

Petar Popović

## IL RUOLO DELLA GIUSTIZIA NELLA STRUTTURAZIONE DEL CONCETTO DI DIRITTO IN BOBBIO, FERRAJOLI, ZAGREBELSKY E (D'ALTRA PARTE) COTTA\*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Giustizia ed essenza del diritto in Norberto Bobbio. – 3. Il ruolo della giustizia nella concettualizzazione del diritto secondo Luigi Ferrajoli. – 4. Gustavo Zagrebelsky e la configurazione della giustizia giuridica. – 5. Il ruolo della 'giustizia ontoesistenziale' nell'essenza del diritto in Sergio Cotta. – 6. Conclusione.

### 1. *Introduzione*

Esistono almeno due principali approcci alla conoscenza e alla susseguente descrizione del fenomeno giuridico, ovvero, di ciò che il diritto è nella sua essenza.

Il punto di partenza per cogliere lo statuto ontologico del diritto nel primo approccio viene focalizzato nel diritto positivo, inteso simultaneamente come istituzione e prassi il cui fenomeno fondazionale è la norma giuridica facente parte del complesso di ordine legale. Secondo la premessa strutturale di questo approccio, il fenomeno giuridico, in tutti gli elementi basilari del suo essere ontologico, si trova esclusivamente nel diritto positivo. Il diritto o *ciò che il diritto è* al livello concettuale si trova *nel* diritto positivo.

All'interno di tale approccio poi, a partire da questa premessa, viene indagato in che senso si possa (o non si possa) correttamente ritenere che l'essere del diritto (*qua* diritto positivo) contenga un riferimento concettuale da un punto di vista valutativo indicante *ciò che il diritto dovrebbe essere* secondo qualche criterio rilevante. Tale indagine può, in una prima ipotesi, condurre alla conclusione che il punto di vista valutativo,

---

\* Contributo sottoposto a valutazione.

includendo persino i criteri di moralità sostanziale, entri a far parte dell'essere stesso del diritto (sempre inteso come diritto positivo), ovvero, che i valori integranti il bene morale umano in qualche maniera strutturino ciò che il diritto è. In altre parole, ciò che il diritto dovrebbe essere secondo alcuni criteri valutativi, risalenti anche alla sfera della moralità sostanziale, si trova necessariamente *in* ciò che il diritto concettualmente è, ovvero, *nel* diritto positivo. Uno dei rappresentanti più famosi di questa corrente giusnaturalistica, nella quale la concezione massimalistica dei beni umani morali giuridicamente rilevanti viene coniugata con l'identificazione esclusiva del fenomeno giuridico con il diritto positivo, è John Finnis<sup>1</sup>. Finnis ritiene che l'essere del diritto abbia una natura duale, ovvero che sia ontologicamente composto (1) dai fatti (o artefatti) sociali basati sulle fonti giuridiche, quali manifestazioni dell'aspetto descrittivo della natura del diritto e, simultaneamente (2) dal punto di vista della ragionevolezza pratica a partire dal quale viene valutato se e fino a che punto le norme legali costituiscono delle valide e moralmente buone ragioni giuridiche per agire<sup>2</sup>. Tuttavia, occorre subito notare che l'argomento non-positivista a favore della natura duale dell'essere di diritto può essere sostenuto anche a partire da una concezione più ristretta (o minimalista) dei beni umani fondamentali e dalla loro rilevanza giuridica rispetto alla concezione metafisicamente assai ricca del giusnaturalismo finnisiano<sup>3</sup>.

La stessa indagine, invece, può in una seconda ipotesi produrre la conclusione che il punto di vista valutativo, almeno per quanto riguarda ogni riferimento diretto alla moralità so-

---

<sup>1</sup> Cfr. la sua definizione del diritto basata sul riferimento essenziale alle «regole giuridiche» in J. FINNIS, *Legge naturale e diritti naturali*, Torino, 1996, p. 300.

<sup>2</sup> Cfr. J. FINNIS, *Law as Fact and as Reason for Action*, in *The American Journal of Jurisprudence*, 2014, 59, pp. 95-96.

<sup>3</sup> Ad esempio, Robert Alexy, similmente a Finnis, sostiene che l'essere del diritto abbia una natura duale, descrittivo-valutativa, però, a differenza di Finnis, Alexy ritiene che l'aspetto valutativo del diritto sia circoscritto ad un'idea di giustizia avente come ultimo fondamento soltanto i valori di uguaglianza e libertà. Cfr. R. ALEXY, *The Dual Nature of Law*, in *Ratio Juris*, 2010, 23, pp. 167-182.

stanziale, risulti in qualche misura davvero pertinente all'analisi critica ed estrinseca rispetto a ciò che il diritto è, però mai fino al punto di considerare tali criteri valutativi necessariamente strutturanti rispetto al concetto stesso di diritto. In questa ipotesi ci troviamo di fronte ad una delle correnti giuspositivistiche entro quel primo approccio generale all'essenza del fenomeno giuridico. In ognuna delle correnti del positivismo giuridico, i valori di moralità sostanziale non potrebbero ritenersi necessariamente intraconcettuali rispetto a ciò che il diritto essenzialmente è.

Insomma, in ambedue le ipotesi dell'indagine circa la rilevanza dei criteri di valutazione per la determinazione del concetto di diritto, il fenomeno giuridico si trova essenzialmente nel diritto positivo. La differenza principale tra le due ipotesi concerne piuttosto lo *status* intraconcettuale (giusnaturalismo) oppure extraconcettuale (giuspositivismo) da attribuire ai rilevanti criteri di valutazione, inclusi quelli della moralità sostanziale, rispetto al concetto di diritto.

D'altra parte, in un secondo approccio generale alla conoscenza e descrizione del fenomeno giuridico, il concetto del diritto viene afferrato a partire da una ricerca dei tratti specifici di giuridicità all'interno della sfera più ampia della moralità, anche all'infuori del (e persino a prescindere dal) fenomeno della norma giuridica colta nel sistema legale. Si tratta, dunque, di un approccio (1) essenzialmente non-positivista, il quale è, però, altrettanto (2) irriducibile alla concezione del diritto inteso fondamentalmente come diritto positivo avente una natura duale.

Un tipico rappresentante di questo secondo approccio all'essenza del diritto è Ronald Dworkin. Secondo Dworkin, il concetto di diritto costituisce «una parte della morale politica» la cui manifestazione essenziale non è esclusivamente circoscritta alle norme giuridiche, ma include anche «i principi che forniscono la migliore giustificazione morale per le regole che sono promulgate» e che indicano l'esistenza dei diritti giuridicamente rilevanti anche a prescindere dal diritto posto<sup>4</sup>. Dwork-

---

<sup>4</sup> R. DWORKIN, *Giustizia per i ricci*, Milano, 2013, pp. 454-462.

in ammette che il suo approccio all'essenza del diritto possa essere caratterizzato come una forma di giusnaturalismo<sup>5</sup>, fermo restando che la connessione tra diritto e morale da lui sostenuta sia intesa nel senso di una moralità minimalista compatibile con il valore architettonico del diritto all'uguale considerazione e rispetto<sup>6</sup>. Nel suo progetto teorico, quindi, non si potrebbe verificare quella confusione che egli ascrive alle versioni estreme del giusnaturalismo: la confusione tra i principi del diritto e i principi di una moralità sostanziale intesa nel senso massimalista<sup>7</sup>.

Tuttavia, gli elementi di giuridicità non circoscritti alle manifestazioni del diritto positivo si possono afferrare e descrivere anche a partire da una visione più massimalista dei beni umani di quella dworkiniana<sup>8</sup>.

La tesi principale di questo articolo è che uno degli indicatori più adatti per la collocazione delle posizioni giusfilosofiche di un singolo autore in uno di questi due approcci, sia quello dell'*idea di giustizia* adoperata da quell'autore. L'idea di giustizia è comunemente descritta come un ambito valutativo la cui specificità e ristrettezza rispetto alla sfera più ampia della moralità sostanziale lo rende particolarmente adatto per la comprensione della sua rilevanza giuridica<sup>9</sup>. Nella presente analisi, però, cercherò di analizzare un grado assai qualificato della rilevanza giuridica della giustizia. Mi interessa, cioè, se (e in che senso esattamente) il punto di vista valutativo della giustizia entri (o no) a far parte del concetto stes-

---

<sup>5</sup> R. DWORKIN, "Natural" Law Revisited, in *University of Florida Law Review*, 1982, 34, pp. 165-166.

<sup>6</sup> R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, Bologna, 1982, p. 324.

<sup>7</sup> *Ivi*, p. 415.

<sup>8</sup> Cfr. le analisi in P. POPOVIĆ, *Natural Juridical Goods: The Juridical Status of Basic Human Goods in Aquinas's Jusnaturalist Philosophy*, in *Acta Philosophica*, 2021, 30, pp. 253-272.

<sup>9</sup> Cfr. la convergenza dei giusfilosofi tra loro assai diversi circa la specificità della giustizia e la sua rilevanza giuridica: H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, Torino, 2002<sup>3</sup>, pp. 184-186; J. FINNIS, *Aquinas and Natural Law Jurisprudence*, in *The Cambridge Companion to Natural Law Jurisprudence*, a cura di G. DUKE, R. P. GEORGE, Cambridge, 2017, pp. 50, 53; R. DWORKIN, *La giustizia in toga*, Bari-Roma, 2010, pp. 39-40.

so di diritto nelle proposte giusfilosofiche degli autori i cui testi contengono un richiamo notevole all'idea di giustizia. Ovviamente, quest'indagine fondamentale dipende dalla risposta ad alcune domande preliminari. Quale idea di giustizia è sostenuta nel pensiero giusfilosofico di un autore? Perché si può dire che quest'autore ritenga che l'idea di giustizia abbia un ruolo strutturante rispetto al concetto di diritto? Quale concetto di diritto, in ultima analisi, ci viene proposto da questo autore?

Il percorso della presente ricerca seguirà, dunque, il modello seguente. Mi limiterò ad analizzare i testi di alcuni autori (almeno relativamente) contemporanei, appartenenti al contesto della filosofia del diritto italiano, i quali hanno presentato delle posizioni assai sviluppate e allo stesso tempo tra di loro diverse rispetto al ruolo della giustizia nella concettualizzazione del diritto. In un primo momento, presenterò i tratti fondamentali dell'idea di giustizia di ogni singolo autore, per poi analizzarne l'influsso (o l'assenza di esso) nella strutturazione del concetto di diritto. In un secondo momento, mostrerò come e perché l'interconnessione tra l'idea di giustizia e il concetto di diritto contribuisca alla collocazione del pensiero di ogni singolo autore in uno dei due approcci all'essenza del diritto presentati sopra. Ritengo che l'analisi dell'idea di giustizia e il suo ruolo nella strutturazione della natura del diritto costituisca un percorso giusfilosofico finora poco esplorato con la dovuta sistematicità. Questa linea di analisi, come vedremo, contribuisce notevolmente alla maggior comprensione sia della qualità di connessione tra diritto e morale sia della concettualizzazione stessa del diritto.

Lungo il testo, risulterà evidente che nella misura in cui un autore ritenga che il punto di vista valutativo della giustizia sia completamente metagiuridico, cioè extraconcettuale rispetto all'essere di diritto, egli arrivi a pensare alla natura del diritto esclusivamente nell'orizzonte del diritto positivo. D'altra parte, se il fenomeno giuridico venisse colto da un autore anche a partire da alcune caratteristiche della giuridicità che sono irriducibili al diritto positivo, sembrerebbe che sia proprio l'idea di giustizia a costituire uno dei percorsi particolar-

mente adatti per cogliere tali caratteristiche. L'accertamento della sussistenza di questi indirizzi dottrinali nelle proposte concrete di singoli autori dimostra che l'eventuale divergenza circa la visione dell'essenza del diritto in questi autori sia dovuta in misura notevole anche alle loro rispettive idee di giustizia e al ruolo che essi attribuiscono a quest'idea nella strutturazione del concetto di diritto.

