



FRANCESCO RIMOLI\*

## GIUSTIZIA COME “FORMULA DI CONTINGENZA” E SOCIETÀ NEOLIBERALE: CONSIDERAZIONI BREVI\*\*

---

**Abstract [It]:** Il saggio, partendo dalla relatività storica ed etica del concetto di giustizia, esamina le connotazioni contingenti e i profili funzionali del medesimo nel quadro della società neoliberale.

**Abstract [En]:** Starting from the historical and ethical relativity of the concept of justice, the essay examines its current connotations and functional profiles within the framework of neoliberal society.

**Parole chiave:** Giustizia; Eguaglianza; Neoliberalismo.

**Keywords:** Justice; Equality; Neoliberalism.

---

**SOMMARIO:** 1. La giustizia come fine-valore del diritto e come concetto vuoto. – 2. La giustizia nell’approccio funzional-strutturalista di Niklas Luhmann. – 3. Giustizia ed eguaglianza nella società neoliberale. – 4. Può una società definirsi “giusta”?

---

\* Professore ordinario di Diritto costituzionale e pubblico – Università di Roma Tre.

\*\* Contributo sottoposto a *peer review*. Il presente studio è destinato agli *Scritti in onore di Giovanni Serges*.

## 1. La giustizia come fine-valore del diritto e come concetto vuoto

**A**nzi tutto, una premessa: questo breve scritto non ha alcuna intenzione di affrontare in modo esaustivo un tema vasto e impervio come quello del ruolo e del contenuto dei concetti di giustizia ed eguaglianza nello spazio di poche pagine<sup>1</sup>. Sarebbe questa una pretesa assurda, per non dire una follia, del suo autore. L'intento è dunque assai più modesto, ed è quello di esaminare alcuni profili specifici dei concetti medesimi entro una prospettiva particolare, come quella della teoria dei sistemi, e di adombrare i tratti di una possibile collocazione di tale approccio nell'attuale società neoliberale<sup>2</sup>.

È appena il caso di ricordare che la riflessione sul concetto di giustizia, nella sua stretta connessione con quello di eguaglianza<sup>3</sup>, occupa fin dall'antichità il pensiero dei filosofi, che tuttora continuano a lavorare su un tema di fatto inesauribile: da Aristotele a Ross, da Walzer a Höffe, da Rawls a Sen, si sono moltiplicati i tentativi di dominare un'astrazione che in etica è tanto centrale quanto sfuggente<sup>4</sup>.

Quanto ai giuristi, pur coinvolti in prima linea nelle ricadute concrete del concetto, ancora alla fine degli anni Cinquanta dello scorso secolo Norberto Bobbio scriveva che «chi ha familiarità coi testi classici del pensiero giuridico, si stupisce che una nozione fondamentale come quella di giustizia sia stata, in tutti i tempi, così poco analizzata, tanto che, se si volesse raccogliere in

<sup>1</sup> Una sintesi del tema si può comunque leggere in C. DE PASCALE, *Giustizia*, il Mulino, Bologna, 2009, nonché in C. DEL BÒ, *La giustizia. Un'introduzione filosofica*, Carocci, Roma, 2022; G. DEL VECCHIO, F. VIOLA, voce *Giustizia*, in *Enciclopedia filosofica*, VII, RCS-Bompiani, Milano 2010, 4873 ss.; F.E. OPPENHEIM, *Giustizia*, in N. BOBBIO, N. MATTEUCCI, G. PASQUINO (a cura di), *Dizionario di politica*, Tea, Torino, 1990, 445 ss.; O. HÖFFE, *Giustizia (teorie della)*, in *Enciclopedia del Novecento*, II Supplemento, Ist.enc.it.-G. Treccani, Roma, 1998; per profili specifici D. QUAGLIONI, *La giustizia nel Medioevo e nella prima età moderna*, il Mulino, Bologna, 2004; più ampiamente, A. MACINTYRE, *Giustizia e razionalità* (tit.or. *Whose Justice? Which Rationality?*, 1988), tr.it., 2 volumi, Anabasi, Milano, 1995.

<sup>2</sup> Sul tema rinvio anche a F. RIMOLI, *Appunti sui profili sistemico-funzionali del principio di eguaglianza (considerazioni brevi su un saggio di Niklas Luhmann)*, in *Italian Papers on Federalism* ([www.ipof.it](http://www.ipof.it)), n. 1/2024.

<sup>3</sup> Che è nelle carte costituzionali contemporanee, con il corollario del criterio di ragionevolezza, la traduzione positiva del principio di giustizia: sui due commi dell'art.3 della Costituzione italiana e sul criterio suddetto si vedano, per tutti, B. CARAVITA, *Oltre l'eguaglianza formale. Un'analisi dell'art.3 comma 2 della Costituzione*, Cedam, Padova, 1984; G. SCACCIA, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2000; F. MODUGNO, *Ragione e ragionevolezza*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2009; F. SORRENTINO, *Dell'eguaglianza*, Mucchi, Modena, 2014; M. DOGLIANI, C. GIORGI, *Art.3 – Costituzione italiana*, Carocci, Roma, 2017.

<sup>4</sup> Il paradigma aristotelico, secondo cui bisogna trattare casi eguali in modo eguali e casi diseguali in modo diseguale (ARISTOTELE, *Etica nicomachea*, V, 1131 a, 20-25, ed. a cura di M. Zanatta, Rizzoli, Milano, I, 337) è un riferimento comune a molte interpretazioni della giustizia, e innumerevoli sono i suoi sviluppi e le sue declinazioni; ma il tema è già presente in PLATONE, *La Repubblica*, lib. I, X ss. e lib. II, I ss. (ed. a cura di G. Lozza, A. Mondadori, Milano, 2009, 35 ss. e 93 ss.). È ovviamente impossibile qui affrontare anche sommariamente l'enorme mole di studi accumulatisi nei secoli sul tema della giustizia: per i tempi più recenti, è tuttavia d'obbligo il richiamo almeno alle diverse impostazioni di A. ROSS, *Diritto e giustizia* (1958), tr.it., Einaudi, Torino, 1990, spec. 253 ss.; H.L.A. HART, *Il concetto di diritto* (1961), tr.it., Einaudi, Torino, 1991, spec. 182 ss.; J. RAWLS, *Una teoria della giustizia* (1971, 1999<sup>2</sup>), tr.it. Feltrinelli, Milano, 2008; ID., *Liberalismo politico* (1993), tr.it. Ed. di Comunità, Milano, 1994, 99 ss., 170 ss. e *passim*; ID., *Giustizia come equità. Una riformulazione* (2001), tr.it., Feltrinelli, Milano, 2002; R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio* (1977-78), tr.it. il Mulino, Bologna, 2010<sup>2</sup>, spec.223 ss.; ID., *Dopo la virtù. Teoria dell'eguaglianza* (2000), tr.it. Feltrinelli, Milano, 2002; M.J. SANDEL, *Il liberalismo e i limiti della giustizia* (1982), tr.it. Feltrinelli, Milano, 1994; ID., *Giustizia. Il nostro bene comune* (2009), tr.it., Feltrinelli, Milano, 2020; M. WALZER, *Sfere di giustizia* (1983), tr.it., Feltrinelli, Milano, 1987; O. HÖFFE, *Giustizia politica. Fondamenti di una filosofia critica del diritto e dello Stato* (1987), tr.it., il Mulino, Bologna, 1995; B. BARRY, *Teorie della giustizia* (1989), tr.it., il Saggiatore, Milano, 1996; A. HELLER, *Oltre la giustizia* (1990), tr.it., Roma, 2024; A. SEN, *La diseguaglianza* (1992), tr.it., il Mulino, Bologna, 1994; ID., *L'idea di giustizia* (2009), tr.it., A. Mondadori, Milano, 2010. La riflessione si è poi focalizzata anche su aspetti più specifici delle diversità, anche rispetto agli esseri viventi non umani: su questi temi M. NUSSBAUM, *Le nuove frontiere della giustizia. Disabilità, nazionalità, appartenenza di specie* (2006), tr.it., il Mulino, Bologna, 2007.

antologia (e ne varrebbe la pena), le analisi più celebri, da Platone in poi, non ci sarebbe certamente bisogno di un ponderoso volume»<sup>5</sup>. In effetti, con poche rilevanti eccezioni<sup>6</sup>, la dottrina giuridica, forse proprio per la consapevolezza dell'impalpabilità del concetto, non si era troppo diffusa nella sua disamina teorica, preferendo piuttosto una riflessione sul momento applicativo del canone di giustizia, ossia sull'evolversi dei criteri operativi giurisprudenziali inerenti soprattutto all'attuazione del principio di eguaglianza, interpretato progressivamente come criterio di ragionevolezza.

Come detto, non può essere questa la sede per una ricognizione delle classificazioni categoriali operate di tempo in tempo dagli autori citati per tentare di dare concretezza a un fine-valore che è in realtà costruito più su un'aspirazione che su un concetto reale:

ancor più del connesso concetto di eguaglianza, quello di giustizia, nelle sue varie declinazioni (formale, materiale, commutativa, distributiva, sociale, politica e così via) si presta a essere riempito di contenuti affatto diversi, potendo così essere utilizzato come egregio strumento di legittimazione di opzioni e decisioni anzitutto politiche, ossia di affermazione delle ideologie più varie (si pensi alla forte connotazione ideologica di certe interpretazioni della giustizia distributiva)<sup>7</sup>.

Le categorie in tal senso elaborate, o gli strumenti costruiti per rendere l'applicazione del canone di giustizia più plausibile sul piano logico (primo tra tutti l'astratto quanto irrealistico "velo di ignoranza" della posizione originaria su cui si basa l'influente trattazione di Rawls, pietra di paragone di molte delle riflessioni contemporanee)<sup>8</sup> non riescono a celare l'intrinseca e strutturale relatività assiologica dell'idea di giustizia, connotata di tempo in tempo, in società la cui configurazione è variata in modo anche radicale, da paradigmi diversi e talora tra loro opposti, nonché declinata talora in relazione a una definizione di interessi concreti piuttosto che in base a principi astratti<sup>9</sup>. Si pensi, in proposito, alla distanza che corre tra le società arcaiche segmentarie,

<sup>5</sup> N. BOBBIO, *Prefazione* a CH. PERELMAN, *La giustizia* (1945), tr.it., Giappichelli, Torino, 1958, 1.

<sup>6</sup> Tra le quali anzitutto quelle costituite dalle riflessioni di H. KELSEN, *Il problema della giustizia* (1960), tr.it., Einaudi, Torino, 1973 (il testo fu pubblicato dall'autore come appendice alla seconda edizione della *Dottrina pura del diritto*); ID., *Che cos'è la giustizia? Lezioni americane* (1952-62), tr.it., Quodlibet, Macerata, 2021, spec. 75 ss.; in Italia, emergono le ben diverse riflessioni di G. DEL VECCHIO, *La giustizia*, Studium, Roma, 1946.

<sup>7</sup> Così H. KELSEN, *Che cos'è la giustizia?* (1952), in ID., *Che cos'è la giustizia?*, cit., 77 ss., afferma che la giustizia assoluta è un ideale irrazionale, ossia «un'illusione, - una delle eterne illusioni dell'umanità», poiché «dal punto di vista della conoscenza razionale, vi sono soltanto interessi degli esseri umani: dunque conflitti d'interesse», che possono risolversi o soddisfacendo l'uno a scapito dell'altro, o trovando un compromesso tra gli interessi in conflitto: ma «non è possibile dimostrare che soltanto una di queste due soluzioni è giusta. In certe condizioni è giusta l'una, in altre condizioni può essere giusta l'altra» (ivi, 96). Sulla giustizia distributiva, per prospettive affatto diverse, si vedano J. RAWLS, *Una teoria*, cit., 26 ss. e 75 ss.; ID., *Giustizia*, 55 ss.; in una prospettiva pluralistica, M. WALZER, *Sfere*, cit., 15 ss.; in una comunitarista, M.J. SANDEL, *Il liberalismo*, cit., 79 ss.; in relazione alla teoria dello "Stato minimo", R. NOZICK, *Anarchia, Stato e utopia* (1974), tr.it. il Saggiatore, Milano, 2000, 163 ss. Un discorso a parte, qui non affrontabile, meriterebbe la complessa riflessione sul concetto di giustizia operata da J. DERRIDA, *Forza di legge. Il "fondamento mistico dell'autorità"* (1994), tr.it., Bollati Boringhieri, Torino, 2003, 49 ss.

