismo, Argomentazione giuridica.

Law as social practice, Crisis of the legal case, Antonello Zoppoli, Postpositivism, Legal argumentation.