## 2. *Giustizia ed essenza del diritto in Norberto Bobbio*

Nonostante alcuni suggerimenti secondo i quali lo sviluppo del suo pensiero giusfilosofico comprende vari momenti di svolta rispetto ad alcune delle sue concezioni precedenti<sup>10</sup>, si può pacificamente ritenere che l'idea di giustizia in Norberto Bobbio e la sua corrispettiva visione dell'influsso di tale idea sul concetto di diritto siano rimaste sostanzialmente inalterate lungo il suo percorso accademico. Infatti, si può facilmente verificare la consistenza diacronica della sua concezione di rilevanza giuridica della giustizia, sin da uno dei primi corsi monografici che Bobbio ha impartito a Torino nell'anno accademico 1952-1953 (successivamente pubblicati in un libro<sup>11</sup>) fino ai suoi scritti più recenti.

La stima dottrinale coltivata da Bobbio rispetto all'idea di giustizia è facilmente percettibile già dalla sua tesi programmatica che «il problema centrale della filosofia del diritto è la teoria della giustizia»<sup>12</sup>. «Chi ha familiarità coi testi clas-

---

<sup>10</sup> Per un argomento recente in merito, cfr. M. LA TORRE, *Il diritto contro se stesso. Saggio sul positivismo giuridico e la sua crisi*, Firenze, 2020, pp. 31-54. C'è chi sostiene, invece, che nonostante alcune modifiche o sfumature, non sia sostenibile parlare di alcun salto paradigmatico nel pensiero giusfilosofico di Bobbio. Cfr. R. GUASTINI, *Introduzione*, in N. BOBBIO, *Studi per una teoria generale del diritto*, Torino, 2012, pp. XVIII-XX.

<sup>11</sup> N. BOBBIO, *Teoria della giustizia. Lezioni di filosofia del diritto: 1953*, Torino, 2012.

<sup>12</sup> *Ivi*, p. 3. In un altro testo egli afferma che «filosofia del diritto nel senso proprio della parola è solo la teoria della giustizia». N. BOBBIO, *Interpretazioni anglosassoni della Filosofia del diritto*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1950, 27, p. 96. In un testo originariamente pubblicato nel 1971,

sici del pensiero giuridico», scrive Bobbio nella *Prefazione* alla traduzione italiana dell'opera *La Giustizia* di Chaïm Perelman, «si stupisce che una nozione così fondamentale come quella della giustizia sia stata, in tutti i tempi, così poco analizzata»<sup>13</sup>. Per Bobbio, la teoria della giustizia è, dal punto di vista giusfilosofico, «la teoria di quel particolare valore che domina l'esperienza giuridica»<sup>14</sup>.

La parola chiave di quest'ultimo argomento in riferimento alla giustizia è quella del 'valore'. Bobbio colloca l'idea di giustizia nel dominio dei valori o del dover essere<sup>15</sup>. L'influsso di tale idea sul concetto di diritto, quindi, viene da lui compreso nella tensione sussistente tra il punto di vista valutativo della giustizia e i contenuti del diritto positivo i quali, invece, appartengono al «piano dell'essere»<sup>16</sup>. Nella visione bobbiana, il nesso tra due piani, quello di giustizia e quello di diritto, viene spiegato in termini di (1) una finalità ideale, causa finale o risposta alla domanda 'a che cosa serve il diritto' (giustizia) e (2) un mezzo o strumento particolarmente adatto per raggiungere determinate finalità (diritto)<sup>17</sup>. I due piani sono necessariamente esaminati da due indirizzi scientifici diversi: l'indirizzo 'deontologico' della filosofia del diritto, incentrato sull'analisi di ciò che il diritto deve essere e correttamente denominato 'teoria della giustizia', e l'indirizzo 'ontologico' di una teoria generale del diritto, fondato sulla ricerca di ciò che il diritto realmente è<sup>18</sup>. Insomma, per Bobbio risulta «perfettamente

---

Bobbio dichiara che la storia dell'idea di giustizia coincide con «la storia del diritto in quanto attuazione dei principi di giustizia». N. BOBBIO, *Quale giustizia, quale legge, quale giudice*, in *Questione giustizia*, 2004, 1, p. 2.

<sup>13</sup> «Soprattutto i contemporanei», aggiunge, «hanno rivolto ben scarsa attenzione al problema della giustizia». N. BOBBIO, *Prefazione*, in C. PERELMAN, *La Giustizia*, Torino, 1959, p. 5.

<sup>14</sup> N. BOBBIO, *Studi sulla teoria generale del diritto*, Torino, 1955, p. 49.

<sup>15</sup> «Il valore fondamentale che interessa il diritto è la giustizia». N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, Torino, 1996, p. 135. «Una teoria della giustizia mira in ultima analisi a una definizione di ciò che il diritto dovrebbe essere». N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Bari-Roma, 2011, p. 70.

<sup>16</sup> N. BOBBIO, *Teoria della giustizia*, cit., p. 7.

<sup>17</sup> *Ivi*, pp. 3-4.

<sup>18</sup> N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., p. 42. Cfr. anche ID., *Teoria generale del diritto*, Torino, 1993, pp. 24-25.

legittimo» che «l'ordinamento positivo, oltre ad essere esaminato nella sua obbiettività, sia altresì valutato nella sua maggiore o minore adeguazione ad un ideale di giustizia»<sup>19</sup>.

Prima di presentare le conseguenze della distinzione dei due piani per l'impostazione bobbiana del tessuto ontologico dell'essere di diritto, occorre chiarire la sua comprensione nozionale dell'idea di giustizia.

Bobbio spesso esprime la sua consapevolezza che la giustizia, in quanto «momento ideale del diritto», costituisca il fulcro d'interesse preferito di quella che egli denomina la «dottrina del diritto naturale»<sup>20</sup>. Secondo lui, una versione estrema del giusnaturalismo promuove la centralità della tesi che il diritto naturale sia «un diritto nello stesso senso del diritto positivo»<sup>21</sup>. Il concetto di diritto, nella lettura bobbiana di questa tesi giusnaturalista, sarebbe più ampio del solo ricorso ai fenomeni del diritto positivo ed includerebbe, in qualche maniera, un riferimento essenziale ai principi morali il cui contenuto oggettivo sarebbe fondato nella normatività razionale insita nella natura umana. A suo avviso, la tesi giusnaturalista circa la vera giuridicità del diritto naturale pare essere dedotta quasi automaticamente dal fatto dell'oggettività dei principi morali della legge naturale e dalla collocazione di tali principi nel contesto del coordinamento sociale<sup>22</sup>. Questa formulazione della tesi giusnaturalista centrale spinge Bobbio a ritenere che «il termine “diritto” nelle espressioni “diritto naturale” e “diritto positivo” viene adoperato in due significati diversi»<sup>23</sup>. Anche a prescindere dalla questione circa l'esistenza oggettiva dei valori morali contenuti in quello che viene chiamato 'diritto naturale', Bobbio dichiara che è «inop-

---

<sup>19</sup> N. BOBBIO, *Studi sulla teoria generale del diritto*, cit., p. 80.

<sup>20</sup> N. BOBBIO, *Teoria della giustizia*, cit., p. 7.

<sup>21</sup> N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., p. 15.

<sup>22</sup> Cfr. ad esempio N. BOBBIO, *Teoria della giustizia*, cit., pp. 7-15; Id., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., pp. 14-16. Nei suoi scritti, Bobbio non tratta in modo sistematico altri possibili motivi dottrinali a partire dai quali i giusnaturalisti potrebbero ritenere che i contenuti del diritto naturale costituiscano un vero diritto pre-positivo (o sovra-positivo).

<sup>23</sup> Cfr. N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., pp. 140-141.

pugnabile» un'obiezione mediante la quale si contesta che tali valori possono considerarsi «diritto allo stesso titolo del diritto positivo»<sup>24</sup>.

Il giusnaturalismo mira, secondo Bobbio, ad una riduzione della validità del diritto alla sua giustizia: il diritto positivo potrebbe ritenersi valido, in quell'ottica, soltanto se fosse giusto o in accordo contenutistico con il diritto naturale<sup>25</sup>. A proposito di tale esito, Bobbio scrive:

A una sola condizione potremmo accettare di riconoscere come diritto unicamente quello che è giusto: alla condizione che la giustizia fosse una verità evidente o per lo meno dimostrabile come una verità matematica, e pertanto nessun uomo potesse avere dei dubbi su ciò che è giusto o ingiusto. [...] Si potrebbe dire che la teoria del diritto naturale è quella che ritiene di poter stabilire ciò che è giusto e ciò che è ingiusto in modo universalmente valido. Ma questa pretesa è fondata? A giudicare dai dissensi tra i vari seguaci del diritto naturale su ciò che ha da essere considerato giusto o ingiusto [...] si dovrebbe rispondere di no<sup>26</sup>.

Per Bobbio, dunque, l'idea di giustizia fondata esclusivamente sulla discutibile oggettività dei principi morali risulta inadatta per fondare il concetto di diritto, soprattutto alla luce dell'ulteriore considerazione che tale idea debba essere coniugata con un altro ideale intrasistemico della natura del diritto: quello della certezza circa la sua identificabilità<sup>27</sup>.

Scartata la giustizia 'sostanziale' di stampo giusnaturalista per la strutturazione del concetto di diritto, Bobbio sposta la sua analisi verso l'esame dell'idoneità di altre possibili concezioni piuttosto 'formali' di giustizia per lo stesso progetto. In questa fase dottrinale della sua ricerca, neanche quella che egli chiama «la concezione legalistica di giustizia» – la giustizia ridotta alla validità o legalità, ovvero, a ciò che vie-

---

<sup>24</sup> Cfr. *ivi*, p. 141.

<sup>25</sup> Cfr. *ivi*, p. 67.

<sup>26</sup> N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, cit., pp. 32-33.

<sup>27</sup> *Ivi*, pp. 33-34.

ne validamente prescritto dal diritto positivo – potrebbe ritenersi, a suo avviso, adatta per la determinazione della natura di diritto<sup>28</sup>. Considerare che sia giuridicamente giusto soltanto ciò che è prescritto dalla legge positiva significherebbe far rientrare nel concetto di diritto una nozione valutativa di giustizia che attribuisce un giudizio positivo anche ai fini o comportamenti gravemente immorali, «prescindendo da qualsiasi altra considerazione morale» giuridicamente rilevante<sup>29</sup>. Il fenomeno della concezione legalistica di giustizia corrisponde, secondo Bobbio, alla visione erronea del rapporto tra giustizia e diritto derivata da un ‘formalismo etico’<sup>30</sup> oppure da una versione ‘ideologica’ del positivismo giuridico. Secondo questa aberrazione dottrinale, viene conferito «al diritto qual è per il solo fatto di esistere un valore positivo, indipendentemente da ogni considerazione circa la sua corrispondenza ad un diritto ideale»<sup>31</sup>. In altre parole, una concezione legalistica di giustizia introduce nel concetto stesso di diritto un riferimento necessario alla giustizia (di stampo puramente legalistico) e simultaneamente esclude l’effettiva rilevanza giuridica di qualsiasi considerazione, anche quella extraconcettuale rispetto alla nozione di diritto, raggiunta a partire da un punto di vista valutativo della giustizia non-legalistica. Bobbio correttamente categorizza questa versione dell’idea di giustizia come una specie del formalismo non solo giuridico ma piuttosto etico, e quindi come una posizione circa il ruolo della giustizia nella concettualizzazione del diritto la cui formalità diventa talmente onnicomprensiva da risolversi quasi in una proposta di giustizia sostanziale<sup>32</sup>.

---

<sup>28</sup> N. BOBBIO, *Teoria della giustizia*, cit., pp. 43-45.

<sup>29</sup> Cfr. N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., p. 82. Cfr. anche Id., *Teoria della giustizia*, cit., p. 45.