<sup>8</sup> J. RAWLS, *Una teoria*, cit., 38 ss. e 142 ss.; ID., *Giustizia*, cit., 19 e 91 ss. (48 ss. sul contenuto dei due principi fondamentali di giustizia in forma riveduta rispetto alla *Teoria* del 1971); rileva i limiti della posizione originaria, tra gli altri, A. SEN, *L'idea*, cit., 147 ss. Ma le classificazioni sono ovviamente assai varie: così, tra molti, A. ROSS, *op.cit.*, 254 ss., esemplifica il trattamento di casi diversi in modo diverso usando diversi criteri (dunque si può dare a ciascuno secondo il merito, il lavoro, il bisogno, la capacità, il rango e la condizione); A. HELLER, *op.cit.*, 21 ss., 79 ss., 163 ss., 210 ss., distingue un concetto formale, uno etico-politico, uno dinamico e uno sociopolitico di giustizia.

<sup>9</sup> Peraltro, anche la prospettiva utilitaristica classica trova un momento critico nell'idea di giustizia: così Jeremy Bentham lega la giustizia al principio di utilità, connesso al calcolo del dolore e del piacere: «La natura ha posto il genere umano sotto il dominio di due supremi padroni: il dolore e il piacere. Spetta ad essi soltanto indicare quel che dovremmo fare, come anche determinare quel che faremo. Da un lato il criterio di ciò che è giusto o ingiusto, dall'altro la catena delle cause e degli effetti

quelle stratificate dell'età premoderna e quelle funzionalmente differenziate della tarda modernità<sup>10</sup>, ma si pensi anche a quanto delle seconde sopravvive nell'ordine castale tuttora presente in certi Paesi, entro un quadro globale caratterizzato da una cogente omologazione sistemico-funzionale da un lato, e da una variegata asincronia culturale dall'altro<sup>11</sup>. Si pensi, anche, alla dimensione psicologica del sentimento di giustizia, esaminata da chi ha individuato più stadi nello sviluppo morale del bambino e dell'uomo<sup>12</sup>.

Non esiste, in altre parole, alcuna possibilità di tracciare una definizione universalmente plausibile della giustizia, né sul piano stipulativo astratto (formale)<sup>13</sup>, né tanto meno su quello operativo concreto (materiale). La giustizia si presenta piuttosto come un fine-valore astratto, infinitamente variabile, e dunque come un concetto vuoto di contenuti determinabili *a priori*<sup>14</sup>, oppure come un mero riferimento alla legalità, intesa nel senso del diritto positivo (ossia, “è giusto

---

sono legati al loro trono». Il principio di utilità «è quel principio che approva o disapprova qualunque azione a seconda della tendenza che essa sembra avere ad aumentare o diminuire la felicità di quella parte il cui interesse è in questione; o, che è lo stesso concetto in altre parole, a seconda della tendenza a promuovere tale felicità o a contrastarla»; ciò riguarda le azioni del privato cittadino, ma anche «ogni provvedimento di governo» (J. BENTHAM, *Introduzione ai principi della morale e della legislazione* [1823<sup>2</sup>], I, 1-2, tr.it., Utet, Milano, 2017, 65; sui profili applicativi della concezione benthamiana della giustizia, F. FERRARO, *Jeremy Bentham e la procedura giudiziaria*, in *Diritto & questioni pubbliche*, n.9/2009, 453 ss.). Per J.S. MILL, *L'utilitarismo* (1861), tr.it., SugarCo, Milano, 1991, «È sempre stato chiaro che tutti i casi di giustizia sono anche casi di convenienza: la differenza sta nel sentimento peculiare associato alla prima, in quanto contraddistinta dalla seconda. Se questo sentimento caratteristico è stato sufficientemente considerato; se non vi è necessità di presumere alcuna sua origine peculiare; se è semplicemente il sentimento naturale di rancore, moralizzato rendendolo coestensivo alle esigenze del bene comune; e se tale sentimento non solo esiste, ma dovrebbe esistere in tutte le categorie di casi a cui corrisponde l'idea di giustizia – allora questa idea non rappresenta più di per sé un ostacolo all'etica utilitaristica» (ivi, 118).

<sup>10</sup> Su società segmentarie, stratificate e funzionalmente differenziate, in sintesi, N. LUHMANN, R. DE GIORGI, *Teoria della società*, FrancoAngeli, Milano, 2003<sup>11</sup>, 260 ss., 281 ss. e 302 ss.

<sup>11</sup> Ma anche nella società liberale borghese le diseguaglianze erano infine giustificate alla luce dei meriti, sicché «le differenze sociali, compresa l'indigenza individuale, non erano escluse dal sistema delle libertà individuali, ma erano riconducibili al fallimento personale e in questo senso non venivano percepite come ingiuste» (così D. GRIMM, *Il futuro della costituzione*, in G. ZAGREBELSKY, P.P. PORTINARO, J. LUTHER (a cura di), *Il futuro della costituzione*, Einaudi, Torino, 1996, 129 ss. (cit. a p. 131).

<sup>12</sup> Il riferimento è agli studi di Jean Piaget, che nello sviluppo infantile distingue una giustizia retributiva, più arretrata e fondata su ricompense o punizioni, da una distributiva, propria di una percezione più avanzata e basata sull'equa ripartizione di risorse comuni (si veda J. PIAGET, *Il giudizio morale nel bambino* [1969<sup>2</sup>], tr.it. Giunti, Firenze, 2010 [ed. digitale], spec. 201 ss.), e di Lawrence Kohlberg, che traccia tre livelli (ciascuno a due stadi) nello sviluppo individuale del ragionamento morale (pre-convenzionale, convenzionale e post-convenzionale), cui corrispondono altrettante percezioni della morale e della giustizia (L. KOHLBERG, *The Psychology of Moral Development: the Nature and Validity of Moral Stages*, Harper & Row, San Francisco, 1984, *passim*, ma spec. a pp.621 ss. l'appendice sulla valutazione della giustizia; sui livelli di Kohlberg ragiona anche J. HABERMAS, *Etica del discorso* [tit.or. *Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln*, 1983], tr.it., Laterza, Roma-Bari, 1993, 127 ss.; ID., *Teoria della morale* [tr.it. di *Erläuterungen zur Diskursethik*, 1991], Laterza, Roma-Bari, 1994 spec. 49 ss. sullo “stadio 6”). Muove critiche alla teoria di Kohlberg, dalla prospettiva della *care ethics* di matrice femminista, C. GILLIGAN, *Con voce di donna. Etica e formazione della personalità* (1982, tit.or. *In a Different Voice. Psychological Theory and Womens's Development*, 1982), tr.it., Feltrinelli, Milano, 1987; per una declinazione cattolica della *care ethics* nella letteratura italiana, L. PALAZZANI, *Cura e giustizia. Tra teoria e prassi*, Studium, Roma, 2017, spec. 57 ss. sul rapporto tra teorie della giustizia e della cura; con altra prospettiva, E. PULCINI, *Tra cura e giustizia. Le passioni come risorsa sociale*, Bollati Boringhieri, Torino, 2020. Per una critica alle teorie della cura, che pure si occupano spesso del nostro tema, rinvio a F. RIMOLI, *Etica della cura, diritto e giustizia. Una prospettiva plausibile?*, in M.P. PATERNÒ (a cura di), *Cura dell'Altro. Interdipendenza e disuguaglianza nelle democrazie contemporanee*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, 243 ss.

<sup>13</sup> Se ne veda una formulazione in CH. PERELMAN, *op.cit.*, 31 ss.

<sup>14</sup> Rileva il carattere vuoto delle formule di giustizia come “a ciascuno il suo”, ovvero “il bene per il bene, il male per il male”, H. KELSEN, *Che cos'è la giustizia?*, cit., 90 ss.; G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, il Mulino, Bologna, 2008, negata la configurabilità di una concezione filosofica, razionale o naturale, “assoluta” della giustizia, rileva come anche le concezioni della giustizia formale, ossia quella della formula “*unicuique suum*”, finiscono con l'essere inutili, giacché «se sono assolute, sono vuote; se fossero piene di contenuto, sarebbero relative e varrebbero per uno, ma non necessariamente per altri, cioè sarebbero storicamente variabili e relative a determinate situazioni sociali e culturali», lasciando indeterminato il punto più rilevante, ossia cosa sia il “*suum*”, il merito o il bisogno (ivi, 29 ss.).

ciò che la legge stabilisce”, *ius quia iussum*)<sup>15</sup>, o ancora nell’elusivo e strumentale impiego del diritto naturale come metro di valore del giusto (*ius quia iustum*, laddove il giusto è anzitutto definito a un livello pre- e metapositivo)<sup>16</sup>.

Non a caso, le riflessioni sul tema muovono sovente dall’esame di casi concreti, in cui le circostanze specifiche, nella variabile combinazione tra giustizia, eguaglianza e tutela dei diritti, forniscono (in apparenza) strumenti e percorsi di giustificazione della singola decisione<sup>17</sup>, seppur in una complicata alchimia di concetti indeterminati (ragionevolezza, proporzionalità, etc.) che in realtà sposta ma non risolve i problemi di fondazione e legittimazione, e soprattutto non può celare più di tanto l’intrinseca soggettività (se non arbitrarietà) delle valutazioni del decisore<sup>18</sup>.

La stessa evoluzione del processo di differenziazione del diritto rispetto agli altri sottosistemi del sistema sociale rende conto, infine, dell’impossibilità di delineare un contenuto comune del concetto di giustizia, intriso di connotazioni morali, all’interno di un contesto che sia davvero assiologicamente condiviso in senso pluralistico<sup>19</sup>.

A ben vedere, infatti, anche lo stretto legame che si traccia comunemente tra eguaglianza e giustizia non è, in sé, così inconfutabile, dipendendo piuttosto dai presupposti assiologici del singolo contesto, giacché, per esempio, in una società stratificata per caste la distinzione tra i diversi *status* è intesa in senso strutturale, e dunque la diseguaglianza non è affatto sentita come espressione di ingiustizia, ma è piuttosto espressione essa stessa di giustizia, mentre l’affermarsi di un principio di eguaglianza inteso in senso moderno (ossia, tra tutti gli esseri umani in quanto

<sup>15</sup> E ciò vale anche per i “principi materiali di giustizia” fissati nelle costituzioni rigide, che comunque rimangono – né potrebbe essere altrimenti – sul piano del diritto strettamente positivo, rendendo dunque la separazione della giustizia dalla legge (almeno intendendo questa in senso non meramente gerarchico-formale) affatto apparente: si veda tuttavia quanto scrive G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Torino, Einaudi, 1992, 127 ss., sulla costituzionalizzazione dei principi di giustizia (intesi come strumenti di integrazione in opposizione alla tendenza disintegrativa dei diritti). D’altronde, già H. SIDGWICK, *I metodi dell’etica* (1874), tr.it. il Saggiatore, Milano, 1995, rilevava come non possiamo *tout court* identificare il giusto col legale: perché non chiamiamo ingiusta ogni violazione di legge, perché spesso la legge non realizza completamente l’idea di giustizia in base alla quale giudichiamo le leggi stesse, e perché si può tenere un comportamento ingiusto anche non violando alcuna legge. Quindi, «dobbiamo quindi distinguere la *giustizia* da quella che è stata chiamata la virtù o il dovere dell’*ordine* o dell’*osservanza della legge*» (ivi, 298).