<sup>30</sup> N. BOBBIO, *Studi sulla teoria generale del diritto*, cit., pp. 145-162.

<sup>31</sup> N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., p. 92.

<sup>32</sup> «Il passaggio dalla teoria all’ideologia del positivismo giuridico è il passaggio dalla constatazione di un fatto alla valutazione favorevole di esso: il sistema vigente non è più soltanto oggettivamente descritto e interpretato, ma additato come un buon sistema [...]. L’effetto di questo passaggio è la trasformazione del positivismo giuridico da teoria del diritto a teoria della giustizia, cioè a teoria che non pretende più di indicare quello che è, sul piano dei

Lo spazio rimanente per l'indagine bobbiana circa l'inclusione dell'idea di giustizia nella strutturazione del concetto di diritto sembra esaurirsi, quindi, nella verifica dell'esistenza e idoneità di una specie di *via media* tra giustizia di stampo giusnaturalista e la concezione legalistica di giustizia. Infatti, Bobbio dedica una porzione significativa dei suoi testi alla ricerca dei lineamenti di una giustizia formale che (1) corrisponde ad un formalismo giuridico strutturalmente aperto ad un'analisi critica alla luce delle idee metagiuridiche di giustizia sostanziale, mentre (2) impedisce il collasso nel formalismo etico o nella versione ideologica del positivismo giuridico.

La ricerca bobbiana di tale giustizia formale focalizza quegli elementi comuni alle varie concezioni di giustizia (incluse quelle sostanziali) che sono non solo adatti per l'inclusione nella strutturazione dell'essere di diritto, ma la cui inclusione intraconcettuale nel fenomeno giuridico può anche contribuire alla maggior precisione della determinazione della natura di tale fenomeno. Possiamo individuare due conclusioni ragionate da Bobbio nel corso di questa ricerca.

La prima conclusione è che il concetto di diritto sembra contenere un richiamo alla giustizia puramente formale nella misura in cui essa è realmente operante all'interno della struttura di una norma di carattere *generale* o del sistema legale composto da norme generali. L'operatività della giustizia nella struttura di una norma di carattere generale è descrivibile in termini di un ordine comportamentale per la generalità delle persone. Bobbio presenta tale ordine con il termine 'uguaglianza'<sup>33</sup> – o meglio, 'uguaglianza formale'<sup>34</sup> – che implica il «trattamento degli uguali», in riferimento ad una norma generale, «in modo uguale»: «basta che siano eguali rispetto a un qualsiasi bene» determinato da una norma generale «coloro che appartengono alla stessa categoria»<sup>35</sup>. Quando

---

fatti, il diritto, ma di raccomandare ciò che è, sul piano dei valori, il giusto». *Ivi*, p. 93.

<sup>33</sup> N. BOBBIO, *Teoria della giustizia*, cit., pp. 64-66; *Id.*, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., pp. 68-69.

<sup>34</sup> N. BOBBIO, *Studi per una teoria generale del diritto*, cit., p. 17.

<sup>35</sup> N. BOBBIO, *Quale giustizia, quale legge, quale giudice*, cit., p. 2.

viene vista nella prospettiva dell'applicazione di una norma generale, la giustizia *qua* uguaglianza formale abitualmente assume il carattere del valore di 'imparzialità'<sup>36</sup>. L'aspirazione all'imparzialità e all'uguaglianza – insieme con l'aspirazione alla certezza – vengono considerati da Bobbio come valori o *standard* appartenenti alla sfera del dover essere dai quali «un buon ordinamento giuridico non può prescindere»<sup>37</sup> quando viene esaminato punto di vista valutativo.

La giustizia *qua* uguaglianza formale rappresenta, secondo Bobbio, uno *standard* valutativo o dover essere puramente sistemico in qualche modo collegato con il concetto di diritto. La qualità 'sistemica' del dover essere di giustizia *qua* uguaglianza formale significa che in questa sua accezione non si aggiunge alcun elemento extragiuridico di una concezione di giustizia (e tanto meno moralità) sostanziale. Invece, giustizia *qua* uguaglianza formale rappresenta un'espressione di condizioni o conseguenze di un elemento della fattualità del diritto (la generalità delle norme) colto dal punto di vista valutativo (trattare gli uguali in modo uguale e i diversi in modo adeguatamente diverso) pur rimanendo all'interno della concezione puramente formale del fenomeno giuridico<sup>38</sup>. Nell'arco di questa spiegazione della natura formale di giustizia giuridica viene situato da parte di Bobbio anche il significato della celebre definizione della giustizia formulata dai giuristi romani – *ius suum cuique tribuendi* – che potrebbe essere intesa come il principio di dare a ciascuno quel diritto che gli spetta secondo un ordine di uguaglianza proporzionale introdotto dalle norme con carattere generale<sup>39</sup>.

---

<sup>36</sup> N. BOBBIO, *Studi per una teoria generale del diritto*, cit., p. 17.

<sup>37</sup> *Ivi*, p. 19.

<sup>38</sup> Alcune indagini più recenti sono inclini a permettere l'inclusione degli *standard* valutativi, puramente formali ed esclusivamente intrasistemici, anche nel concetto stesso di diritto, mentre escludono ogni rischio che l'adozione intraconcettuale del punto di vista valutativo puramente formale nella concezione del fenomeno giuridico significhi la trasformazione di tale approccio in una versione del giusnaturalismo. Cfr. ad esempio i testi di Julie Dickson, a partire da J. DICKSON, *Evaluation and Legal Theory*, Portland, 2001.

<sup>39</sup> Cfr. N. BOBBIO, *Teoria della giustizia*, cit., pp. 38-39.

Passiamo alla seconda conclusione di Bobbio circa lo *status* concettuale del ruolo della giustizia rispetto all'essere del diritto. L'indole formale della giustizia giuridica bobbiana rispecchia la circostanza che, in ultima analisi, la determinazione del criterio rilevante di 'uguaglianza' (o di ciò in cui bisogna trattare in modo uguale i soggetti passivi della norma generale appartenenti alla stessa categoria) necessariamente dipende dall'adozione dei valori extragiuridici di giustizia sostanziale da parte del legislatore. La giustizia giuridica intesa come uguaglianza formale «ci fornisce la forma della valutazione, ma non il suo contenuto», dice Bobbio, preparando con ciò lo sfondo argomentativo di una domanda fondamentale: «ma in virtù di quale criterio si stabilisce [il contenuto di] questa uguaglianza»<sup>40</sup>? La risposta definitiva a questa domanda non può essere 'la norma giuridica' perché così siamo di nuovo nell'ambito della concezione legalistica di giustizia, già ripudiata da Bobbio. Egli vuole piuttosto esplorare se comunque esista qualche contenuto sostanziale oggettivo facente parte dell'idea di giustizia per rimediare alla circostanza che «i principi di giustizia, come “dare a ciascuno il suo” oppure “ognuno faccia ciò che gli spetta” [...] sono meramente formali e quindi riempibili di ogni contenuto»<sup>41</sup>. Bobbio sembra risolvere questa ricerca con la conclusione che la giustizia *qua* uguaglianza formale è intrinsecamente 'relativa'<sup>42</sup>, cioè che essa dipende, in ultima analisi, dal criterio ulteriore risalente alla concezione della giustizia extragiuridica concretamente preferita e adottata dal legislatore. Possiamo quindi affermare che la giustizia giuridicamente rilevante abbia, per Bobbio, la forma di un'idea composta da almeno due elementi<sup>43</sup>: il primo, quello della giustizia come uguaglianza formale, interpella il secondo, cioè il dover essere di giustizia sostanziale concretamente preferito dal legislatore nella creazione del diritto positivo.

---

<sup>40</sup> *Ivi*, p. 73.

<sup>41</sup> N. BOBBIO, *Elementi di politica. Antologia*, Torino, 2010, p. 39.

<sup>42</sup> N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., p. 69.

<sup>43</sup> Questa tesi rappresenta un riassunto dell'analisi del rapporto tra giustizia formale e giustizia sostanziale sviluppata in N. BOBBIO, *Sulla nozione di giustizia*, in *Archivio giuridico "Filippo Serafini"*, 1952, 142, pp. 17-18, 28.

Tutta questa analisi ci porta alla considerazione conclusiva che accanto al valore valutativo, ma puramente intrasistemico, della giustizia intesa come uguaglianza formale esista, al livello di diritto ideale, anche (e soltanto) un'apertura strutturale ad un riferimento ai contenuti extragiuridici di giustizia sostanziale. Questa posizione bobbiana assomiglia al positivismo giuridico 'debole' o 'soft' di H.L.A. Hart, secondo il quale non esiste alcun elemento nella natura di diritto che precluderebbe in principio un'apertura strutturale in vista della possibile inclusione in un sistema legale concreto di qualche principio extragiuridico di giustizia sostanziale, mediante la c.d. regola intrasistemica di riconoscimento<sup>44</sup>. Sono del parere che la tesi di Bobbio circa le norme extragiuridiche ricavate dai principi di giustizia (inclusa quella sostanziale) che diventano valide e quindi giuridiche «solo nella misura in cui [sono] accolte in un sistema di diritto positivo»<sup>45</sup>, possa ritenersi un argomento a favore almeno della prossimità del pensiero di Bobbio alla posizione di Hart.

Però, questa prossimità della posizione di Bobbio al positivismo debole, in ultima analisi, non significa che la tensione di ambedue i piani – quello valutativo (dover essere di giustizia) e quello descrittivo (essere del diritto) – sia contenibile all'interno di un unico concetto di diritto, in una specie di natura duale del diritto. Ci troviamo piuttosto di fronte alla necessaria separabilità del piano di diritto ideale da quello dell'essere di diritto<sup>46</sup>: «che il diritto corrisponda a giustizia è [...] un ideale da attuare che nessuno può disconoscere, ma non è una realtà di fatto»<sup>47</sup>.

---

<sup>44</sup> Cfr. H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, cit., pp. 237, 318, 321, 331.

<sup>45</sup> Cfr. N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, cit., p. 26. Vedi anche il seguente argomento: «la tesi che il diritto è ciò che è di fatto non porta ad escludere che tra questi fatti vi siano anche le valutazioni personali del legislatore e del giurista e del giudice: significa semplicemente che queste valutazioni diventano diritto in quanto vengono accolte, attraverso procedure stabilite e oggettivamente accertabili, nel sistema delle fonti e non per la loro maggiore o minore conformità a certi ideali di giustizia piuttosto che a certi altri». ID., *Giustizialismo e positivismo giuridico*, cit., p. 105.

<sup>46</sup> N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, cit., p. 26.

<sup>47</sup> *Ivi*, p. 32.

Infatti, alcune affermazioni esplicite di Bobbio confermano con chiarezza che la giustizia non rientra nella definizione del concetto di diritto e non forma parte necessaria della sua natura, del suo essere ontologico. La promozione di giustizia sostanziale quale parte integrante del concetto di diritto sarebbe caratteristica per il giusnaturalismo, il quale sostiene, appunto, «che nella definizione del diritto si debba introdurre una qualificazione che discrimini il diritto qual è in base a un criterio stabilito dal punto di vista del diritto quale deve essere»<sup>48</sup>. Invece, dalla prospettiva della versione del positivismo giuridico come metodo dell'analisi del diritto che Bobbio favorisce<sup>49</sup>, «nella definizione del diritto deve essere esclusa ogni qualificazione che sia fondata su un giudizio di valore, e che comporti la distinzione del diritto stesso in [...] giusto e ingiusto»<sup>50</sup>. In un argomento programmatico, nel quale espone il fulcro metodologico della sua versione del positivismo giuridico, Bobbio dichiara che «il giuspositivista studia [il] diritto *reale* senza chiedersi se oltre ad esso esista anche un diritto *ideale* (come quello naturale), senza esaminare se il primo corrisponda o no al secondo, e soprattutto senza far dipendere la validità del diritto reale dalla sua corrispondenza col diritto ideale»<sup>51</sup>. In altre parole, la risoluzione del quesito su «che cosa sia il diritto» andrebbe cercata nel contesto della domanda «che cosa è di fatto il diritto, non [che cosa] il diritto vorrebbe o dovrebbe essere»<sup>52</sup>.

---

<sup>48</sup> N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, cit., p. 135.

<sup>49</sup> «Riguardo al metodo, sono [...] positivista. [...] Il positivismo giuridico è, in quanto metodo, la proposta di distinguere il diritto che è dal diritto che deve essere». N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., pp. 124, 128. Cfr. anche ID., *Il positivismo giuridico*, cit., p. 250.

<sup>50</sup> N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, cit., p. 135.

<sup>51</sup> *Ivi*, pp. 134-135. In un altro argomento ugualmente programmatico, egli afferma che «positivista è colui che assume di fronte al diritto un atteggiamento *avalutativo*». E subito continua: «la mentalità che il positivista giuridico respinge è quella di colui che include nella definizione del diritto elementi finalistici: per esempio, [...] l'attuazione della giustizia». N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., p. 89. Enfasi mia.

<sup>52</sup> N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, cit., p. 32.

La risposta di Bobbio alla domanda ‘che cosa sia il diritto nella sua essenza’ è tipicamente positivistica:

Se per normativismo s’intende quella teoria secondo cui il modo più conveniente di definire il diritto è di riferirsi alla nozione di norma, sono normativista. Con questa precisazione: che per “diritto” (anche nel linguaggio comune) s’intende non una singola norma, ma un insieme di norme e pertanto il concetto del diritto può essere chiarito solo facendo riferimento non già ad un tipo di norma, ma ad un tipo di insieme di norme, ciò che si chiama di solito “ordinamento giuridico”<sup>53</sup>.

Arrivare alla conclusione che Bobbio sia un positivista certamente non rappresenta una particolare novità giusfilosofica. Però, trattare il suo concetto positivista di diritto non come un fenomeno da cui iniziare l’analisi del suo pensiero ma come punto di arrivo, passando per l’analisi del ruolo dell’idea di giustizia nella strutturazione di quel concetto, rappresenta un indirizzo di ricerca raramente adoperato nella presentazione della giusfilosofia bobbiana. Questo indirizzo permette l’acertamento che, nel pensiero di Bobbio, il punto di vista valutativo della giustizia sostanziale appartiene al dominio extraconcettuale rispetto all’essere del diritto. Lo stesso indirizzo consente la verifica che l’idea di giustizia non fornisce Bobbio di sufficienti argomenti per identificare gli elementi di giuridicità all’infuori del dominio di diritto positivo. Ritengo che sia proprio la sua impostazione dell’idea di giustizia – e la sua mancata convinzione che ci possa essere qualche elemento di giuridicità inerente a quest’idea – a costituire una parte significativa della *ratio* principale della sua preferenza metodologica per il positivismo giuridico.

---

<sup>53</sup> N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., p. 37. Vedi anche la seguente affermazione: «Il miglior modo per avvicinarsi all’esperienza giuridica e coglierne i tratti caratteristici è di considerare il diritto come un *insieme di norme* o regole di condotta». ID., *Teoria generale del diritto*, cit., p. 3.

### *3. Il ruolo di giustizia nella concettualizzazione del diritto secondo Luigi Ferrajoli*

Una sintesi assai riuscita del pensiero giusfilosofico di Luigi Ferrajoli si può trovare nella sua *Prefazione* al libro *Giusnaturalismo e positivismo giuridico* di Bobbio. Più di una mera raccolta delle idee centrali bobbiane, questo testo rappresenta altrettanto un esame sommario della conformità di quelle idee alla posizione dottrinale di Ferrajoli. La tesi giuspositivista bobbiana sul diritto ‘qual è’ «come il solo diritto di cui deve occuparsi il giurista», come anche l’affine tesi di Bobbio circa la «totale avalutatività dell’accostamento scientifico allo studio del diritto», è secondo Ferrajoli «tuttora sostenibile»<sup>54</sup>. Questa presa di posizione già ci informa sull’esistenza di un denominatore comune positivista tra i due autori.

Qui ci interessa, però, innanzitutto la differenza fondamentale tra Bobbio e Ferrajoli in riferimento al concetto di diritto e, soprattutto, alla collocazione dell’idea di giustizia nella strutturazione di tale concetto.

L’argomento centrale di Ferrajoli circa la rilevanza giuridica della giustizia è che essa costituisce il punto di vista valutativo concettualmente ed irriducibilmente *esterno* rispetto all’essere di diritto<sup>55</sup>. Questo punto di vista viene collocato nel dominio della risposta alle seguenti domande: «a che cosa serve e che cosa giustifica il diritto», oppure, «quando possiamo dire, e sulla base di quali criteri, che una data norma, o un determinato istituto, o un intero sistema di norma giuridiche sono giusti e quando, invece, che sono ingiusti»<sup>56</sup>. L’esternità della giustizia in riferimento al diritto significa che sussiste una «divaricazione» tra il «dover essere etico-politico» carat-

---

<sup>54</sup> Cfr. L. FERRAJOLI, *Prefazione*, in N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., pp. XV-XVI.

<sup>55</sup> *Ivi*, p. VIII; L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, 1, *Teoria del diritto*, Bari-Roma, 2007, p. 15; *Id.*, *La democrazia attraverso i diritti. Il costituzionalismo garantista come modello teorico e come progetto politico*, Bari-Roma, 2013, pp. 26, 101; L. FERRAJOLI, *La costruzione della democrazia. Teoria del garantismo costituzionale*, Bari-Roma, 2021, p. 3.

<sup>56</sup> L. FERRAJOLI, *La costruzione della democrazia*, cit., pp. 3-4.

teristico della giustizia e «l'essere dei sistemi giuridici nel loro insieme»; tale divaricazione «equivale alla classica separazione tra diritto e morale, ovvero tra giustizia e validità»<sup>57</sup>. In ultima analisi, il fatto che la giustizia rappresenta il punto di vista valutativo esterno al diritto significa che in tutte le sue possibili accezioni essa di per sé non introduce elementi di giuridicità, ovvero, non incide sulla giuridicità delle norme o delle 'cose' in generale: «diritto positivo [...] non [ha] già nell'intrinseca giustizia la sua meta-norma di riconoscimento»<sup>58</sup>. La validità o esistenza *qua* positività di una norma giuridica non è implicata dalla sola giustizia<sup>59</sup>.

Secondo Ferrajoli, nel primo modello o paradigma storico-teorico di diritto, quello giurisprudenziale premoderno o *giusnaturalista*, il diritto aveva la sua norma di riconoscimento in quello che egli chiama «intrinseca giustizia o razionalità» e, quindi, l'esistenza e validità delle norme giuridiche dipendeva dalla corrispondenza della «loro sostanza o contenuto prescrittivo» con l'idea di giustizia, secondo il detto *veritas, non auctoritas facit legem*<sup>60</sup>. A suo avviso, in questo contesto giusfilosofico vigeva una «confusione tra diritto e morale, ovvero tra validità e giustizia»<sup>61</sup>. Egli ritiene che l'approccio giusnaturalista che fa dipendere l'esistenza e validità del diritto non dal «diritto *positum* da una qualche *auctoritas*» ma dalla «sua *veritas* o natura: ossia, direttamente [dalla] giustizia o [dal] diritto naturale»<sup>62</sup> sia erroneo alla luce di almeno due obiezioni. Prima, perché tale approccio, secondo Ferrajoli, non è epistemologicamente sostenibile al livello della conoscenza giuridica – «ovviamente il “diritto” e i “diritti naturali” non esistono: non sono realtà oggettive, bensì principi assiologici o normativi di tipo extragiuridico»<sup>63</sup>. Alla prima obiezio-

<sup>57</sup> L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., p. 16.

<sup>58</sup> *Ibidem*.

<sup>59</sup> L. FERRAJOLI, *Prefazione*, cit., p. XII; Id., *La democrazia attraverso i diritti*, cit., p. 100; Id., *La costruzione della democrazia*, cit., p. 12.

<sup>60</sup> L. FERRAJOLI, *La democrazia attraverso i diritti*, cit., p. 6.

<sup>61</sup> *Ibidem*.

<sup>62</sup> L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari-Roma, 1990, p. 910.

<sup>63</sup> *Ivi*, p. 925.

ne ne viene associata anche una seconda circa l'estrema improbabilità del raggiungimento contemporaneo di un consenso sui principi di giustizia<sup>64</sup>.

Storicamente, il paradigma giusnaturalista è stato superato da due successivi paradigmi o modelli teorici della concezione del diritto, ambedue contrastanti con il primo paradigma, ma tra di loro, invece, essenzialmente compatibili. Ferrajoli ritiene che l'avvento del secondo paradigma, un superamento di quello giusnaturalista, è stato reso possibile dal mutamento della concezione della regola di riconoscimento del diritto. Nel secondo paradigma, il diritto non viene più identificato mediante la verifica della sua intrinseca giustizia (o della sua «bontà» contenutistica<sup>65</sup>), ma tramite la verifica della sussistenza di tutte le condizioni di validità incluse nella nuova regola di riconoscimento contenuta nel c.d. principio di legalità<sup>66</sup>. Con questo paradigma, correttamente chiamato *giuspositivista*<sup>67</sup>, l'idea valutativa della giustizia viene spostata ad un punto di vista esterno rispetto all'essere del diritto, mentre le modalità di identificare il diritto vengono circoscritte al domi-

---

<sup>64</sup> «La morale e la giustizia [...] restano pur sempre punti di vista esterni al diritto: i punti di vista morali e politici, non oggettivi ma soggettivi di ciascuno di noi». L. FERRAJOLI, *La democrazia attraverso i diritti*, cit., p. 101. «C'è poi un'altra ragione per la quale ritengo inaccettabili nozioni per così dire sostanziali o contenutistiche dei diritti fondamentali. Queste nozioni si basano su di una concezione del loro universalismo in un senso non logico, bensì ontologico o assiologico, e suppongono perciò una qualche forma di oggettivismo e di cognitivismo morale [...] nel senso che riflettono una qualche ontologia di valori morali da tutti condivisa, oppure nel senso che esprimono valori morali che per la loro oggettiva giustizia devono essere da tutti condivisi. Nel primo senso la tesi oggettivistica è una tesi empiricamente falsa, non essendo vero che esiste un'etica universalmente condivisa. Nel secondo senso la medesima tesi è palesemente illiberale, comportando il discredito come moralmente censurabili delle tesi morali che la contraddicono». ID., *La costruzione della democrazia*, cit., pp. 123-124.

<sup>65</sup> L. FERRAJOLI, *La democrazia attraverso i diritti*, cit., p. 12.

<sup>66</sup> L. FERRAJOLI, *La costruzione della democrazia*, cit., pp. 11-12. «Il principio di legalità» nel suo significato della norma di riconoscimento, secondo Ferrajoli, «equivale al principio di positività: è diritto tutto e solo quello che è posto dall'esercizio di poteri conferiti dal diritto nelle forme, quali che siano, dal diritto medesimo stabilite». ID., *La costruzione della democrazia*, cit., p. 75.

<sup>67</sup> L. FERRAJOLI, *La costruzione della democrazia*, cit., pp. 176-178.

nio del punto di vista interno al diritto, delimitato dai criteri del «diritto formalmente valido» facenti parte della regola di riconoscimento puramente formale, intrasistemica e separata dalla giustizia<sup>68</sup>. In questo secondo paradigma, sostanzialmente identico a quello di Bobbio, viene programmaticamente inaugurato ed adoperato il detto *auctoritas, non veritas facit legem*<sup>69</sup>, mentre l'ontologia del diritto viene confinata nel dominio del «diritto 'qual è', ovvero del 'diritto reale' o 'come fatto'»<sup>70</sup>.