<sup>16</sup> Con le parole di F. GUIZOT, *Giustizia e politica (Des conspirations et de la justice politique, 1821)*, tr.it., Gangemi, Roma, 1998, 169: «Ho bisogno di dire che se non vi fosse una giustizia anteriore e superiore alla giustizia legale, non vi sarebbe neppure giustizia legale?». E il conseguente appello a una dimensione metapositiva e trascendente che, da Sofocle (con la sua Antigone) a Tommaso e Locke, fino ai giusnaturalisti del Novecento, legittima e impone «la rivendicazione del diritto naturale contro il diritto scritto che lo rinneghi» e sostanzia fittiziamente il contenuto della giustizia, consentendo infine di concludere con enfasi che «solo la giustizia risplende, guida sicura, sul vario tumulto delle passioni... Senza di essa, né la vita sarebbe possibile, né, se anche fosse, meriterebbe di essere vissuta» (così G. DEL VECCHIO, *op.cit.*, 163 e 177).

<sup>17</sup> Sul punto si può concordare con F. VIOLA, *Il diritto come pratica sociale*, Jaca Book, Milano, 1990, per il quale «il problema della giustizia di una pratica giuridica è ben diverso da quello della giustizia di una norma giuridica... una pratica giuridica è giusta se è praticata giustamente. La giustizia è un’abilità e una competenza che è richiesta agli operatori giuridici, a tutti coloro che praticano il diritto» (ivi, 171).

<sup>18</sup> E laddove i contenuti siano in concreto determinati, ogni definizione è frutto di ideologia: così, la scritta “a ciascuno il suo” posta quale benvenuto sul campo di Buchenwald non era semplicemente “irridente” (come la definisce G. ZAGREBELSKY, *op.cit.*, 30, che la richiama), ma tragicamente seria e coerente con la visione intrinsecamente razzista dell’ideologia nazionalsocialista.

<sup>19</sup> Sulla differenziazione funzionale del sottosistema giuridico si veda ovviamente N. LUHMANN, *La differenziazione del diritto. Contribuiti alla sociologia e alla teoria del diritto* (saggi 1969-80, 1981), tr.it., il Mulino, 1990, 61 ss.; in altra prospettiva, è utile anche l’accurata ricostruzione storica di P. PRODI, *Una storia della giustizia. Dal pluralismo dei fori al moderno dualismo tra coscienza e diritto*, il Mulino, Bologna, 2000. Non soddisfa, ed è sempre più smentita dalla realtà, la concezione dell’*overlapping consensus* di Rawls, che dovrebbe rendere compatibili visioni comprensive del mondo tra loro diverse ma armonicamente conviventi: se ne veda l’esposizione in J. RAWLS, *Liberalismo politico*, cit., 136 ss.

tali) è piuttosto il segno di una transizione da una società di quel tipo a una funzionalmente differenziata<sup>20</sup>.

Ovviamente, tale relativismo di fondo non può essere condiviso da chi tuttora, in modo più o meno esplicito, aderisce a un'impostazione di tipo giusnaturalistico, ovvero a qualsivoglia ideologia, religiosa o secolare/dogmatica, che legga il diritto in connessione con una dimensione morale trascendente e fondata su leggi metapositive.

Così, per esempio, la dottrina tomista – tuttora ben presente nel pensiero cattolico – o la *shar'ja* islamica fondano un concetto di giustizia che affonda le sue radici in scritture ritenute sacre, e misurano dunque la legittimità del diritto positivo (nonché la sua stessa legittimazione e vincolatività) al grado maggiore o minore di conformità di questo con il diritto rivelato, ossia con un diritto divino mediato per il tramite di un diritto naturale, rispetto al quale ogni diritto positivo contrastante non merita obbedienza<sup>21</sup>. Ovviamente ciò rimette ogni individuazione e applicazione concreta di tale diritto metapositivo all'interpretazione datane da un ceto dominante, costituito da una classe sacerdotale o comunque oligarchica, rendendo di fatto arbitraria la determinazione dei contenuti delle singole decisioni<sup>22</sup>.

Ma in un contesto (fin dove possibile) secolarizzato e laico, ispirato al pluralismo culturale e al paradigma liberale, un concetto di giustizia definito dal punto di vista dei contenuti è difficilmente configurabile *a priori*, dovendo piuttosto essere valutato come uno strumento operativo la cui funzione latente è quella di persuadere l'uditorio cui le decisioni sono destinate, senza tuttavia con ciò pretendere alcuna forma di assolutezza.

In tal senso, la separazione tra diritto e morale, già affermata nel paradigma della *reine Rechtslehre* kelseniana sulla base di una concezione relativista dei valori coesistente alla democrazia<sup>23</sup> e, con

<sup>20</sup> E peraltro, già secondo la prospettiva empirista di D. HUME, *Trattato sulla natura umana* (1739-40, tr.it. in ID., *Opere filosofiche*, I, Laterza, Roma-Bari, 2008), lib. III, parte II, sez. II, «da giustizia deriva la sua origine solo dall'egoismo e dalla limitata generosità degli uomini oltre che dalle insufficienti risorse che la natura ha predisposto per la soddisfazione dei loro bisogni», non già «dalla considerazione dell'interesse pubblico o da una forte ed estesa benevolenza», né «dalla ragione o dalla scoperta di connessioni e relazioni di idee eterne, immutabili e universalmente obbligatorie», sicché le impressioni che suscitano il senso della giustizia «non sono naturali per la mente dell'uomo, ma sorgono dall'artificio e dalle convenzioni umane» (ed.cit., 523-524). E ciò le rende, può dedursi, affatto relative al contesto in cui si generano. Hume risolve poi il problema della distinzione tra giusto e ingiusto sulla duplice base dell'interesse e dell'amore di sé da un lato, e della morale dall'altro (ivi, 565 ss.), non senza qualche aporia tra il senso morale del dovere e l'idea della convenzionalità di cui si è detto; in tema si veda anche ID., *Ricerca sui principi della morale* [1751], sez. III e Appendice III (tr.it., Laterza, Roma-Bari, 1997, 27 ss. e 221 ss.). Sul punto C. DE PASCALE, *Giustizia*, cit., 94 ss.; B. BARRY, *op.cit.*, 167 ss. Sul rapporto tra modello di eguaglianza e tipo di società N. LUHMANN, *Il principio*, cit., 53 ss.

<sup>21</sup> Sul punto, in sintesi, N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico* (saggi 1956-63), Laterza, Roma-Bari, 2011, 107 ss., che distingue tre forme di giusnaturalismo (tomista, razionalista e legittimativo della volontà del sovrano, ossia *lato sensu* hobbesiano); più diffusamente H. WELZEL, *Diritto naturale e giustizia materiale* (1962<sup>a</sup>), tr.it., Milano, Giuffrè, 1965, 71 ss. sul diritto naturale medievale e su Tommaso e 163 ss. sul diritto naturale moderno, da Hobbes a Rousseau.

<sup>22</sup> Lasciando da parte la cultura giuridica islamica e quella ebraica (sulle quali si vedano peraltro, in sintesi, A. BAUSANI, *L'Islam. Una religione, un'etica, una prassi politica*, Garzanti, Milano, 1999, spec. 37 ss.; M. PAPA, L. ASCANIO, *Shari'a. La legge sacra dell'Islam*, il Mulino, Bologna, 2014, e R. COVER, *Nomos e narrazione. Una concezione ebraica del diritto* (1983), tr.it., Giappichelli, Torino, 2008), anche nell'area occidentale non mancano espressioni rilevanti di una perdurante concezione giusnaturalista, che ebbe una spinta, e *pour cause*, nel secondo dopoguerra. Sul tema d'obbligo alle diverse riflessioni di L. STRAUSS, *Diritto naturale e storia* (1953), tr.it., il Melangolo, Genova, 1990; H. WELZEL, *op.cit.*, *passim*; A. PASSERIN D'ENTRÈVES, *La dottrina del diritto naturale* (1951), tr.it., Ed. di Comunità, Torino, 1962; J. FINNIS, *Legge naturale e diritti naturali* (1992<sup>a</sup>), tr.it., Giappichelli, Torino, 1996 (173 ss. sulla giustizia).

<sup>23</sup> H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto* (1960<sup>a</sup>), tr.it. Einaudi, Torino, 2021, 95 ss.; per un tentativo di reintrodurre la dimensione morale nel diritto si veda tuttavia J. HABERMAS, *Diritto e morale (Tanner Lectures)*, 1988), tr.it. in ID., *Morale Diritto Politica* (saggi), Einaudi, Torino, 1992, 5 ss. ma spec. 30 ss.

altra prospettiva, elaborata dalle teorie sistemiche con il concetto di differenziazione funzionale<sup>24</sup>, accantona opportunamente il problema in quanto di fatto inconferente con il ruolo concreto del diritto: superando l'alternativa secca tra lo *ius quia iustum* di matrice giusnaturalistica e lo *ius quia iussum* proprio del giuspositivismo classico<sup>25</sup>, la separazione/differenziazione funzionale propria della cultura giuridica del tardo Novecento vale a ricollocare l'antica tematica della giustizia in modo affatto nuovo, e produttivo sul piano euristico di interessanti risultati.

Ciò, in realtà, richiama la distinzione di ruoli che Bobbio individuava nel rapporto tra teoria generale e filosofia del diritto, riconoscendo alla prima un tratto di scienza formale (ancorché non “pura” e comunque non filosofica) e solo alla seconda il carattere di una teoria della giustizia, che inclina inevitabilmente in senso ideologico<sup>26</sup>: ma il carattere adiaforo della prima non può, ovviamente, non tener conto della funzione concreta del diritto nel sistema sociale, ossia di un dato eminentemente sociologico che, pure, è stato per molto tempo svalutato dai teorici del diritto e dai giuristi più tradizionalisti<sup>27</sup>.

Se il problema della giustizia si svolge infatti essenzialmente su un piano assiologico, ossia sulla relatività dei presupposti valoriali che connotano le diverse società, ciò che rende la teoria pura insufficiente rispetto alla comprensione del fenomeno giuridico è appunto la pretesa di esaminare i dati formali del diritto (norma, ordinamento, gerarchia delle fonti e così via) senza un'adeguata considerazione della loro dimensione sociale, ossia di esaurire nel paradigma sistematico un'analisi che, a un livello superiore, dovrebbe essere poi condotta tramite quello sistemico-funzionale.

Di qui l'interesse per il contributo della teoria dei sistemi, e in particolare delle riflessioni di Niklas Luhmann, che, non venendo meno alle istanze di neutralità assiologica proprie dell'analisi positivista, riescono però – pur con qualche rilevante criticità teoretica<sup>28</sup> – a collocare l'intero fenomeno giuridico, inteso anzitutto come forma di sottosistema comunicativo differenziato

<sup>24</sup> Sulla differenziazione sistemica nel paradigma del funzionalismo strutturale, in sintesi, N. LUHMANN, *Introduzione alla teoria della società* (lezioni, 1992/93), tr.it., PensaMultiMedia, Lecce, 2014, 197 ss.; N. LUHMANN, R. DE GIORGI, *Teoria*, cit., 247 ss.

<sup>25</sup> Ovviamente, trascurò qui le diverse declinazioni del giusnaturalismo: N. BOBBIO, *Giusnaturalismo*, cit. 109 ss., nel distinguere le tre forme suddette (scolastico, razionalista, hobbesiano) non sottolinea, tuttavia, la dimensione teologico-trascendente dei primi due (appena dissimulata nel secondo, in cui la *recta ratio* è comunque fondata su un'origine divina dell'umano) e l'ambiguità del terzo (giacché Hobbes, comunque, sta sul crinale tra il giusnaturalismo classico e la fondazione del giuspositivismo).

<sup>26</sup> N. BOBBIO, *Studi sulla teoria generale del diritto* (1955), Giappichelli, Torino, 2024, 52: «La filosofia del diritto ha il suo proprio ambito di ricerca, che nessuna disciplina scientifica, sia particolare sia generale, sia di contenuto sia formale, le può sottrarre: il problema della *giustizia*, ossia, in termini generali che abbracciano non soltanto la filosofia del diritto ma tutta la filosofia nei rapporti con la scienza, il problema del *valore*».

<sup>27</sup> Una buona sintesi dell'evoluzione storica dell'approccio sociologico alle scienze giuridiche è tuttora quella di R. TREVES, *Sociologia del diritto. Origini, ricerche, problemi*, Einaudi, Torino, 1993<sup>3</sup>.

<sup>28</sup> Le tesi di Luhmann sono sovente sottoposte a giudizi anche pungenti, che sono tuttavia raramente misurati sulla peculiarità e sull'intensione concettuale della teoria dei sistemi, dando piuttosto l'impressione di un aprioristico quanto sommario e ideologico rifiuto: si veda per esempio quanto ne scrive O. HÖFFE, *Giustizia politica*, cit., 152 ss.

Per una più attenta analisi critica del pensiero del primo Luhmann, A. FEBBRAJO, *Funzionalismo strutturale e sociologia del diritto nell'opera di Niklas Luhmann*, Giuffrè, Milano, 1975, spec. 81 ss.; ma si veda, per un uso consapevole delle categorie sistemico-funzionali, anche la riflessione di P. BARCELLONA, *Dallo Stato sociale allo Stato immaginario. Critica della “ragione funzionalista”*, Bollati Boringhieri, Torino, 1994, 189 ss. e *passim*. Maggiore approfondimento delle teorie in esame è altresì in M. BARCELLONA, *Diritto, sistema e senso: lineamenti di una teoria*, Giappichelli, Torino, 1996; ID., *Critica del nichilismo giuridico*, Giappichelli, Torino, 2006, 107 ss.

entro un sistema sociale che di comunicazione si sostanzia<sup>29</sup>, nella sua più comprensiva e realistica dimensione funzionale e strutturale, in certo modo trovando un punto di contatto tra la prospettiva propria della teoria con quella della sociologia del diritto, a dispetto di ogni perplessità circa la compatibilità tra le due<sup>30</sup>. Ovviamente, tale complessa combinazione ha richiesto una radicale rielaborazione di categorie, lessico e strumenti euristici, la cui comprensione richiede al giurista un esercizio di umiltà iniziale per una non facile fase di apprendimento e comprensione, necessaria tuttavia per evitare la superficialità delle critiche con cui talvolta le teorie sistemiche sono sommariamente liquidate.

Ma, al di là di tali considerazioni, è ovvio che il tema della giustizia si pone, in questo quadro, in modi affatto diversi da quelli consueti: e sarà dunque opportuno ora, nei limiti di un breve discorso, soffermarci su tale profilo.

## 2. La giustizia nell'approccio funzional-strutturalista di Niklas Luhmann

La concezione della giustizia propria della teoria del diritto di Luhmann trova la sua forma nell'idea della "formula di contingenza" (*Kontingenzformel*): il sistema giuridico opera, com'è noto, secondo il codice binario diritto/non diritto (*Recht/Unrecht*)<sup>31</sup>, rispetto al quale il sistema giuridico stesso si pone come (auto)osservatore, ossia osservatore di secondo grado. La premessa è che «per poter designare il suo oggetto, ogni osservazione si deve poter basare su una distinzione, sottrae l'unità dell'osservazione stessa alla designazione», cosicché «l'osservazione – e più che altro l'osservatore – è accessibile solo come paradosso, solo come unità, che deve fungere come differente». Ma se l'unità della distinzione binaria è data sempre, infine, come paradosso, vero è anche che tale paradosso «diventa invisibile nel processo della sua spiegazione e determinazione»<sup>32</sup>. In tale operazione di distinzione/indicazione, che si effettua sul suddetto codice binario inteso come una forma a due lati<sup>33</sup>, l'osservatore (qui il sistema giuridico) individua

<sup>29</sup> N. LUHMANN, *Che cos'è la comunicazione?* (1986), tr.it. in ID., *Che cos'è la comunicazione?*, Mimesis, Milano, 2018, 19 ss.; N. LUHMANN, R. DE GIORGI, *Teoria*, cit., 61 ss.

<sup>30</sup> Si veda però N. BOBBIO, *Studi*, cit., 97 ss. sulle severe critiche mosse alla teoria pura dai sociologi del diritto.

<sup>31</sup> Da notare che *Recht/Unrecht* è traducibile anche come "ragione/torto", preferendo una dimensione tutta interna al sistema giuridico, poiché è il diritto stesso che differenzia ragione e torto, mentre la traduzione "diritto/non diritto" (peraltro più comune) serve piuttosto a delineare la differenza tra sistema giuridico (diritto) e ciò che non fa parte dello stesso (non-diritto). Sul punto, N. LUHMANN, *Il principio di uguaglianza come forma e come norma* (1991), tr.it., Armando, Roma, 2017, 50 nt.12 (nota del traduttore S. Magnolo).

<sup>32</sup> N. LUHMANN, *Il diritto della società* (1993), tr.it. Giappichelli, Torino, 2012, 194 (215): per chiarezza di lettura, di questo testo si citeranno qui i passi dall'edizione italiana, ancorché consistente in una traduzione talora alquanto faticosa, indicando però al contempo tra parentesi le pagine corrispondenti dell'edizione tedesca (*Das Recht der Gesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt a.M., 1993, ed. Taschenbuch 1995); segnalo comunque anche una traduzione inglese del testo, con il titolo *Law as a Social System*, Oxford University Press, Oxford, 2004, 211 ss. sulla giustizia formula di contingenza.

<sup>33</sup> Sul tema G. SPENCER-BROWN, *Laws of Form*, Julian, New York, 1972, per il quale il punto di partenza è che "*distinction is perfect continence*", ossia ha in se stessa tutto ciò che le serve per distinguere, in una forma-a-due-lati, indicando uno dei due piuttosto che l'altro (ivi, 1 ss.); con le parole di N. LUHMANN, R. DE GIORGI, *op.cit.*, 17, «la forma è forma di una distinzione, quindi di una separazione, di una differenza. Si opera una distinzione tracciando una demarcazione che separa due parti, per cui non si può passare da una parte all'altra senza attraversare la demarcazione. Forma è allora una linea di confine che segna una differenza e costringe a chiarire quale parte si indica quando si dice che ci si trova da una parte e dove si deve cominciare se si vuole procedere a nuove operazioni». Inoltre, «quando si effettua una distinzione, si indica una parte della forma; con essa però è data allo stesso tempo l'altra parte: è data, cioè, contemporaneità e differenza temporale. Indicare è insieme: distinguere, così come distinguere è insieme: indicare». Sull'importanza del pensiero differenziale nella teoria dei sistemi si veda

criteri per determinare il valore positivo o negativo, anche in virtù della possibilità di utilizzare l'ulteriore strumento della distinzione addizionale tra codificazione e programmazione (utile a distendere sul piano temporale l'operazione, producendo un'asimmettrizzazione che risolve i paradossi)<sup>34</sup>.

La definizione dei criteri, derivante dalla combinazione dei due codici, induce infine, attraverso regole e principi, una connessione tra teoria del diritto e diritto positivo, soddisfacendo infine le esigenze del sistema. Luhmann ne deduce che «la domanda tradizionale sulla giustizia del diritto perde così qualunque significato pratico. Non può essere aggiunta come terzo valore accanto a diritto e non-diritto, né designa uno dei programmi del sistema...La conseguenza è: le domande sulla giustizia del diritto sono viste solo come questioni etiche, solo come questioni di fondazione del diritto nel medio della morale; e si conserva, con uno sforzo enorme, un posto per l'etica nel diritto. Oppure si considererà la giustizia come principio sociale globale, valido per tutti gli ambiti della vita e che nel diritto adotta semplicemente una forma specifica»<sup>35</sup>. Ma questa soluzione, che consegna l'idea della giustizia all'etica per poterla incorporare nella teoria del diritto, non può soddisfare.

Per trovare una diversa collocazione dell'idea di giustizia nel campo della teoria giuridica, Luhmann la configura dunque come «una rappresentazione dell'unità del sistema nel sistema»: laddove la “validità” è un simbolo che circola nel sistema e serve a collegare operazioni, ricordando i relativi risultati per applicarli in modo ricorsivo, «nella giustizia si tratta di un'autoosservazione e di un'autodescrizione del sistema»; ma «mentre sul piano del codice binario l'autoosservazione e l'autodescrizione derivano da un paradosso (perché dovrebbe affermare l'unità di diritto e non-diritto), è ancora aperta la questione se sul piano dei programmi del sistema non può esserci una proiezione unitaria, un programma per tutti i programmi. Sembra evidente che si assuma qui il senso dell'idea di giustizia». Dunque, il problema della giustizia si pone come autoreferenza nel senso di autoosservazione (non di operazione interna), al livello dei programmi e non del codice, non come teoria ma come norma propensa alla delusione. E da qui Luhmann trae la conseguenza – con asserzione però alquanto problematica – che «tutto questo significa che possono esserci sistemi giuridici ingiusti (o più o meno giusti)»<sup>36</sup>.

Si pone a questo punto la necessità di comprendere come possa il sistema esprimere la sua unità in un programma normativo che si può applicare nel sistema ed è al contempo applicabile dappertutto: la soluzione che l'autore offre sta appunto nel concetto di giustizia intesa come “formula di contingenza” del sistema giuridico. Mentre dall'interno questo deve designare la

---

N. LUHMANN, *Introduzione alla teoria dei sistemi* (lezioni 1991/92), tr.it., PensaMultiMedia, Lecce, 2018, 62 ss.; A. GIUSTINIANO, *La macchina del senso. Luhmann e la chiusura operativa della metafisica*, in *Aut-Aut*, 383 (settembre 2019, ed. digitale).

<sup>34</sup> Sull'asimmettrizzazione (che può inerire alla dimensione temporale, a quella materiale o a quella sociale, ossia alle tre dimensioni del senso), in sintesi, G. CORSI, *Asimmettrizzazione*, in C. BARALDI, G. CORSI, E. ESPOSITO (a cura di), *Luhmann in glossario. I concetti fondamentali della teoria dei sistemi sociali*, FrancoAngeli, Milano, 2002, 42 ss.: poiché i sistemi costitutivi di senso sono autoreferenziali, e poiché l'autoreferenza pura è tautologica (“A è A”), essi la superano con meccanismi a ciò orientati, come la condizionalità (“A è A solo se...”), che introducono un'asimmetria nella circolarità dei rimandi e dunque producono la possibilità della riproduzione autopoietica introducendo asimmetrie, anche temporali (sul tempo, inteso come «osservazione della realtà in base alla differenza tra passato e futuro», si veda ID., *Tempo*, ivi, 222 ss.).

<sup>35</sup> N. LUHMANN, *Il diritto*, cit., 195 [216].