Il contributo più incisivo di Ferrajoli rispetto al quadro sopra descritto della divaricazione tra giustizia (quale dover essere etico-politico esterno al diritto) e validità (quale risultato di condizioni interne al diritto, rilevanti per identificare il suo essere fattuale) è quello di proporre i lineamenti di un terzo modello o paradigma teorico circa la concezione del diritto. Questo modello rappresenta uno sviluppo o «completamento»<sup>71</sup> del paradigma giuspositivista. Tale completamento non contraddice la tesi centrale di autori come Bobbio circa la fondazionale fattualità e avalutatività (esterna<sup>72</sup>) del diritto nella misura in cui viene adempiuta una condizione fondamentale: «condizione che si riconosca che del diritto 'qual è' [fa] parte integrante, per di più con rango normativamente sopraordinato, anche il suo 'dover essere giuridico'»<sup>73</sup>. Quando Ferrajoli asserisce l'esistenza di un 'dover essere giuridico' all'interno dell'essere del diritto, egli certamente con questo non vuole riaffermare la giustizia come punto di vista valutativo interno al diritto, ma in realtà sta traducendo al livello del concetto del diritto il nuovo indirizzo concettuale del fenomeno giuridico inaugurato dal paradigma *giuscostituzionalista* o *neogiuspositivista*. In questo terzo paradigma, tramite un ulteriore sviluppo della norma di riconoscimento, adesso di rango costituzionale ma comunque sempre al livello del diritto positivo, alcuni valori ai quali è stato riconosciuto lo *status* di di-

---

<sup>68</sup> *Ivi*, pp. 12, 176-178.

<sup>69</sup> *Ivi*, p. 178.

<sup>70</sup> L. FERRAJOLI, *Prefazione*, cit., p. XV.

<sup>71</sup> L. FERRAJOLI, *La democrazia attraverso i diritti*, cit., p. VI.

<sup>72</sup> L. FERRAJOLI, *Prefazione*, cit., p. XVIII.

<sup>73</sup> *Ivi*, p. XV.

ritti fondamentali sono stati elevati ad una ‘sfera del non decidibile’<sup>74</sup> che impone «vincoli e limiti sostanziali [...] alla produzione legislativa e alla pratica del diritto»<sup>75</sup>. La circostanza che all’interno del diritto ‘qual è’ adesso esista una sfera del dover essere «ha cambiato la natura [...] del diritto»<sup>76</sup>. Il terzo paradigma ora permette che nell’essere del diritto ci sia la presenza di un punto di vista valutativo interno al diritto sostanzialmente (e non solo formalmente) valido, visto che adesso potrebbe verificarsi l’ipotesi che esistano delle «norme prodotte in conformità con le norme formali sulla loro produzione e tuttavia invalide perché in contrasto con [...] i diritti fondamentali costituzionalmente stabiliti»<sup>77</sup>.

L’inserimento del dover essere giuridico al livello costituzionale, in forma dei diritti fondamentali, nell’essere del diritto è comunque, come ritiene Ferrajoli, puramente contingente<sup>78</sup> e inoltre sempre effettuato per mezzo di una norma di riconoscimento interna allo stesso diritto positivo e quindi non attuabile in forza della sola giustizia di tali diritti fondamentali<sup>79</sup>. Insomma, nonostante le distinzioni evidenti rispetto a Bobbio, con Ferrajoli ci troviamo di nuovo in una delle versioni del positivismo debole di stampo hartiano, dove i principi di giustizia possono (ma non devono necessariamente) avere un ruolo nell’identificazione del diritto solamente se sono stati accreditati per tale finalità dal diritto positivo tramite una regola di riconoscimento<sup>80</sup>.

Si può evidenziare qualche ulteriore sviluppo nell’idea di giustizia e il suo ruolo nella concettualizzazione del diritto con

---

<sup>74</sup> L. FERRAJOLI, *La costruzione della democrazia*, cit., pp. 178-179.

<sup>75</sup> *Ivi*, p. 12.

<sup>76</sup> L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali e democrazia. Due obiezioni a Robert Alexy*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2015, 4, p. 37.

<sup>77</sup> L. FERRAJOLI, *La costruzione della democrazia*, cit., pp. 178-179.

<sup>78</sup> L. FERRAJOLI, *La democrazia attraverso i diritti*, cit., p. 26. Vedi anche *Id.*, *La costruzione della democrazia*, cit., p. 12.

<sup>79</sup> L. FERRAJOLI, *Prefazione*, cit., pp. XV-XVIII.

<sup>80</sup> Ferrajoli prende chiare distanze dottrinali sia dal non-positivismo giusdualista di Alexy sia dall’interpretivismo non-positivista di Dworkin. Cfr. L. FERRAJOLI, *Prefazione*, cit., pp. XII-XIV; *Id.*, *Diritti fondamentali e democrazia*, cit., pp. 37-52; *Id.*, *La costruzione della democrazia*, cit., pp. 144-149.

il passaggio al terzo paradigma (giuscostituzionalista) della comprensione di diritto? Lo spostamento del punto di vista valutativo della giustizia nella sfera esterna al concetto di diritto già effettuato dal secondo paradigma giuspositivista è sicuramente rimasto in piedi anche nel paradigma giuscostituzionalista di Ferrajoli. L'aspetto che, invece, potrebbe rappresentare un vero sviluppo rispetto alla posizione di Bobbio è quello relativo alla maggior precisione di Ferrajoli nella spiegazione della possibilità di trasformazione degli elementi extragiuridici di giustizia in un dover essere giuridico al livello costituzionale (o «la costituzionalizzazione di principi di giustizia»<sup>81</sup>). Ferrajoli ritiene che l'insistenza circa l'autonomia ed esternità del punto di vista valutativo di giustizia sia favorevole all'incisività della prospettiva critica e progettuale del diritto ideale in riferimento al diritto reale o positivo, evitando con ciò «forme di legittimazione aprioristica» del diritto «come diritto giusto solo perché vigente»<sup>82</sup>. Inoltre, la maggior chiarezza circa il collegamento sempre contingente tra la giustizia estrinseca e il dover essere intrinseco al diritto spiega l'indole, per così dire, 'fisarmonica' della continua attualità e mutabilità di tale collegamento:

Certamente, con la trasformazione [degli aspetti del punto di vista morale e politico irriducibilmente esterno] in norme costituzionali di diritto positivo, il divario tra il diritto e il senso corrente della giustizia si è ridotto. Ma il divario è destinato a riaprirsi con l'emergenza di nuove istanze di giustizia e, di nuovo, a ridursi con la conquista di nuovi diritti<sup>83</sup>.

L'analisi precedente ci permette di arrivare alla conclusione circa l'essenza del diritto in Ferrajoli. Egli definisce il diritto come un prodotto artefattuale e strumentale in vista del raggiungimento delle finalità progettate al livello dell'idea di giustizia e di qualsiasi altro punto di vista valutativo esterno al

---

<sup>81</sup> L. FERRAJOLI, *La democrazia attraverso i diritti*, cit., p. 100.

<sup>82</sup> L. FERRAJOLI, *Prefazione*, cit., p. XII.

<sup>83</sup> L. FERRAJOLI, *La democrazia attraverso i diritti*, cit., p. 26.

diritto<sup>84</sup>. Inoltre, per Ferrajoli, il diritto, nell'identità ontologica del suo essere e dover essere interno costituzionalmente positivizzato, può essere descritto essenzialmente come «qualunque *insieme di norme* poste da chi è abilitato a produrle, indipendentemente dai loro contenuti e quindi dalla loro eventuale ingiustizia»<sup>85</sup>. Egli arriva a riprodurre, quasi letteralmente, quello che, a mio avviso, costituisce il postulato più generale del positivismo giuridico: tutto il diritto – tutto ciò che il diritto concettualmente è in tutte le manifestazioni del fenomeno giuridico e in tutti gli elementi di giuridicità – si trova *nel* diritto positivo<sup>86</sup>. Come già accennato nell'esposizione del rapporto tra i diritti fondamentali e il punto di vista valutativo della giustizia, anche i diritti fondamentali sono descrivibili, secondo Ferrajoli, a partire da una definizione puramente formale, «cioè priva di connotazioni assiologiche o sostanziali» e strutturalmente sconnessa dalla questione della loro intrinseca giustizia in riferimento alla loro esistenza e validità<sup>87</sup>.

Di nuovo, ritengo che la linea di analisi sopra esposta confermi che almeno una parte significativa dell'opzione preferenziale di Ferrajoli per il positivismo giuridico e per la norma giuridica *qua* essenza del diritto, fosse dovuta alla sua convinzione – al livello di epistemologia morale e politica – che il primo paradigma della norma di riconoscimento del diritto, basa-

---

<sup>84</sup> *Ivi*, pp. 9-10; L. FERRAJOLI, *La costruzione della democrazia*, cit., p. 180.

<sup>85</sup> L. FERRAJOLI, *Prefazione*, cit., p. XII. Enfasi mia. Cfr. anche *Id.*, *La democrazia attraverso i diritti*, cit., p. 11.

<sup>86</sup> «Giuspositivismo [denota] l'idea secondo cui “diritto” è tutto e solo il diritto positivo». L. FERRAJOLI, *La costruzione della democrazia*, cit., p. 178. Questo argomento di Ferrajoli dimostra un particolare affinità, al livello di ontologia del diritto, alla tesi programmatica di Leslie Green circa l'essenza del positivismo giuridico: «Ogni teoria del diritto che un positivista sarebbe disposto a classificare come, appunto, “positivistica”, promuove una versione della seguente tesi: tutto il diritto è diritto positivo». L. GREEN, *Positivism, Realism and Sources of Law*, in *The Cambridge Companion to Legal Positivism*, a cura di T. SPAAK, P. MINDUS, Cambridge, 2021, p. 40.

<sup>87</sup> Cfr. L. FERRAJOLI, *La democrazia attraverso i diritti*, cit., p. 90. Per ulteriori dettagli circa la definizione puramente formale dei diritti fondamentali costituzionalmente stabiliti, cfr. *Id.*, *La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*, Bari-Roma, 2016, pp. 59-65; *Id.*, *La costruzione della democrazia*, cit., pp. 121-128.

to sulla giustizia, non implicasse alcun elemento di vera giuridicità all'infuori della norma positiva che potesse 'sopravvivere' al passaggio ai successivi paradigmi giuspositivistici e neogiuspositivistici.

#### 4. *Gustavo Zagrebelsky e la configurazione della giustizia giuridica*

L'approccio di Gustavo Zagrebelsky, un altro filosofo del diritto che tratta ampiamente la rilevanza giuridica dell'idea di giustizia, si distingue chiaramente da Bobbio e Ferrajoli, però, d'altra parte, come vedremo, anche egli rimane fermamente ancorato nella convinzione che l'essenza del diritto viene esaurita nelle manifestazioni del diritto positivo.

L'idea di giustizia in Zagrebelsky può essere descritta in tre principali argomenti. In primo luogo, egli ritiene che la giustizia sostanziale (o «giustizia in senso assoluto») di stampo giusnaturalista, fondata nelle concezioni obiettive circa la sua immediata rilevanza giuridica «per comando divino, per natura o per ragione», sia teoreticamente insostenibile perché epistemologicamente erranea<sup>88</sup>. Anche se i criteri di un richiamo alla giustizia sostanziale fossero in qualche maniera metafisicamente o moralmente determinabili, «sarebbero relativi; varrebbero cioè per uno ma non necessariamente per un altro»<sup>89</sup>. Il secondo problema che Zagrebelsky esplora in merito è quello circa l'utilità di un'impostazione della giustizia puramente formale per la fondazione del fenomeno giuridico. Anche qui, la sua conclusione è negativa. Egli prende come esempio paradigmatico della definizione di giustizia formale la formula dei giuristi romani: *ius suum cuique tribuendi*, dare a ciascuno il suo secondo le categorie di uguaglianza e diversità proporzionale. Questa definizione è, a suo avviso, puramente formale perché radicalmente priva di un criterio contenutistico per determina-

---

<sup>88</sup> G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia. Tre capitoli di giustizia costituzionale*, Bologna, 2008, pp. 28-29.