<sup>36</sup> Ivi, 196-197 [217-218]: giacché «né l'autopoiesi operativa del sistema, né il codice necessariamente invariabile possono essere “giusti”».

giustizia «in un modo che renda chiaro che la giustizia è offerta e il sistema si identifica con essa come idea, principio, valore»<sup>37</sup>, la formula di contingenza “giustizia” non è un concetto di valore, ma, al pari di altre formule analoghe in altri ambiti (principio di fecondità delle negazioni nel sistema scientifico, di penuria in quello economico, di “bene comune” e poi di “legittimità” di quello politico, di un Dio unico in quello religioso)<sup>38</sup>, opera come strumento di osservazione dall'esterno del sistema stesso<sup>39</sup>. Se infatti la distinzione *Recht/Unrecht* non può essere elusa, poiché è il codice fondante del sistema giuridico medesimo, e dunque «una fondazione ultima paradossale dell'unità del sistema non può essere evitata, ma solo nascosta, invisibilizzata, allora acquista una importanza ancora maggiore la questione dei programmi in base ai quali venga deciso di volta in volta ciò che è ragione e ciò che è torto»; e «da formula complessiva per questi programmi è indicata tradizionalmente come “giustizia”, e il principio di uguaglianza ne fornisce la operazionalizzazione tecnico-giuridica»<sup>40</sup>.

In tale prospettiva, la formula di contingenza, evitando ogni approccio (gius)naturalistico al concetto di giustizia<sup>41</sup>, sposta il discorso su un piano diverso, conducendo piuttosto a una differenza tra indeterminabilità e determinabilità: in tale dimensione «non ci riferiamo a fatti attualmente presenti (compresi, designati), ma ad altre possibilità di circoscriverli in modo diverso... un sistema che lascia scorrere le proprie operazioni interne oltre le informazioni ha sempre davanti agli occhi altre possibilità»; così, «nel caso del sistema giuridico, questo orientamento si rafforza nella misura in cui il sistema passa dalla contingenza alla positivizzazione del diritto»<sup>42</sup>.

La funzione per cui il paradosso circa l'unità del sistema deve restare invisibile fa sì che la giustizia, nel senso ora indicato, tenda ad autolegittimarsi, adeguandosi al sistema in modo pervasivo<sup>43</sup>. Luhmann accetta dunque che essa appaia come norma, ma non intendendola soltanto per questo quale criterio di selezione (ossia come un programma determinato)<sup>44</sup>, e peraltro riconosce che «si deve accettare la norma di giustizia senza che si possa prevedere quali

<sup>37</sup> Ivi, 198 [219].

<sup>38</sup> Su Dio come formula di contingenza N. LUHMANN, *La religione della società* (post., 2000), tr.it., FrancoAngeli, Milano, 2023, 114 ss.

<sup>39</sup> Così, un osservatore esterno «può sfruttare le maggiori libertà di un osservatore di secondo ordine, anche se deve tener conto della differenza di prospettive e del fatto che le osservazioni del sistema dipendono dalla sua specifica formula di contingenza come da una macchia cieca, senza la quale il sistema osservato non potrebbe osservare né autoosservarsi» (ivi, 115).

<sup>40</sup> N. LUHMANN, *Il principio*, cit., 52 (si veda quanto detto *supra*, nt.31, sulla traduzione di *Recht/Unrecht* come ragione/torto).

<sup>41</sup> Giacché «non c'è un'inferenza dal “naturale” al “giusto”, secondo quel che veniva concepito implicitamente nella tradizione giusnaturalista» (N. LUHMANN, *Il diritto*, cit., 198 [219]).

<sup>42</sup> N. LUHMANN, *Il diritto*, cit., 199 (221): «Perché così si concede che tutte le norme giuridiche e tutte le decisioni, tutte le ragioni e gli argomenti potrebbero assumere anche un'altra forma – senza negare che ciò che succede, succede come succede» (*ibidem*).

<sup>43</sup> Dunque, «all'interno del sistema, che mediante la codificazione si è orientato alla contingenza ed alla riflessività, la formula di contingenza sostituisce il riferimento alla funzione, così che anche le autodescrizioni finiscono per riferirsi a questo. Benché il sistema sia una *differenza*, anzi, vista come operazione, *la riproduzione di questa differenza*, esso può diventare accessibile per se stesso come unità»; peraltro «le formule di contingenza si trovano in tutti i sistemi di funzione, i cui codici li espongono alla contingenza, alla riflessività e a possibilità paradossali/tautologiche di autoosservazione» (N. LUHMANN, *La religione*, cit., 115).

<sup>44</sup> N. LUHMANN, *Il diritto*, cit., 200 (221): «Perché, così, la norma della giustizia si collocherebbe accanto ad altri criteri di selezione del sistema e perderebbe la sua funzione di rappresentazione del sistema nel sistema».

decisioni ne conseguiranno e quali interessi si favoriranno», in una prospettiva che ha in fondo qualche velata assonanza con quella della posizione originaria formulata da John Rawls<sup>45</sup>.

Di qui si evince però un passaggio importante: anche la giustizia, come norma, risponde a un'esigenza di compensazione delle delusioni controfattuali, ossia di stabilizzazione di aspettative normativizzate<sup>46</sup>. Ma «il problema specifico della norma giustizia si ha nella relazione tra generalizzazione e ri-specificazione», giacché «nessuna singola operazione del sistema, e meno che mai una struttura, può essere esclusa dall'aspettativa di essere giusta; perché altrimenti si perderebbe la referenza della norma all'unità del sistema»<sup>47</sup>. Peraltro, «nella sua forma più generale, la formula di contingenza giustizia viene legittimata, in una lunga tradizione, come uguaglianza», poiché in questa «si vede un momento formale generale che contiene tutti i concetti di giustizia, che significa soltanto regolamentarità [*Regelhaftigkeit*] o consistenza [*Konsistenz*]; in altre parole, in quanto formula di contingenza, l'eguaglianza è «un “principio” che legittima se stesso», e lo stesso vale per la giustizia, che non deve ulteriormente fondarsi. Ma l'autore precisa anche che con il concetto di “formula di contingenza” «si afferma che la giustizia non racchiude né un'affermazione sull'essenza o sulla natura del diritto, né un principio fondatore di validità del diritto, né è infine un valore che faccia apparire il diritto come degno di preferenza». Rispetto a tali presupposti, il concetto in esame «produce un'astrazione», e perciò corrisponde al principio formale di eguaglianza. Dunque, la *Kontingenzformel Gerechtigkeit* «è solo uno schema di ricerca di fondamenti o valori che non possono ottenere validità giuridica unicamente nella forma di programmi»<sup>48</sup>.

La formula spiega dunque il paradosso dell'unità del differente (soprattutto nel correlato eguaglianza/diseguaglianza), e connota la distinzione/indicazione di un lato rispetto all'altro della forma bilaterale, ma assume, in base alle diverse circostanze storiche, caratteri e contenuti affatto diversi, giacché le formule in esame hanno tutte un simile significato essenziale, che generalizzano e poi rispecificano secondo le diverse condizioni socio-strutturali<sup>49</sup>. Così, per esempio, la giustizia distributiva di Aristotele si fonda su una società stratificata in cui non si contesta che gli uomini si distinguono sin dall'inizio per nascita, ossia per il loro rango sociale: solo partendo da qui si

<sup>45</sup> *Ibidem*. Luhmann ritiene però importante distinguere la formula di contingenza, e la giustizia come norma, da un criterio di selezione, quale quello adombrato da Rawls, e da ogni formula di incremento rispetto a direzioni indicate dal sistema (come più giustizia, più educazione o meno penuria di beni). La formulazione della posizione originaria è in J. RAWLS, *Una teoria della giustizia* (1971, 1999<sup>2</sup>), tr.it., Feltrinelli, Milano, 2008, 38 ss. e *passim*.

<sup>46</sup> Luhmann ritiene però importante distinguere la giustizia come norma da un criterio di selezione quale quello adombrato da Rawls («perché così, la norma della giustizia si collocherebbe accanto ad altri criteri di selezione del sistema e perderebbe la sua funzione di rappresentazione dell'unità del sistema nel sistema»), nonché da ogni formula di incremento rispetto a direzioni indicate dal sistema (come più giustizia, più educazione o meno penuria di beni (ivi, 200-201 [221])).

<sup>47</sup> N. LUHMANN, *Il diritto*, cit., 201 (222): «d'altra parte, in ogni caso individuale, la norma di giustizia deve mediare un orientamento e non si deve concludere semplicemente, a partire dalla pertinenza dell'operazione con il sistema giuridico, che la norma sia giusta».

<sup>48</sup> Ivi, 201-202 (223)

<sup>49</sup> Intendendo per generalizzazione il trattamento di una pluralità di riferimenti come unità, la rispecificazione agisce come operazione volta a riferire il senso simbolico della prima entro il contesto di una specifica comunicazione; si lega a ciò il concetto di contingenza, sintetizzato da C. BARALDI, *Contingenza*, in C. BARALDI, G. CORSI, E. ESPOSITO, *op.cit.*, 100 ss., nel senso che «contingenza, nella sua accezione logica, significa esclusione di necessità e impossibilità». Il concetto «indica un dato rispetto alle possibili alternative: indica che ciò che è attuale (e quindi non impossibile) è possibile anche altrimenti (e quindi non è necessario)... un dato è contingente quando viene osservato come selezione da un ambito di possibilità, che resta sullo sfondo». Dunque, la “doppia contingenza”, centrale nell'ordine sociale, è «il problema del coordinamento delle selezioni, imprevedibili e contingenti, di un *Ego* e di un *Alter* che si osservano reciprocamente» (ivi, 100-101).

può stabilire cosa spetta a ciascuno, e il principio del *suum cuique* assume in tal modo un senso, giacché ciò che spetta a ciascun essere umano *non* è lo stesso per tutti. Ma «se sfugge questa condizione strutturale, la formula di contingenza deve essere riportata di nuovo in un’astrazione quasi metastorica e allora propone di cercare nuovi contatti come sostituire il riferimento al rango con il riferimento ai sistemi di funzione»<sup>50</sup>.

Dunque, subentra qui il tema della consistenza (*Konsistenz*) delle decisioni, poiché «si può parlare di giustizia solo nel senso di un’adeguata complessità di decisioni consistenti», laddove «l’adeguato risulta dalla relazione del sistema giuridico con il sistema sociale», secondo il paradigma dell’“irritabilità” reciproca tra sistemi autopoietici<sup>51</sup>. La consistenza rimane in linea di principio distinta da altri giudizi di valore, almeno fino al punto in cui questi non entrino nei programmi dettati nelle fattispecie proprie del diritto positivo<sup>52</sup>. Un problema, solo in parte risolto dagli strumenti del diritto transitorio, si pone ovviamente per l’assorbimento del sempre più frequente intervento della legislazione, che «nel trasformare il diritto, entra necessariamente in contraddizione con l’esigenza di prendere decisioni consistenti», determinando parametri diversi secondo il tempo dell’atto<sup>53</sup>. Luhmann adombra una soluzione nell’uso della formula di contingenza solo per il “centro del sistema giuridico”, quello in cui diventa attuale il paradosso della decidibilità dell’indecidibile, ossia la giurisprudenza, ma non pare che questo sia del tutto plausibile<sup>54</sup>.

Peraltro, il costante rapporto di tensione tra stabilità e mutamento che caratterizza il diritto serve a comprendere meglio la stessa configurazione della giustizia (e dell’eguaglianza) come

---

<sup>50</sup> Ivi, 203 (224); altrove, Luhmann precisa che nel sistema giuridico la formula di contingenza “giustizia” fornisce una prestazione limitativa delle possibilità di decisione, simile a quella offerta in ambito scientifico dal codice della verità, giacché ogni formula di questo tipo «mira a reprimere altre possibilità che pure ci sono»: la formula “giustizia” «prescrive sentenze coerenti con la doppia ingiunzione a trattare casi simili in modo simile e casi dissimili in modo dissimile, cosa che presuppone lo schema osservativo simile/dissimile, con il quale soltanto diventa sensato cercare nel sistema giuridico punti di vista comparativi, ma con cui resta imprecisato in che modo li si possa trovare» (N. LUHMANN, *La religione*, cit., 116).

<sup>51</sup> N. LUHMANN, *Il diritto*, cit., 204 (225); sul concetto di irritazione intersistemica, ivi, 448 ss. (478 ss.), e ID., *Introduzione alla teoria dei sistemi*, cit., 108 ss.

<sup>52</sup> La relativa indifferenza è comunque compensata dallo strumento dell’equità, che tuttavia opera solo limitatamente, o come fattore esterno (la religione) o come aspetto particolare della *iusdictio*, cosicché «l’unità ultima del decisore “sovrano” si programma allora nella forma di un paradosso spiegato – giustizia e equità, o in termini di virtù: *iustitia e clementia*» (ivi, 207 [228]).

<sup>53</sup> Nel mondo reale, in cui il futuro si presenta sempre con un alto grado di imprevedibilità, misurare la consistenza di una decisione dalle sue (probabili) conseguenze diventa talora problematico: lo stesso Luhmann intuisce le difficoltà che derivano dalla schematicità del modello binario e ipotizza il profilo di una concreta indecidibilità rispetto alla rigidità dei codici. Così, «si potrebbe supporre che proprio nel futuro si occultava il terzo valore che doveva essere escluso dalla codificazione binaria»; il mondo si ritira in ogni osservazione, applica le distinzioni nell’“inosservabile”, e «l’artificialità della codificazione binaria del diritto deve pagare nel modo del “che succederebbe se”, deve essere reintrodotta con questa forma nel calcolo del sistema». Di qui si giunge al paradosso per cui la codificazione binaria necessita di più di due valori (N. LUHMANN, *Il diritto*, cit., 356-357 [383]). È questo certamente un punto critico della costruzione luhmanniana, e forse un limite teorico, qui ovviamente non affrontabile.

<sup>54</sup> Piuttosto, giacché «la “supplenza” del codice diritto/non diritto e con essa la rispecificazione della formula di contingenza richiedono programmi condizionali» (ivi, 209 [231]), ossia, particolarmente nello Stato di *welfare*, definizioni di fini nella forma del “se...allora”, si deve ammettere la sindacabilità di questi sotto il profilo della giustizia (detto altrimenti, dell’eguaglianza), particolarmente per quanto riguarda il ruolo del giudice costituzionale. Ovviamente, rileva qui anche il ruolo della magistratura e l’organizzazione del sistema giudiziario complessivo, con il meccanismo della pluralità dei gradi di giudizio: sul punto G. SERGES, *Il principio del “doppio grado di giurisdizione” nel sistema costituzionale italiano*, Giuffrè, Milano, 1993, spec. 19 ss. per una ricostruzione storica dell’istituto.

formula di contingenza<sup>55</sup>, poiché «nell'accettare la contingenza nella sua formulazione corrispondente, ci si può aiutare con i cambiamenti giuridici», in quanto «il diritto espone se stesso all'osservazione di secondo grado con il fine di disporre in un altro modo nel contesto di libertà/restrizione, o uguaglianza/disuguaglianza». Inoltre, «ogni decisione su questioni giuridiche...deve ubicare se stessa nel contesto di altre decisioni»: per il legislatore si tratta di volontà di cambiamento, mentre per il giudice si tratta di definizione del caso e ricerca di una decisione consistente (rafforzata nei modelli di *common law* dal vincolo del precedente). In entrambi i casi, la giustizia intesa come formula di contingenza opera come potenziale strumento di correzione entro uno schema di osservazione di secondo grado<sup>56</sup>, nonché, in connessione stretta con il principio di eguaglianza, come potenziale mezzo di accrescimento reciproco tra le apparentemente contrapposte dimensioni della varietà e della ridondanza di informazione nel quadro del rapporto tra autoreferenzialità ed eteroreferenzialità del sistema giuridico, nonché della combinazione tra gerarchia ed eterarchia nell'ambito dell'ordinamento-struttura<sup>57</sup>.

### 3. Giustizia ed eguaglianza nella società neoliberale

Descritta, ancorché in modo necessariamente sommario, la concezione luhmanniana della giustizia, si dovrà ora provare a collocarla nel contesto della declinazione attuale della società neoliberale propria del tardo capitalismo, ossia in quella “società della prestazione”

---

<sup>55</sup> Poiché «da programmazione condizionale non è unicamente una base cognitiva in relazione all'“uguale” e al “diseguale”. È la condizione perché l'idea di giustizia possa riversarsi nella forma di uguaglianza (=normatività)» (ivi, 209-210 [231]). Sul punto anche D. GRIMM, *Il futuro della costituzione*, cit., 130 ss.

<sup>56</sup> N. LUHMANN, *Il diritto*, cit., 214-215 (236-237); è da ricordare che il codice binario fondamentale del diritto (*Recht/Unrecht*) genera per sé un paradosso risolvibile solo con una asimmetrizzazione temporale allorché arriva alla sua applicazione con una forma di *re-entry* (sul punto rinvio anche a F. RIMOLI, *Appunti*, cit., 2 ss.). Non posso qui approfondire il concetto di *re-entry*, ossia del fenomeno, proprio dei sistemi autopoietici, che consiste nel rientro di una distinzione in ciò che è distinto sulla base dell'iniziale operazione distinzione/indicazione in una forma a due lati. In altri termini, con il *re-entry* si fa ritornare una distinzione nel medesimo ambito che essa consente di distinguere; ciò vale, mediante l'asimmetrizzazione temporale, a superare i paradossi (così, per esemplificare, la scienza, che opera secondo un codice vero/non vero, a un certo livello di complessità si autoosserva e inizia a riflettere sulla verità/non verità della stessa distinzione vero/non vero). Sul punto G. SPENCER-BROWN, *Laws of Form*, cit., 56 ss., e N. LUHMANN, *Introduzione alla teoria dei sistemi*, cit., 73 ss. e 239 ss.; più ampiamente ID., *Observing Re-entries*, in *Graduate Faculty Philosophy Journal*, 16.2 (1993), 485 ss.

<sup>57</sup> Sul punto N. LUHMANN, *Il diritto*, cit., trattando dell'argomentazione giuridica, spiega che «l'informazione è il valore di sorpresa delle notizie, dato un ridotto o illimitato numero di altre possibilità. La ridondanza risulta (circolarmente) dal fatto che viene presa in considerazione nell'operare dei sistemi autopoietici»; essa, per sé, non è informazione, e piuttosto «rende possibile l'indifferenza, sia in relazione alle operazioni reciproche del sistema, sia, anche e innanzitutto, in relazione all'ambiente» (ivi, 327 [352]). Varietà e ridondanza sono di solito ritenute grandezze tra loro inversamente proporzionali, poiché la prima denota la molteplicità ed eterogeneità degli elementi di un sistema, dunque l'improbabilità di prevedere ciascuno di essi a partire dalla conoscenza degli altri (e maggior varietà implica maggior apertura del sistema rispetto all'ambiente), mentre la seconda è piuttosto «da misura in cui la conoscenza di un elemento riduce il valore di sorpresa (l'informazione) di altri», consentendo anche una certa conoscenza degli altri elementi del sistema (così E. ESPOSITO, *Ridondanza/varieta*, in C. BARALDI, G. CORSI, E. ESPOSITO, *op.cit.*, 194). L'autore ipotizza però che sia possibile elaborare forme nelle quali a una maggior varietà si combini una maggior ridondanza; al livello della decisione, poi, fondando la consistenza del decidere su un postulato di giustizia-eguaglianza, la consistenza stessa costituisce il primo dei versanti della distinzione ridondanza/varieta (mentre il secondo «ostacola in forma evidente che il giusto vada avanti nel mondo del diritto»: così N. LUHMANN, *op.cit.*, 347 [374]). Sul tema del rapporto tra gerarchia ed eterarchia negli ordinamenti giuridici contemporanei, in sintesi, rinvio a F. RIMOLI, *Appunti*, cit., 8 ss.

(*Leistungsgesellschaft*) di cui parla Byung-Chul Han<sup>58</sup>. Società caratterizzata da un'oppressiva combinazione di accelerazione (tecnologica, delle trasformazioni sociali, dei ritmi di vita)<sup>59</sup>, eccesso di comunicazione e soprattutto introiezione di una dinamica della produttività che spinge inesorabilmente alla frustrazione, alla depressione e al *burn out* un numero sempre maggiore di persone, mediante un'exasperazione della competitività, individuale e collettiva. Perché «da società del lavoro e della prestazione non è una società libera. Produce nuove costrizioni. La dialettica di servo e padrone non conduce, alla fine, a una società nella quale ciascuno è un soggetto libero, capace anche di oziare. Conduce, piuttosto, a una società del lavoro nella quale perfino il signore è divenuto servo. In questa società costrittiva ciascuno porta con sé il proprio campo di lavoro. La sua particolarità è che si è al tempo stesso prigionieri e guardiani, vittime e carnefici. Così ciascuno sfrutta se stesso. E in tal modo lo sfruttamento è possibile anche senza dominio»<sup>60</sup>. Infine, una società che produce alienazione, peraltro non superabile con quella ricerca di un'armonica “risonanza” del Sé col mondo e con gli altri su cui Hartmut Rosa, con un afflato in certo modo postromantico, tanto si sofferma<sup>61</sup>.

In tale contesto, muta inevitabilmente anche l'assetto concreto dello Stato costituzionale di diritto e delle forme di governo in esso variamente declinate: la sempre maggiore marginalità degli organi legislativi, con il correlativo rafforzamento di quelli esecutivi, rende sempre più impraticabile una democrazia di tipo discorsivo/deliberativo<sup>62</sup>, e la stessa programmazione di fini si connota in modo affatto diverso da quello che lo stesso Luhmann poteva considerare nelle sue riflessioni. Inoltre, l'esautoramento di fatto dei parlamenti (ormai percepibile anche al livello dell'Unione europea) esalta, oltre al ruolo dei governi, quello delle Corti costituzionali e del potere giudiziario: in questo quadro, la giustizia quale formula di contingenza, e la connessa dimensione dell'eguaglianza, finiscono con l'essere (inevitabilmente) funzionali al paradigma sistemico complessivo, ossia alle esigenze e agli obiettivi più o meno espliciti della società tardocapitalista.

Come si è visto, pur nell'ovvia diversità tra le due, non mancano affinità tra la concezione relativista kelseniana e quella funzionalista di Luhmann, quanto meno nella sostanziale natura assiologicamente adiafora del concetto di giustizia: ma mentre nel primo la tematizzazione della

<sup>58</sup> Tra i molti scritti dell'autore si vedano anzitutto i seguenti: B.-C. HAN, *La società della trasparenza* (2012), tr.it. Milano, 2014; ID., *Psicopolitica* (2014), tr.it., Milano, 2016; ID., *Nello sciamo. Visioni del digitale* (2013), tr.it., Milano 2023 (ed. digitale); ID., *La società della stanchezza* (2016<sup>2</sup>), tr.it., Milano, 2020 (ed. digitale).

<sup>59</sup> L'accelerazione è un tratto delle società contemporanee su cui hanno assai riflettuto, oltre allo stesso B.-C. HAN, *Il profumo del tempo. L'arte di indugiare sulle cose* (2009), tr.it., Milano, 2017, soprattutto H. ROSA, *Resonanz. Eine Soziologie der Weltbeziehung*, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 2016; ID., *Accelerazione e alienazione. Per una teoria critica del tempo nella tarda modernità* (2010), tr.it., Einaudi, Torino, 2015 (ove, alle pp. 9 ss., sono distinti i tre tipi citati nel testo); ID., *Indisponibilità. All'origine della risonanza* (2018), tr.it., Queriniana, Brescia, 2024, e P. VIRILIO, *La velocità di liberazione* (1995), tr.it., Mimesis, Milano, 2000.