<sup>89</sup> G. ZAGREBELSKY, *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*, Torino, 2009, p. 51.

re il *suum* di ciascuno che si trova alla base dello *ius* (cioè, del diritto da 'dare') ed è altrettanto incapace di individuare «in che cosa si è uguali e in che cosa diversi»<sup>90</sup>. Per uscire dalla radicale indeterminazione dei criteri contenutistici della giustizia formale, occorre comunque, secondo il terzo argomento in merito di Zagrebelsky, in qualche modo «aprirsi a un sistema dei valori e scelte sostanziali»<sup>91</sup>.

Però, come raggiungere questa apertura senza uno slittamento nella concezione giusnaturalista della giustizia? La risposta di Zagrebelsky è che occorre circoscrivere l'orizzonte valutativo rilevante per l'essere del diritto ad una «giustizia intesa dal punto di vista interno, cioè secondo le concezioni vigenti entro la comunità di diritto [che] non sarà [...] la giustizia che, soggettivamente, ci piacerebbe di più, né, tanto meno, la giustizia assoluta, [ma invece] necessariamente una nozione relativa [...] una concezione storica e concreta della giustizia»<sup>92</sup>. Si tratterebbe di una specie di giustizia giuridica intesa come 'giustizia': «una nozione che rinvia non a concetti storici, ma a quell'esperienza spirituale collettiva che chiamiamo "cultura"»<sup>93</sup>.

Il *locus* più adatto per l'espressione giuridica dei sopra descritti principi di giustizia come giustizia sottintesi nei fondamenti culturali di una comunità politica è quello che Zagrebelsky chiama «la costituzione pluralista», ovvero, «un patto nel quale ciascuna delle parti in causa richiede e ottiene di inserire principi che corrispondono alle proprie aspirazioni di giustizia»<sup>94</sup>. Si tratta della «costituzionalizzazione dei principi di giustizia» attraverso la quale la composizione storico-concreta delle «diverse concezioni di giustizia, pluralisticamente registrate dalle costituzioni» trae i principi di giustizia come

---

<sup>90</sup> G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, cit., pp. 29-30. Cfr. anche ID., *Intorno alla legge*, cit., pp. 51-52.

<sup>91</sup> G. ZAGREBELSKY, *Intorno alla legge*, cit., p. 53.

<sup>92</sup> G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, cit., pp. 30-31.

<sup>93</sup> *Ivi*, p. 31.

<sup>94</sup> G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Torino, 1992, p. 128. In questo senso, Zagrebelsky parla di una simultanea «acculturazione della costituzione» e «costituzionalizzazione della cultura». Cfr. ID., *La legge e la sua giustizia*, cit., p. 236.

giustizia «dal campo del pregiuridico [inserendoli] come tali e pienamente nel diritto»<sup>95</sup>. Il fatto che «gli elementi formativi della definizione giuridica della giustizia siano oggi iscritti nelle costituzioni» viene interpretato da Zagrebelsky come una prova del superamento della «riduzione della giustizia alla legge»<sup>96</sup>. In modo simile a Ferrajoli, Zagrebelsky ritiene che il giuscostituzionalismo, con il suo inserimento dei principi di giustizia e dei diritti fondamentali nello «strato più alto di diritto», ha portato ad una «profonda trasformazione che coinvolge necessariamente perfino la concezione del diritto»<sup>97</sup>.

Per cogliere fino in fondo la specificità della proposta dottrinale di Zagrebelsky circa l'inserimento dell'idea di giustizia come giustizia nell'essere del diritto, nonché per comprendere la differenza tra la sua posizione e quella di Ferrajoli e Bobbio, occorre presentare l'insistenza di Zagrebelsky sull'argomento che il diritto possieda una duplice natura.

«L'idea che qui si difende si sottrae all'alternativa diritto formale – diritto sostanziale, perché è fondata sulla duplicità di natura del diritto. [...] Detto in altro modo: la polarità dei due campi giuridici – sostanziale e formale – non è una complicazione da semplificare [...] in vista di una concezione più “pura” [...] ma un dato costitutivo di cui rendersi consapevoli e un valore da preservare. [...] La doppia natura del diritto segna il modo di concepire e trattare ogni suo aspetto»<sup>98</sup>.

Secondo Zagrebelsky, dunque, occorre che «la pretesa di giustizia (o giustizia) sia considerata un elemento della definizione stessa del diritto»<sup>99</sup>. Il suo argomento in merito risulta piuttosto complesso e andrebbe valutato con la dovuta precisione per capirne la esatta collocazione nella mappa concettuale delle proposte giusfilosofiche. Un aspetto fondamentale della linea di argomentazione di Zagrebelsky si trova nella

---

<sup>95</sup> G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., pp. 126-129.

<sup>96</sup> *Ivi*, p. 127.

<sup>97</sup> *Ivi*, p. 39.

<sup>98</sup> G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, cit., p. 21.

<sup>99</sup> *Ivi*, p. 33.

sua critica del giuspositivismo, il quale, a suo avviso, riduce il 'diritto' alla 'legge' (fino ad una «riduzione al punto zero» di stampo kelseniano<sup>100</sup>), oppure configura (come fa, ad esempio, Bobbio) ogni connessione tra giustizia e diritto come «rapporto tra due sfere separate», per cui i positivisti parlano esclusivamente dell'estrinseca «moralità *del* diritto»<sup>101</sup>. Zagrebelsky, invece, tramite la proposta di doppia natura del diritto, promuove la sostenibilità di una «moralità *nel* diritto»<sup>102</sup>, cioè, l'intrinsecità della giustizia come giustezza sostanziale (la cui essenza sarebbe, a suo avviso, espressa dalla parola *ius*) *nel* diritto inteso al livello di validità puramente formale (*lex*)<sup>103</sup>. La distinzione tra Zagrebelsky e Ferrajoli sembra collocarsi nell'insistenza del primo sul seguente argomento: attraverso la costituzionalizzazione dei principi di giustizia e dei diritti fondamentali i «contenuti materiali pre-positivi vengono introdotti nel diritto», stabilendo così un'apertura strutturale alla dimensione sostanziale della giustizia come giustezza «che sta prima della legge o intorno ad essa»<sup>104</sup>. Mentre per Ferrajoli il dover essere costituzionalmente positivizzato comunque viene interamente spiegato, in ultima analisi, nelle categorie del diritto positivo, per Zagrebelsky le manifestazioni costituzionali di giustizia come giustezza necessariamente fondano un'apertura verso i «meta-principi del diritto», cioè, verso uno «strato normativo presupposto alle norme poste»<sup>105</sup>. I contenuti di quest'apertura, a suo avviso, denotano la presenza degli elementi non-positivi nel fenomeno giuridico, trasformando la natura di questo fenomeno in una tensione tra il polo formale (*lex*) e quello sostanziale (*ius*).

Zagrebelsky può certamente ritenere che il suo concetto di diritto sia spiegato essenzialmente a partire dalla sua duplice *ius-lex* natura, dove alcuni meta-principi di giustizia sostanziale «non scritti nella costituzione» sfuggono «i test di ricono-

---

<sup>100</sup> *Ivi*, p. 100.

<sup>101</sup> *Ivi*, p. 33.

<sup>102</sup> *Ibidem*.

<sup>103</sup> *Ivi*, pp. 34-41.

<sup>104</sup> *Ivi*, pp. 235-236.

<sup>105</sup> G. ZAGREBELSKY, *Intorno alla legge*, cit., pp. 108-111.

scimento e di validità formale», contenuti nella norma di riconoscimento di stampo hartiano, «ai quali sono normalmente poste le norme positive»<sup>106</sup>. Però, mi sembra che egli non abbia ragione quando afferma che «i criteri di validità» di elementi di giustizia come giustezza non scritti nelle costituzioni «possono essere solo materiali, attenendo al loro contenuto e non al loro modo di essere o alla procedura con la quale siano stati posti in essere»<sup>107</sup>. L'insieme del suo impianto teorico suggerisce che, in effetti, ci troviamo nuovamente di fronte ad una versione del positivismo debole di stampo hartiano. Tutte le ipotesi dell'inclusione degli elementi di giustezza sostanziale nei testi di Zagrebelsky sono sempre riconducibili ad una previa regola di riconoscimento che introduce tali elementi o comunque rinvia ad essi tramite un'esplicita apertura nel diritto positivo al livello costituzionale. Per questo, i summenzionati elementi della giustezza sostanziale non necessitano un test di validità formale *tout court*, bensì soltanto un primo rinvio formalmente positivizzato (ad esempio, quello al livello costituzionale), dopo il quale essi vengono valutati nell'orizzonte della loro logica sostanziale (ad esempio, dai giudici di un tribunale costituzionale)<sup>108</sup>. Inoltre, Zagrebelsky chiaramente afferma che «i principi stabiliti dalla Costituzione», i quali rinviano ai meta-principi non scritti di giustizia come giustezza, «non sono certo diritto naturale» e che «essi, al contrario, rappresentano *il massimo atto di orgoglio del diritto positivo*, in quanto costituiscono il tentativo di “positivizzare” quel che, per secoli, si era considerato appannaggio del diritto naturale, appunto: la determinazione della giustizia e dei diritti

---

<sup>106</sup> *Ivi*, pp. 110-111.

<sup>107</sup> *Ivi*, p. 110.

<sup>108</sup> Cfr. l'esplicita conferma di Hart che «la norma di riconoscimento può incorporare quale criterio di validità giuridica la conformità con principi morali e valori sostanziali» in H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, cit., p. 321. Il confronto con le tesi di Zagrebelsky, quindi, dimostra che quest'ultimo in realtà sostiene che sussista una regola di riconoscimento (ad esempio, al livello costituzionale) che inaugura come criterio di validità legale la conformità con quelli che egli chiama 'meta-principi non scritti' della giustizia come giustezza, collocati 'intorno' al diritto positivo.

umani»<sup>109</sup>. L'ulteriore conferma del suo positivismo debole si trova nella sua insistenza sulla connessione, in ultima analisi, puramente «contingente» – quindi, non necessaria o concettuale – tra il diritto e i principi morali contenuti nella concezione di giustizia come giustezza<sup>110</sup>.

Vorrei, però, proporre qui una tesi finora poco ponderata nella dottrina circa le ragioni sottostanti alla preferenza implicita di Zagrebelsky per il positivismo debole, come anche a quella più esplicita per l'argomento a favore della doppia natura del diritto. Sembra che egli sia assai aperto, certamente più di Bobbio e Ferrajoli, alla ricerca degli elementi di moralità presenti nell'essere del diritto. Quando, però, egli osserva l'essere del diritto dal punto di vista della domanda «dove sta il diritto»<sup>111</sup>, la risposta è decisamente molto più contenuta: il concetto di diritto viene descritto come un «prodotto», in ultima analisi artefattuale, «di una storia e di una cultura», i cui elementi essenziali – sia nella legge sia 'intorno' ad essa – convergono nel diritto positivo<sup>112</sup>. Ritengo che Zagrebelsky non intraveda la possibilità per la sussistenza di una giustizia giuridicamente rilevante che sia indipendente dal filtro del diritto positivo perché non riconosce che in essa, presa da sola, possa sussistere qualche elemento di autentica giuridicità. Questo è un motivo per cui anche il lato di giustezza sostanziale (*ius*) nel suo concetto di diritto di doppia natura deve comunque essere sempre riconosciuto come criterio giuridicamente rilevante da parte di una norma del diritto positivo (*lex*). Per quanto il suo approccio all'essenza del diritto sia aperto o dimostri una resistenza piuttosto 'debole' di fronte ai contenuti di una giustizia sostanziale, il fatto che questi contenuti non sono necessariamente strutturanti rispetto al concetto stesso di diritto e neppure giuridicamente autonomi dal riconoscimento del diritto positivo, chiaramente indica che la proposta di Zagrebelsky sia soltanto un'altra versione del positivismo giuridico.

---

<sup>109</sup> G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., p. 155. Enfasi mia.

<sup>110</sup> *Ivi*, p. 158.

<sup>111</sup> G. ZAGREBELSKY, *Intorno alla legge*, cit., p. 355.

<sup>112</sup> *Ivi*, pp. 355-357.

## 5. *Il ruolo di 'giustizia ontoesistenziale' nell'essenza del diritto in Sergio Cotta*

La giusfilosofia di Sergio Cotta delinea un approccio diverso dalle concezioni sul ruolo della giustizia nella strutturazione del diritto esposte sopra. La differenza principale riguarda appunto il tessuto ontologico e giuridico dell'idea di giustizia in Cotta, la quale assume delle proprietà metafisicamente più 'ricche' e più rilevanti in riferimento al suo ruolo nella concettualizzazione del diritto rispetto alle concezioni di giustizia dei summenzionati autori. Anzi, si potrebbe dire che in Cotta l'idea di giustizia modifica l'assetto ontologico del diritto fino al punto dove la giuridicità stessa di una norma legale almeno in parte dipende dalla sua conformità con i tratti essenziali di giustizia.

Il peculiare approccio giusfilosofico di Cotta parte dal presupposto che «il momento valutativo» del diritto ideale sia radicalmente presente nell'attività del giurista in riferimento all'identificazione e applicazione dell'aspetto fattuale e puramente descrittivo del diritto<sup>113</sup>. Cotta esplicitamente ammette<sup>114</sup> che una parte degli obbiettivi del suo approccio giusfilosofico coincide con il principale indirizzo della tradizione giuridica classica («che si sviluppa da Platone ed Aristotele fino a Kant») per la quale il diritto «è considerato *valore* perché fondamentalmente, nel suo principio e nella sua struttura, s'iden-

---

<sup>113</sup> S. COTTA, *Prospettive di filosofia del diritto*, Torino, 2014, pp. 39-49.

<sup>114</sup> «Bisogna rinnovare il quadro degli studi giuridici a partire da questa rivalutazione [dell'antico concetto del diritto come valore di giustizia]». S. COTTA, *Il diritto come sistema di valori*, Cinisello Balsamo (Milano), 2004, p. 50. «Nella giustizia, pertanto, il modo giuridico di vivere trova la sua possibilità di costituirsi e insieme il proprio valore. [...] Quella tradizione [classica] coglieva [...] un punto teoretico essenziale, e cioè che il concetto di legge implica quello di giustizia». ID., *Perché il diritto*, Brescia, 1983<sup>2</sup>, pp. 75, 83. «Questa concezione, propria del sentire comune e della filosofia classica, non è affatto errata a mio giudizio. La sua linea può venir ricondotta al seguente ragionamento, invero assai coerente: poiché la giustizia è un valore generalmente conosciuto nella sua capacità ordinatrice della convivenza, le regole che le si conformino partecipano del suo valore». ID., *Il diritto nell'esistenza. Linee di ontofenomenologia giuridica*, Milano, 1991<sup>2</sup>, p. 195.

tifica con la giustizia»<sup>115</sup>. Come Cotta correttamente nota, questa tradizione raggiunge il suo culmine in una specie di identificazione (o «reciproca convertibilità») del diritto con la giustizia nel pensiero di Tommaso d'Aquino, per il quale *ius* è la *ipsa res iusta*<sup>116</sup>. Preannunciando alcune idee centrali del suo approccio giusfilosofico, Cotta nella sua analisi dell'assetto dottrinale del giusnaturalismo tomista mostra di essere più interessato all'approfondimento della distinzione tommasiana tra l'aspetto descrittivo o formale della legge e la sua «essenza» o «virtuosità» in riferimento alla giustizia che al ragionamento dell'Aquinate circa la rilevanza giuridica dei beni morali<sup>117</sup>.

Collocata l'indagine sullo statuto giuridico dell'idea di giustizia al fulcro delle sue analisi, Cotta frequentemente descrive la connessione tra diritto e giustizia in termini di essenzialità, intraconcettualità ed intrinseca compenetrazione<sup>118</sup>. Raccolgendo i vari aspetti di connessione tra diritto e giustizia delineati nei suoi testi, si può dire che per Cotta la giustizia possiede almeno tre funzioni fondamentali nel suo ruolo strutturante rispetto al concetto di diritto. La prima funzione della giustizia nel suo rapportarsi con il diritto è quella teleologica, peraltro condivisa da Cotta anche con autori come Bobbio: la giustizia, in tutte le sue accezioni, costituisce la finalità ideale del diritto, mentre quest'ultimo rappresenta uno strumento particolarmente adatto per l'attuazione della giustizia<sup>119</sup>. La seconda funzione giuridicamente rilevante della giustizia concerne il suo essere un principio strutturale indispensabile per

---

<sup>115</sup> S. COTTA, *Il diritto come sistema di valori*, cit., p. 39. Enfasi mia.

<sup>116</sup> *Ibidem*.

<sup>117</sup> Cfr. ad esempio *ivi*, pp. 39-40.

<sup>118</sup> «La giustizia è l'elemento decisivo o essenziale del diritto: il modo giuridico di vivere esige concettualmente la giustizia». S. COTTA, *Perché il diritto*, cit., p. 83. «L'analisi della nozione di giustizia ha messo in più chiara luce [...] il nesso essenziale che lega ad essa il diritto». *Ivi*, p. 105. «Il senso comune percepisce il fenomeno giuridico in termini di giustizia [...]. Se si traduce in formula filosofica codesto convincimento, è lecito dire che per il senso comune la giustizia è l'essenza del diritto». ID., *Il diritto nell'esistenza*, cit., p. 21. «Il modo giuridico di vivere [...] trova dunque il proprio dover-essere nella giustizia strutturale. Questa è pertanto l'intima vita del diritto». ID., *Prospettive di filosofia del diritto*, cit., p. 149.

<sup>119</sup> S. COTTA, *Prospettive di filosofia del diritto*, cit., pp. 135-136.

l'attuazione di una norma di carattere universale e generale. Questo significa che, in ordine alla sua applicabilità, il contenuto di una norma legale *erga omnes* viene necessariamente attualizzato seguendo gli schemi comportamentali caratteristici della giustizia – ovvero, (1) ‘dando a ciascuno ciò che è suo’ (*ius suum cuique tribuendi*) e (2) ‘trattando in modo uguale gli uguali e in modo adeguatamente disuguale i disuguali’ – anche a prescindere dal criterio concreto e ultimo di determinabilità dei contenuti del *suum* e delle categorie di uguaglianza o diversità<sup>120</sup>. La terza funzione della giustizia in riferimento al diritto si spiega a partire da ciò che Cotta chiama giustizia «quale trascendentale della regola giuridica e fondamento della sua obbligatorietà»<sup>121</sup>. In poche parole, spetta alla giustizia rendere obbligatoria una norma legale proprio perché il suo ‘essere giusta’ costituisce una *ragione* (di carattere valutativo) *per agire* delle persone in conformità con la norma per motivi strutturali ‘interni’, che corrispondono ad alcune esigenze universali umane riconducibili all’idea della giustizia, e non per la sola paura della costrizione ‘esterna’ della minaccia di sanzione<sup>122</sup>.

L'impostazione cottiana della trilaterale essenzialità della giustizia rispetto al concetto di diritto necessita l'immediata

---

<sup>120</sup> «In parole molto semplici, si può dire che la condizione per cui una regola sia universalmente valida, tanto in termini di pensiero quanto in termini di effettività, è la giustizia. Secondo una tradizione antichissima, giustizia significa infatti dare a ciascuno il suo, rendergli ciò che gli spetta, e non recar danno ad alcuno; in tal senso è un principio applicabile universalmente. Questa può sembrare, tuttavia, una formula generica, dal significato troppo vago per essere di concreta applicazione. Ma scrutandola più a fondo, il suo significato risulta assai meno generico di quanto non apparisse a prima vista. Ognuno infatti avverte facilmente che, in una identica situazione, è giusto trattare tutti ugualmente, mentre in situazioni diverse è giusto trattare ciascuno secondo la diversità delle situazioni. [...] E pertanto [...] se il modo giuridico di vivere vuole corrispondere pienamente alla sua natura di vita secondo regola universale o universalizzabile, non può distaccarsi dalla giustizia». S. COTTA, *Perché il diritto*, cit., pp. 73, 108. Cfr. anche Id., *Prospettive di filosofia del diritto*, cit., p. 120; Id., *Il diritto nell'esistenza*, cit., p. 211.

<sup>121</sup> S. COTTA, *Il diritto nell'esistenza*, cit., p. 219.

<sup>122</sup> Cfr. S. COTTA, *Perché il diritto*, cit., p. 109; Id., *Il diritto nell'esistenza*, cit., p. 194; Id., *Prospettive di filosofia del diritto*, cit., pp. 120-121, 136.

risposta alla seguente domanda: le tre summenzionate funzioni di giustizia implicano necessariamente un richiamo tipicamente giusnaturalista della moralità sostanziale, ovvero, un richiamo dell'immediata rilevanza giuridica dei beni morali umani? La risposta di Cotta è assai peculiare e costituisce una specie di *via media* tra la semplice risposta positiva e quella negativa alla suddetta domanda. Da una parte, Cotta esprime in maniera molto chiara la sua comprensione che il dominio della giustizia costituisce un punto di connessione tra diritto e moralità<sup>123</sup> e che, quindi, il contenuto di questo dominio non è meramente formale, cioè, «non si limita a stabilire il rispetto di qualsiasi norma»<sup>124</sup>. D'altra parte, dai suoi testi si ricava altrettanto un chiaro distacco dalla concezione «empiricamente contenutistica» della giustizia, dove questa per una specie di automatismo coinciderebbe pienamente con gli aspetti di moralità sostanziale o con beni morali umani<sup>125</sup>. Cotta ritiene che la giustizia «non stabilisce direttamente delle prescrizioni» contenutistiche che traslocherebbero i beni della moralità sostanziale, così come sono, nel dominio della giuridicità, ma che essa, invece, statuisce alcuni «criteri» ben precisi e specifici «per giudicare e rettificare prescrizioni e comportamenti»<sup>126</sup>.

Quali sono, dunque, secondo Cotta, questi criteri caratteristici della giustizia attraverso i quali essa rende possibile la valutazione delle regole giuridiche in funzione del suo essere (1) la finalità ideale del diritto, (2) una parte dello *standard* della determinazione del *suum* che ciascuno deve a determinati titolari secondo una norma generale e (3) la ragione per agire interna che rende obbligatoria la regola giuridica? In più di uno dei suoi scritti, Cotta presenta gli elementi essenziali e strutturali che specificano l'idea di giustizia e che, quindi, de-

---

<sup>123</sup> «Ebbene, se cade la separazione del diritto dalla giustizia e torna ad affermarsi il principio *ius quia iustum*, come ho cercato di dimostrare, allora è evidente che il diritto rientra nella moralità, poiché la giustizia è certamente un valore morale». S. COTTA, *Perché il diritto*, cit., p. 109.

<sup>124</sup> S. COTTA, *Il diritto nell'esistenza*, cit., p. 217.

<sup>125</sup> Cfr. *ibidem*. Vedi anche S. COTTA, *Prospettive di filosofia del diritto*, cit., p. 149.