<sup>60</sup> Così B.-C. HAN, *La società della stanchezza*, cit., cap.V; si veda anche H. Rosa, *Accelerazione*, cit., 70 ss., che vede l'accelerazione come una nuova forma di totalitarismo.

<sup>61</sup> H. ROSA, *Indisponibilità*, cit., spec. 65 ss.; ID., *Resonanz*, cit., spec. 246 ss. e 281 ss.; ma sul tema, per considerazioni critiche, rinvio a F. RIMOLI, *Accelerazione, risonanza, entropia: democrazia senza futuro?*, in *Dir.publ.*, n.1/2025, ss.

<sup>62</sup> Il riferimento è ovviamente al modello auspicato da J. HABERMAS, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia* (1992, 1996<sup>2</sup>), tr.it., Laterza, Roma-Bari, 2013<sup>2</sup>; i prodromi della teoria del discorso sono già contenuti in ID., *Etica del discorso* (tit.or. *Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln*, 1983), tr.it., Laterza, Roma-Bari, 1993, nonché in ID., *Teoria dell'agire comunicativo. I. Razionalità nell'azione e razionalizzazione sociale – II. Critica della ragione funzionalistica* (1981, 1984<sup>2</sup>), tr.it., il Mulino, Bologna, 1997 (si vedano spec. le pp.697 ss. del secondo volume su sistema e mondo vitale). Una recente puntualizzazione del concetto di democrazia deliberativa, e una riflessione in ordine agli effetti della società digitale sulla sfera pubblica politica è ora in ID., *Nuovo mutamento della sfera pubblica e politica deliberativa* (2022), tr.it., R. Cortina, Milano, 2023, spec. 38 ss., 73 ss. e 95 ss.

giustizia è di fatto risolta nel senso di una sostanziale marginalizzazione (se non addirittura esclusione) del concetto stesso dalla dottrina pura in senso stretto, dovuta alla già menzionata irrazionalità dell'ideale di giustizia<sup>63</sup>, nella seconda la costruzione del concetto è intimamente inclusa (né avrebbe potuto essere altrimenti) nella dinamica sistemica della società intesa come comunità di comunicazione<sup>64</sup>.

Il risultato teorico è dunque affatto diverso, se non opposto: nel primo caso l'assoluta variabilità di contenuti della giustizia rende la stessa di fatto inutilizzabile come argomento decisivo, valutativo o comunque operativo; nel secondo il carattere di formula di contingenza mantiene la piena variabilità e relatività dei contenuti, ma concepisce, come si è visto, la giustizia come luogo di rappresentazione dell'unità del sistema nel sistema, come tale in grado di risolvere in sé il profilo di legittimazione dell'intero sottosistema giuridico e di rendere questo capace, rispetto all'ambiente, di un accoppiamento strutturale, o addirittura di interpenetrazione con gli altri sottosistemi del sistema sociale<sup>65</sup>.

La duplice forma binaria che si esprime nella diade giustizia/eguaglianza, quindi, risulta funzionale, in forma costantemente adattiva, all'ambiente entro cui opera (con quel ruolo di stabilizzazione e semplificazione della complessità per cui il sistema giuridico teleologicamente si caratterizza), ed è in certo modo l'essenza (mutevole) del sistema, non ponendosi dunque al di fuori, bensì nel "centro esatto" del sistema stesso.

Se tale lettura è corretta, la giustizia diventa il nucleo del sistema giuridico: ma si tratta di un nucleo mobile, variabile in quanto necessariamente "adeguato" (o, meglio, in costante adeguamento dinamico) al contesto in cui opera, e in quanto tale assolutamente antitetico a quello, statico, che il giusnaturalismo vede nel diritto naturale, comunque questo sia inteso.

Infine, un concetto che, pur con tale funzione, rimane (deve rimanere) contenutisticamente vuoto. Esso non si risolve peraltro in mera forma o in mero procedimento, ma si sostanzia, di tempo in tempo e nei diversi luoghi, di contenuti che tuttavia sono, valga ripeterlo, in costante mutamento in conseguenza della continua irritazione reciproca tra il sistema giuridico e gli altri operanti nell'ambiente.

Così configurata, dunque, la giustizia si è connotata nel suo intimo legame con l'eguaglianza nella fase evolutiva propria dello Stato liberale prima, ma soprattutto, poi, dello Stato sociale, laddove l'accezione sostanziale dell'eguaglianza stessa ha assunto il ruolo di espressione concreta di un paradigma dell'eguaglianza stessa declinato in senso distributivo (e redistributivo)<sup>66</sup>.

---

<sup>63</sup> Kelsen invero traduce il tema della giustizia in un problema di conflitto tra interessi e dunque tra valori, che «non può essere risolto per mezzo della conoscenza razionale», giacché la risposta alle domande su quale sia il valore che deve prevalere «è un giudizio di valore, un giudizio che è determinato da fattori emotivi e che ha pertanto carattere soggettivo: esso è valido solo per il soggetto giudicante, ed è perciò soltanto relativo»; e «il fatto che vi siano determinati valori che sono generalmente riconosciuti in una determinata società non contraddice in alcun modo il carattere relativo di questi giudizi di valore» (H. KELSEN, *Che cos'è la giustizia?*, cit., 81 e 84).

<sup>64</sup> Sulla quale si veda già K.-O. APEL, *L'apriori della comunità della comunicazione e i fondamenti dell'etica*, in ID., *Comunità e comunicazione*, tr. it., Rosenberg & Sellier, Torino, 1977, 205 ss.

<sup>65</sup> Su questi concetti della teoria dei sistemi N. LUHMANN, R. DE GIORGI, *Teoria*, cit., 30 ss.; sull'interpenetrazione sistemica N. LUHMANN, *Sistemi sociali. Fondamenti di una teoria generale* (1984), tr.it. il Mulino, Bologna, 1990, 351 ss.

<sup>66</sup> Con obiettivi talora perseguiti, tuttavia, con mezzi non privi di ambiguità, tra molte, si vedano le riflessioni di P. BARCELONA, *op.cit.*, 155 ss.; per una sintesi sul tema, rinvio anche a F. RIMOLI, *Stato sociale (dir.cost.)*, in *Enc.giur.*, Aggiornamenti, Ist.Enc.it.-G.Treccani, IPZS, Roma, 2005.

Nel contesto attuale, tuttavia, appare alquanto nitida una linea di trasformazione che tende a superare questo stadio: nella società neoliberale si recuperano, cioè, alcuni di quei criteri di distinzione che tratteggiavano le società stratificate, ossia diversità non solo di ruoli funzionali, ma, seppur in modo dissimulato, di *status*. L'aumento delle diseguglianze, da più parti stigmatizzato ma inevitabilmente indotto dal contesto tardocapitalista, produce differenze che non sono più intese come variabili contingenti dell'assetto sociale complessivo, ma sempre più sono percepite quali paradigmi ordinatori di una nuova società in cui si generano nuove disparità gerarchiche: e qui la giustizia, intesa come formula (adattiva) di contingenza, non può che assecondare, già nel medio periodo, la transizione in atto.

Perché ovviamente, se il concetto elaborato da Luhmann è teoreticamente valido, esso non può essere applicato solo al modello di una società fondata sul riconoscimento della pervasività del principio di eguaglianza redistributiva, ma deve esserlo a ogni tipo di società, incluse quelle in cui, come detto, la diseguglianza è assunta e legittimata come parte del sistema sociale, e l'*unicuique suum* ha un senso affatto diverso da quello percepito nelle democrazie del secondo Novecento. È questo, peraltro, un effetto della sostanziale relatività di ogni paradigma morale non cognitivista e assiologicamente neutro<sup>67</sup>: le critiche più o meno fondatamente mosse alla *reine Rechtslehre* di Kelsen potrebbero – e forse a maggior ragione – rivolgersi alla concezione di Luhmann, giacché mentre la prima è solo programmaticamente amorale (in quanto separa nettamente il diritto dalla morale), la seconda trasforma in supporto legittimante una concezione contingente di giustizia, senza venir meno ai presupposti della differenziazione sistemica, ma riconoscendo l'interazione di sistemi che, operativamente chiusi, debbono però porsi in relazione tra loro e con l'ambiente mediante un'apertura che li rende capaci di interagire adeguandosi funzionalmente a esso in forme sovente interpenetranti e coevolutive<sup>68</sup>.

Nella società neoliberale, dunque, il combinarsi dei fattori già visti (accelerazione, competitività, autoimposizione, autovalutazione, e infine frustrazione) rende di fatto concreto l'intriettarsi individuale e collettivo di un *ethos* fondato su una distorta e compulsiva concezione dei meriti. Se nella società stratificata il vero merito stava nella nascita, che giustificava per sé privilegi e differenze, nella nostra il merito sta nella produttività del singolo inteso come imprenditore di se stesso, e le diseguglianze che si generano dalla logica tardocapitalista sono infine giustificate sulla base del giudizio severo che ciascuno è chiamato a dare di sé e del proprio (assai probabile) fallimento rispetto a obiettivi sempre troppo ambiziosi.

Alla luce di una dimensione “meritocratica”, dunque, che riecheggia in qualche modo le concezioni di una morale protestante filtrata e aggiornata alla società tecnologica della

<sup>67</sup> Peraltro, non condiviso, oltre che dai neogiusnaturalisti più o meno dissimulati, anche da autori che partono da presupposti non cognitivisti ma approdano, in forme varie, a una sorta di postcognivismo etico: si vedano, pur in ambiti e con percorsi assai diversi, J. HABERMAS, *Etica del discorso* (tr.it. di *Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln*, 1983), Laterza, Roma-Bari, 1993; ID., *Teoria della morale*, cit., e R. BOUDON, *Il vero e il giusto. Saggi sull'obiettività dei valori e della conoscenza* (1995), tr.it.parz., il Mulino, Bologna, 1997.

<sup>68</sup> Di diverso contenuto è invece il menzionato tentativo operato da J. HABERMAS, *Diritto e morale*, cit., il quale tenta, respingendo la natura autopoietica del diritto, di rinvenire non una mera complementarità, ma un “intreccio strutturale” tra il diritto e una morale che tuttavia «si è spogliata di tutti i contenuti determinati, sublimandosi in un procedimento di giustificazione valido per possibili contenuti normativi», in modo che «diritto procedurale, da un lato, e morale “proceduralizzata”, dall'altro lato, possono infine controllarsi a vicenda» (ivi, 36).

sorveglianza<sup>69</sup>, si insinuano nuove (o antiche) concezioni della giustizia e dell'eguaglianza: il "*faber est suae quisque fortunae*" con cui i latini misuravano i meriti<sup>70</sup> si riafferma dunque, dopo un lungo percorso nella civiltà occidentale, nel paradigma neoliberale, infine imputando i fallimenti individuali a ciascun singolo "imprenditore di se stesso" e legittimando infine le diseguaglianze come il "giusto" esito delle differenze di capacità, di impegno e di fortuna degli individui.

Dinanzi a tale temperie culturale le istanze di compensazione proprie dello Stato sociale progressivamente si attenuano, assecondando peraltro una tendenza che già deriva in modo pressante dalla comune scarsità delle risorse, dai vincoli di bilancio e dall'ormai diffuso disimpegno dei poteri pubblici nei confronti del proprio ruolo di riequilibrio. Il neoliberismo economico, tipico della società neoliberale, ridisegna per intero i tratti della giustizia, che in quanto formula di contingenza adattiva non può costituire un argine efficace a tali trasformazioni: il che – sia chiaro – può non essere condiviso sul piano di un'etica sociale fondata sui fini-valori propri delle costituzioni del secondo dopoguerra, ma non è per questo meno vero dinanzi all'osservatore che voglia tentare di mantenersi, fin dove possibile, realistico e avalutativo.