<sup>126</sup> S. COTTA, *Il diritto nell'esistenza*, cit., p. 217.

terminano anche il suo ruolo specifico nella concettualizzazione del diritto<sup>127</sup>. Cercherò di elencarli qui, riassumendo il loro contenuto. Il primo elemento è quello della parità ontologica delle parti nei rapporti di giustizia a causa della loro comune e uguale qualità (o dignità) personale. Potrebbe essere molto facile equivocare l'origine assiologica di questo elemento e perciò occorre precisare che esso, per Cotta, non deriva direttamente dai presupposti spiegabili in termini di moralità sostanziale; si tratta invece di una condizione necessaria che rende possibile la stessa giustizia: «non v'è giustizia se gli individui del medesimo livello ontologico non si riconoscono come tali e non si trattano di conseguenza»<sup>128</sup>. Il secondo elemento, quello della simmetria, consiste nel rispetto del principio secondo il quale ciò che una persona rivendica per sé in una data situazione deve essere riconosciuto a qualsiasi altra persona nella medesima situazione. Il terzo elemento è la necessaria strutturale corrispondenza tra diritti e doveri: «si ha diritto del soggetto secondo giustizia quando non vi è libertà di sottrarsi o di opporsi al suo esercizio da parte di altri, ma vi è il dovere di rispettarlo e di accettarne le conseguenze»<sup>129</sup>. Il quarto elemento consiste nell'adeguatezza del reciproco rapportarsi delle azioni: a ciascuno occorre dare ciò che è suo e quindi l'uguale in ciò in cui si è uguali o proporzionale in ciò in cui si è diversi – purché si tenga in considerazione il principio supremo dell'uguaglianza che proviene dalla parità ontologica delle persone. Il quinto elemento è il rispetto universale del giusto: anche se il giusto concreto sia circoscritto ad un contesto particolare, esso ha validità valutativa della giustizia *erga omnes* nella misura in cui è conforme agli altri elementi di giustizia. Il sesto e l'ultimo elemento è quello dell'imparzialità del giudizio.

In Cotta, quindi, l'idea di giustizia non coincide con quella puramente formale né con quella sostanziale, ma in-

---

<sup>127</sup> S. COTTA, *Perché il diritto*, cit., pp. 106-108; ID., *Il diritto nell'esistenza*, cit., pp. 212-217; ID., *Prospettive di filosofia del diritto*, cit., pp. 146-149.

<sup>128</sup> S. COTTA, *Il diritto nell'esistenza*, cit., p. 212.

<sup>129</sup> *Ivi*, p. 214.

vece viene da lui definita come giustizia «strutturale»<sup>130</sup> o «ontoesistenziale»<sup>131</sup>. La prima denominazione ('strutturale') ci informa che il contenuto ontologico, morale o comune valutativo che la giustizia introduce nella realtà relazionale umana, inserendolo anche nell'essere del diritto, ha la sua origine nella struttura «oggettiva»<sup>132</sup> dell'idea stessa della giustizia e non in quella oggettività che sia esclusivamente collegata con la moralità sostanziale. La seconda denominazione ('ontoesistenziale') dimostra che la descrizione del ruolo funzionale della giustizia nella concettualizzazione del diritto rappresenta una chiara manifestazione dell'intero progetto giusfilosofico cottiano, spiegabile in termini della sua ricerca del «posto» che l'essere del diritto «occupa nell'esistenza umana»<sup>133</sup> e dei modi in cui si può affermare che «la fenomenologia (del diritto) esige di venir prolungata nella chiarificazione dell'ontologia dell'uomo»<sup>134</sup>.

A questo punto occorre presentare la visione cottiana dell'essenza del diritto, ovvero, la sua risposta alla domanda circa il fenomeno al quale viene circoscritto il dominio del diritto. Nonostante il fatto che Cotta evidenzia un pluriforme ancoraggio del fenomeno giuridico nell'ontologia e nell'esistenza delle persone umane, egli comunque rimane sempre coerente nella sua posizione che l'essere del diritto viene per eccellenza connesso con il fenomeno della regola giuridica intesa come artefatto umano<sup>135</sup>. Si potrebbe perciò in un primo momento concludere che per Cotta l'essere del diritto sia essenzialmente circoscritto alla norma legale e che sullo sfondo

---

<sup>130</sup> S. COTTA, *Prospettive di filosofia del diritto*, cit., p. 149.

<sup>131</sup> S. COTTA, *Il diritto nell'esistenza*, cit., p. 217.

<sup>132</sup> S. COTTA, *Perché il diritto*, cit., p. 108.

<sup>133</sup> S. COTTA, *Il diritto nell'esistenza*, cit., p. 3.

<sup>134</sup> *Ivi*, p. 18. Cfr. anche S. COTTA, *Prospettive di filosofia del diritto*, cit., p. 54.

<sup>135</sup> Tra molti argomenti che presentano l'indirizzo cottiano di pensare al diritto come una realtà sempre in ultima analisi riconducibile alla regola, forse il più incisivo è questo: «principio costitutivo della coesistenza giuridica è la regola». S. COTTA, *Il diritto nell'esistenza*, cit., p. 145. Cfr. anche *Id.*, *Perché il diritto*, cit., pp. 75, 77; *Id.*, *Il diritto nell'esistenza*, cit., pp. 11, 43, 46, 60-61, 64, 233; *Id.*, *Prospettive di filosofia del diritto*, cit., p. 114.

di questo quadro teorico egli ritenga che la giustizia costituisce un punto di vista valutativo interno al concetto di diritto, fino a dire che per lui l'essere del diritto abbia una doppia natura descrittivo-valutativa. Questa conclusione sembra essere corroborata anche dalla sua convinzione che il diritto positivo debba necessariamente corrispondere ad un indirizzo valutativo giusnaturalista, nel senso lato del termine, comprendente una serie di valori coesistenziali inerenti alla natura sociale dell'uomo<sup>136</sup>.

D'altra parte, però, l'argomento cottiano che una norma legale valida può essere ritenuta autenticamente *giuridica* soltanto se si possa verificare che essa sia conforme ai valori legati alla giustizia<sup>137</sup> sembra indicare che Cotta ritenga che ci possa essere qualche elemento di vera giuridicità irriducibile al diritto positivo e intrinsecamente connesso con l'idea di giustizia. Ad esempio, una norma carente nella giustizia (*qua* condizione di giuridicità) a causa del fatto che il suo contenuto radicalmente contraddice la parità ontologica dei destinatari (*qua* elemento essenziale di giustizia) sembra che sia ritenuta da Cotta allo stesso tempo (1) valida al livello formale e (2) non giuridica al livello valutativo. Il fatto che Cotta colloca il criterio valutativo della giuridicità di una norma legale nell'ambito di giustizia eccedente il diritto positivo (a differenza di Bobbio, Ferrajoli e Zagrebelsky) potrebbe indicare che per lui l'uguale dignità delle persone sia ritenuta un valore che possieda delle proprietà di giuridicità già in quanto elemento di giustizia, anche a prescindere dal diritto positivo o dalla regola di riconoscimento di tale diritto. In questo caso, Cotta sarebbe un rappresentante di quel secondo approccio all'essere del diritto delineato nell'introduzione, cioè, un sostenitore della tesi secondo la quale gli elementi di giuridicità si possono trovare anche nel dominio dell'idea di giustizia, all'infuori della norma legale positiva e della regola di riconoscimento della validità di tale norma.

---

<sup>136</sup> S. COTTA, *Il diritto nell'esistenza*, cit., pp. 219-256.

<sup>137</sup> *Ivi*, pp. 195, 233. Cfr. anche S. COTTA, *Perché il diritto*, cit., pp. 83-84.

## 6. *Conclusion*

L'analisi degli argomenti di quattro autori trattati in questo articolo ci porta alla conclusione che l'appartenenza di ciascuno di essi ad uno dei due approcci fondamentali al fenomeno giuridico diventa particolarmente evidente mediante un'analisi dell'idea di giustizia sostenuta da quell'autore e del ruolo di quest'idea nella strutturazione del concetto di diritto. Questa conclusione dimostra che lo studio dell'idea di giustizia nella filosofia del diritto non rappresenta una questione a margine della concettualizzazione del diritto e neppure una mera conseguenza della descrizione del fenomeno giuridico. Anzi, l'indagine circa l'idea di giustizia nei quattro autori qui presentati ha evidenziato che lo stesso concetto di diritto è stato in qualche maniera strutturato nei suoi aspetti essenziali dalla loro comprensione di giustizia. Queste conclusioni sembrano confermare l'osservazione di John Gardner che «l'idea dell'interconnessione tra diritto e giustizia è così profondamente insita nella nostra coscienza al punto che rischia quasi di non attirare alcuna attenzione critica»<sup>138</sup>. Spero, invece, che il presente studio abbia confermato che questa interconnessione merita di essere l'oggetto di una maggiore attenzione critica, come anche il fulcro di un più ampio progetto giusfilosofico di ricerca.

---

<sup>138</sup> J. GARDNER, *Law as a Leap of Faith. Essays on Law in General*, Oxford, 2012, p. 238.

**PETAR POPOVIĆ, Il ruolo della giustizia nella strutturazione del concetto di diritto in Bobbio, Ferrajoli, Zagrebelsky e (d'altra parte) Cotta**

L'articolo esamina il ruolo dell'idea di giustizia nella strutturazione del concetto di diritto in quattro autori appartenenti al contesto italiano della filosofia del diritto: Norberto Bobbio, Luigi Ferrajoli, Gustavo Zagrebelsky e Sergio Cotta. Lo scopo di questo esame consiste nella verifica che l'idea di giustizia non è una questione giusfilosofica marginale nell'itinerario verso la determinazione del concetto di diritto, ma invece una pista dottrinale che fornisce spiegazioni considerevoli dell'opzione preferenziale per una concreta visione dell'essenza del diritto. In ciascuno dei quattro filosofi del diritto, scelti in base allo spazio notevole che dedicano all'idea di giustizia nei loro scritti, si analizza la concezione di giustizia elaborata nei loro testi, poi si studia il modo in cui essi concepiscono la rilevanza giuridica della giustizia, e infine si espone la loro visione dell'essenza del diritto. Questo percorso argomentativo risulta particolarmente adatto per evidenziare che il concetto di diritto di ciascun autore è notevolmente condizionato dalla sua idea di giustizia e dalla visione circa la rilevanza giuridica di quest'idea. In più, lo stesso percorso ci permette di collocare la giusfilosofia di ciascun autore in uno dei due approcci generali alla conoscenza e descrizione dell'essere di diritto, cioè, o tutto il diritto è essenzialmente diritto positivo (primo approccio), oppure gli elementi di giuridicità, connessi con l'idea di giustizia, sussistono anche all'infuori del diritto positivo (secondo approccio).

**Parole chiave:** diritto, giustizia, Bobbio, Ferrajoli, Zagrebelsky, Cotta.

**PETAR POPOVIĆ, The Role of Justice in the Structure of the Concept of Law in Bobbio, Ferrajoli, Zagrebelsky and (Alternatively) Cotta**

The article analyzes the idea of justice in the structure of the concept of law in the thought of four authors who belong to the Italian legal-philosophical context: Norberto Bobbio, Luigi Ferrajoli, Gustavo Zagrebelsky and Sergio Cotta. The scope of this analysis is to verify that the idea of justice is not a marginal legal-philosophical question *en route* to the determination of the concept of law, but rather a particularly suitable argumentative way to explain the preferential option for a concrete vision of the essence of the juridical phenomenon

in a particular legal-philosophical account. The texts of each of the four authors, chosen on account of their distinguished theoretical attention to the idea of justice, are analyzed, first, from the viewpoint of the conception of justice they endorse, second, from the standpoint of the juridical relevance they ascribe to justice, and, third, from the perspective of the essence of law they propose. This line of argument is considered to be particularly adequate for showing that the concept of law endorsed by each author may be said to be significantly conditioned by his idea of justice and its juridical relevance. Moreover, the same line of reasoning permits us to position the legal-philosophical account of each author in one of the two general approaches to the cognition and description of the nature of law; namely, either all law is essentially positive law, or some elements of juridicity, connected with the idea of justice, exist even outside of the realm of positive law.

**Key words:** law, justice, Bobbio, Ferrajoli, Zagrebelsky, Cotta.