#### 4. Può una società definirsi "giusta"?

In brevi tratti, tento di concludere: la lettura luhmanniana del concetto di giustizia costituisce nulla di meno di un utile strumento analitico ed euristico per lo studioso di scienze sociali e per il giurista, ma anche nulla di più, poiché non pretende di operare quale mezzo di contrasto all'involuzione in senso individualistico e potenzialmente autocratico della società, come non lo pretendeva la teoria pura kelseniana, né la *Verfassungslehre* schmittiana, in cui l'accento fondante sulla decisione non negava però l'ineludibile neutralizzazione formale dei contenuti della decisione stessa<sup>71</sup>.

L'intrinseco carattere di relatività che connota ogni concezione materiale della giustizia rende invero implausibile ogni orientamento fondato in tal senso; tuttavia, come si è detto, la concezione della giustizia di Luhmann entra più di altre nel tessuto vivo della comunicazione sociale, e svolge infine una funzione latente di legittimazione dell'intero sistema giuridico, rendendosi altresì capace di autolegittimarsi come rappresentazione dell'unità del sistema nel sistema.

Il carattere di autopoiesi di quest'ultimo, peraltro, non può essere affatto interpretato come mancanza di interazione con gli altri sottosistemi sociali. Ancorché operativamente chiuso (in quanto autopoietico), il sottosistema giuridico infatti rimane in costante rapporto con l'ambiente, con cui tuttavia comunicherà filtrando per via operativa ogni informazione secondo il proprio

<sup>69</sup> È appena il caso qui di richiamare le note analisi di M. WEBER, *L'etica protestante e lo spirito del capitalismo* (1922), tr.it., Sansoni, Firenze, 1977.

<sup>70</sup> Il motto, nella forma "*fabrum esse suae quemque fortunae*" sembra potersi trarre dal *Carmen de sententiis* di Appio Claudio Cieco (340-273 a.C.).

<sup>71</sup> Il riferimento è ovviamente a C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione* (1928), tr.it., Giuffrè, Milano, 1984, spec. 41 ss. sulla decisione politica fondamentale del titolare del potere costituente; su Schmitt, per tutti, C. GALLI, *Genealogia della politica. Carl Schmitt e la crisi del pensiero politico moderno*, il Mulino, Bologna, 2010<sup>2</sup>; S. PIETROPAOLI, *Schmitt*, Carocci, Roma, 2012.

codice<sup>72</sup>; in tal senso esso potrà anche, con il meccanismo del *re-entry*, tematizzare lo stesso concetto di giustizia secondo il suo codice binario (chiedendosi cioè: “è giusto/ingiusto il concetto di giustizia?”), rendendolo capace di evolversi in una costante asimmetrizzazione diacronica delle sue operazioni e in una conseguente programmazione di scopo<sup>73</sup>.

Se ciò è vero, tuttavia, non pare possibile definire *a priori* né la possibilità astratta di esistenza di società “giuste”, né i loro caratteri, a meno di non voler intendere come tali soltanto quelle in cui il concetto di giustizia, inteso come formula di contingenza e in quanto tale valutato entro un contesto dato, risulti per sé adeguato alle irritazioni ambientali nel sistema, e “ingiuste” quelle in cui non lo sia. Ma, come ben s’intende, una tale soluzione, oltre a sfiorare la tautologia, finisce con il muoversi su un piano diverso da quello su cui si orientano tradizionalmente le riflessioni sulla società giusta. In altri termini, finisce di nuovo con l’affermarsi, in tale prospettiva, la dimensione formale/funzionale della giustizia, senza che in alcun modo sia toccato il profilo del contenuto materiale della medesima<sup>74</sup>. Volendo, per chiarezza, semplificare molto (e forse troppo): in base a tale visione, potrebbe dirsi infine, sono giuste quelle società in cui la giustizia è funzionalmente consistente e idonea all’ambiente tanto da legittimare rispetto a esso il sistema giuridico; non lo sono quelle in cui la giustizia, nella sua accezione contingente, non è in grado di adempiere a tale funzione, dovendo dunque, in prospettiva, modificarsi in forma di adattamento all’ambiente stesso.

Ma tutto resta sempre sul piano di una sostanziale neutralità assiologica e materiale, ossia di una insuperabile carenza di contenuti identificabili *a priori*: il grado di adeguatezza sarà, cioè, comunque relativo e transeunte, come relativi e transeunti saranno i contenuti che di tempo in tempo, e di luogo in luogo, la giustizia assumerà come momento di rappresentazione dell’unità del sistema giuridico all’interno di se medesimo e nel rapporto con il proprio ambiente entro il sistema sociale complessivo. In tal senso, perde gran parte del suo significato anche la

---

<sup>72</sup> Così, la cesura tra sistemi chiusi e aperti si supera, poiché, in sintesi, «da chiusura è condizione per l’apertura del sistema. Solo a condizione di disporre di una propria autonomia il sistema è in grado di tracciare un confine che lo separa dall’ambiente e di distinguersi da esso; solo in quanto delimita un ambito in cui valgono condizioni specifiche e che non è tenuto all’immediato adeguamento agli stati del mondo esso può rielaborare materiali esterni per costituire i propri elementi e può reagire (nelle proprie forme) alle irritazioni provenienti dall’ambiente. In questo modo il sistema può infatti trattare in base ad esse gli stati e gli eventi dell’ambiente esterno, che possono così generare informazione» (E. ESPOSITO, *Autopoiesi*, in C. BARALDI, G. CORSI, E. ESPOSITO (a cura di), *op.cit.*, 55).

<sup>73</sup> Sulla programmazione decisionale (condizionale di scopo) si veda N. LUHMANN, *Organizzazione e decisione* (post., 2000), tr.it., B. Mondadori, Milano, 2005, spec. 214 ss. Tuttavia, anche gli scopi sono in sé sempre programmi, ossia «costruzioni che potrebbero essere scelte in modo diverso», e in particolare «programmi sul futuro», nei quali però «un futuro sempre incerto, sempre sconosciuto, deve essere trattato nel presente come se fosse già realizzato»; e «mentre i programmi di scopo sono orientati al futuro, i programmi condizionali hanno a che fare con dati di fatto legati al passato»; ne deriva che «il collegamento, la sovrapposizione o anche l’uso parallelo di entrambi i tipi di programma consente perciò una coordinazione tra futuro e passato» (ivi, 219). Luhmann nota però che l’allineamento al futuro genera da sé conseguenze diverse nei programmi condizionali e in quelli di scopo. Se nei primi ciò che non è permesso è proibito, perché sganciarsi dal passato richiede una necessaria prudenza, nei secondi l’indeterminatezza del futuro impone elasticità, e le limitazioni in ordine alla scelta dei mezzi devono essere espresse: dunque in questi ciò che non è proibito è permesso (*ibidem*). D’altra parte, nel diritto «la questione, se proclamare il primato del divieto o quello della concessione, diventa indecidibile, e si trasforma in un problema ideologico. Le due possibilità, viste come unità, costituiscono un paradosso che può essere spiegato solo programmando» (*ibidem*, nt.20).

<sup>74</sup> Dimensione che si traduce più o meno consapevolmente anche sul piano del linguaggio: si pensi all’uso comune, sostanzialmente adiaforico, del verbo “giustiziare”, riferito all’esecuzione di una pena capitale derivante dall’applicazione di norme presenti in un ordinamento dato, a prescindere da ogni giudizio assiologico sul carattere “giusto” o “ingiusto” del medesimo.

problematica relativa al rapporto tra diritto e morale, essendo la seconda a sua volta espressione di contenuti variabili e relativi, ossia di un'assiologia mutevole e necessariamente da porre in relazione di reciproco adattamento con l'ambiente.

Si potrà sempre obiettare, infine, che una giustizia così concepita finisce con lo svolgere solo un effetto conservativo, trascurando quanto invece il concetto in esame, trasformato in aspirazione e in ideale, abbia nel tempo svolto il ruolo di motore di trasformazioni sociali e culturali nell'esperienza sociale. Ma, a parte il fatto che, pur se fosse vera, tale osservazione non inficerebbe in alcun modo la plausibilità e la veridicità dell'interpretazione luhmanniana, a un più attento esame, che sappia contestualizzare il tema in esame all'interno dell'intera teoria sistemica del diritto, tale critica è affatto fuorviante, giacché tale teoria non esclude affatto una funzione evolutiva e trasformativa del diritto e della giustizia come descritti, funzione che anzi è esaltata nell'accoppiamento strutturale che intercorre tra sottosistema politico e sottosistema giuridico al livello della costituzione<sup>75</sup>, e che invero caratterizza l'intero plesso delle relazioni intersistemiche tra diritto e ambiente<sup>76</sup>.

Si può forse rilevare, inoltre, che tale uso strumentale e talora addirittura rivoluzionario di una giustizia idealizzata secondo ideologie contrapposte a quelle egemoni è sempre riuscita ad affermarsi, mutando i caratteri anzitutto del sistema politico e poi di quello giuridico, solo laddove fossero già intervenuti, nell'ambiente, cambiamenti affatto rilevanti: così, solo per fare un esempio, l'affermazione (pur imperfetta) del principio di separazione dei poteri, di un catalogo di diritti e di un proclamato (benché limitato) principio di eguaglianza nella fase rivoluzionaria della Francia di fine Settecento poté (con fatica) affermarsi in quanto già era mutato, al fondo, l'assetto sociale complessivo, con la conquista del potere da parte del Terzo Stato e l'esiziale indebolimento dei ceti privilegiati dall'*Ancien Régime*<sup>77</sup>.

Sovente, il diritto giunge a sancire sul piano formale ciò che su quello sostanziale la Storia ha già (quasi) realizzato. D'altronde, ciò risponde in pieno a quel ruolo di stabilizzazione dei comportamenti, di semplificazione delle decisioni e, al contempo, di guida per il mutamento che il sistema giuridico medesimo, sotto il profilo funzionale, svolge rispetto al complessivo sistema sociale, nonostante il (o forse in virtù del) suo stesso aumento di complessità nelle società differenziate contemporanee<sup>78</sup>.

In esso, il concetto di giustizia inteso quale formula di contingenza, qualunque sia il suo contenuto materiale, costituisce, in quanto luogo di rappresentazione dell'unità del sistema nel sistema stesso, il momento centrale di spiegazione e superamento di un paradosso fondante proprio del codice binario del sottosistema giuridico entro il sistema sociale. Infine, principio di giustizia sul piano assiologico e principio di effettività sul piano pratico costituiscono, insieme,

<sup>75</sup> Sul punto N. LUHMANN, *La costituzione come acquisizione evolutiva* (1990), tr.it. in G. ZAGREBELSKY, P.P. PORTINARO, J. LUTHER (a cura di), *op.cit.*, 83 ss.

<sup>76</sup> In proposito N. LUHMANN, *Il diritto*, cit., 217 ss. 519 ss. [239 ss. e 550 ss.]

<sup>77</sup> Sul punto, oltre al classico riferimento costituito da A. DE TOCQUEVILLE, *L'antico regime e la rivoluzione* (1856), tr.it., Rizzoli, Milano, 1998, si vedano, in sintesi, P. COSTA, *Lo Stato di diritto: un'introduzione storica*, in P. Costa, D. Zolo (a cura di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Feltrinelli, Milano, 2002, 89 ss.; P. RIDOLA, *Profilo storico del costituzionalismo moderno*, in ID., *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Giappichelli, Torino, 2010, 12 ss.; F. RIMOLI, *L'idea di costituzione. Una storia critica*, Carocci, Roma, 2011, 77 ss.

<sup>78</sup> Richiamo le tesi sintetizzate in N. LUHMANN, *La differenziazione del diritto. Contributi alla sociologia e alla teoria del diritto* (saggi, 1981), tr.it. il Mulino, Bologna, 1990, 81 ss.

un duplice paradigma capace di conferire legittimazione politica alle strutture interne di un diritto positivizzato.