

QUALCHE CONSIDERAZIONE SU LEGALITÀ E GIUSTIZIA

La confusione delle parole e la necessità del concetto

Attualmente il linguaggio non è usato etimologicamente, ma ideologicamente. Perciò è opportuno, parlando di *legalità* e *giustizia*, soffermarsi innanzitutto sul significato di queste due parole.

Differenza tra legalità e legittimità

Incominciamo con il problema della *legalità*. La *modernità* sembra confondere la *legalità* con la *legittimità*. Si potrebbe dire meglio che la *modernità giuridica* ignora la *legittimità* in quanto per essa legittimo è sinonimo di legale. Fa eccezione – è vero – il Diritto canonico che ignora, invece, il termine legale: esso usa unicamente il termine legittimo in senso esattamente inverso rispetto al Diritto civile positivo. Per il Diritto civile positivo legittimo è ciò che è *vigente*; per il Diritto canonico legittimo è ciò che è *valido*¹.

Legalità deriva da legge. Della legge si può parlare in tanti sensi. Diverse e contrapposte sono, infatti, le sue definizioni (le definizioni – è bene sottolinearlo – non sono necessariamente concetti, cioè coglimento della realtà ontica delle cose). Per la classicità la legge è scoperta di ciò che è (PLATONE, *Minosse*²). Il che non consente ad alcuno di abrogare le obbligazioni naturali³ (come, per esempio, pretese e fece la Repubblica italiana con il D. P. R. n. 396/2000 consentendo il parto in incognito) o di cambiare la natura delle «cose» (per esempio, di «riconoscere» come matrimonio qualsiasi forma di convivenza definita «civile» o di cambiare *ad nutum*

¹ Sulla questione, fra le molte pubblicazioni, si può vedere AA.VV., *Diritto, Diritto naturale, Ordinamento giuridico*, a cura di Danilo Castellano, Padova, Cedam, 2002, in particolare il contributo di F. A. LAMAS, *Esperienza giuridica e validità del diritto*.

² Platone, infatti, scrive che «la legge è una scoperta con la quale si trova ciò che si trova, in questo simile alla medicina con la quale si scopre ciò che dà salute» (*Minosse*, 314 B).

³ Non solamente è impossibile l'abrogazione delle obbligazioni naturali. È impossibile comprendere lo stesso diritto – anche quello positivo – se esso è ridotto a mera tecnica, anche quando essa assurge a comprensione teorica dell'ordinamento giuridico. La legalità, infatti, non può dare i criteri per la comprensione approfondita di se stessa. La considerazione vale anche per le obbligazioni contrattuali. Lo ha dimostrato ampiamente con un'approfondita analisi del Diritto civile e commerciale George Ripert [cfr. G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, Parigi, Librairie générale de Droit et de Jurisprudence R. Pichon et R. Durant-Auzias, 1949 (IV ed.)]. Ciò non esclude l'imperfezione delle norme positive. Esclude, invece, che si possano sostenere tesi secondo le quali fra *giustizia* e *giuridicità* esiste una «scindibilità» per usare un termine di Francesco Olgiati (cfr. F. OLGIATI, *La riduzione del concetto filosofico di diritto al concetto di giustizia*, Milano, Giuffrè, 1932, p. 61).

l'essenza della donazione sia essa liberale o retributiva). La paternità e la maternità non possono essere lasciate all'elezione del singolo (come è stato proposto dal Governo tedesco qualche anno fa, nel 2022, secondo il quale andrebbe riconosciuta legalmente la famiglia elettiva, definita «comunità di responsabilità»). Nessuno, in altre parole può definirsi padre o figlio a piacimento: il padre e il figlio sono necessariamente quelli naturali, intendendo per naturali (diversamente, per esempio, dal Codice civile italiano il quale a proposito dei figli distingue – la distinzione civilistica è comprensibile - tra figlio naturale e figlio legittimo) il padre che ha contribuito alla procreazione e per figlio l'essere umano che è nato da un rapporto tra maschio e femmina. La legge (anche quella positiva) è un comando senza passione (ARISTOTELE, *Politica* III, 1286b⁴), vale a dire un comando razionale conforme alla razionalità contemplativa, diversa dalla, anzi contrapposta alla, razionalità come *calcolo*, teorizzata e suggerita, per esempio, da Hobbes e applicata nel nostro tempo sia dal legislatore sia dagli «operatori del diritto». A questi ultimi interessa generalmente la «vittoria» della causa anche passando sopra il diritto; al legislatore interessa, invece, disporre di uno strumento che gli consenta di operare per finalità spesso estranee alla giustizia e, talvolta, persino contrarie alla giustizia. Si pensi, per esempio, a molte norme delle Leggi finanziarie, attualmente denominate di stabilità o di bilancio, o alle norme fiscali, utilizzate per mettere in moto o per frenare il mercato.

Tommaso d'Aquino ritiene – giustamente – che la legge, ogni legge, sia partecipazione del diritto, non sua fonte come, invece, si insegna – erroneamente – nelle Facoltà di Giurisprudenza⁵. L'Aquinate, infatti, ritiene che la legge sia «un ordine della ragione orientato al bene comune, fatta da colui che ha cura della comunità, e promulgata»⁶. Per essere un ordine della ragione essa dev'essere conforme all'ordine ontico delle «cose». È contro l'ordine ontico delle «cose», per esempio, negare la soggettività giuridica (cioè riconoscere la schiavitù); è contro l'ordine ontico delle «cose» pretendere, in presenza di una divisione successoria, la divisione di un animale fra gli eredi; è contro l'ordine delle «cose» ritenere che il reato sia tale solamente perché contrasta con la volontà dello Stato⁷. La legge, anche

⁴ Aristotele, anche a questo proposito, è «realista», ovvero mantiene i piedi per terra, sia sotto il profilo filosofico (la legge è ragione senza passione), sia sotto il profilo sociologico. Egli, infatti, osserva che quando l'uomo è al potere dimentica il comando di Dio e l'imperativo dell'intelligenza e lascia libero sfogo alla sua componente bestiale (*Politica*, III, 1286b).

⁵ Ho considerato sinteticamente la questione qualche anno fa (cfr. D. CASTELLANO, *Quale diritto?*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2013).

⁶ TOMMASO D'AQUINO, *S. Th.* I-II, q. 90, a. 4.

⁷ I penalisti giuspositivisti e i giuspositivisti in generale negano che il reato poggi su presupposti etici e abbia rilievo per i suoi aspetti contrari all'etica. Senza prendere in considerazione – anche se la considerazione sarebbe opportuna - la questione della natura dell'etica, va rilevato che è molto riduttiva e, in ultima analisi, errata la seguente definizione di reato che si legge, per esempio, nelle pagine dell'Antolisei: reato – scrive questo Autore – è «quel comportamento umano che, a giudizio del legislatore, contrasta coi fini dello Stato ed esige come sanzione una pena (criminale)» [cfr. F. ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penale*, Parte generale, a cura di Luigi Conti, Milano, Giuffrè, 1975 (VII ed.), p. 132]. I giuspositivisti sono costretti a considerare il reato esclusivamente dal punto di vista formale, anzi formalistico. Ignorano, infatti, il suo carattere sostanziale. È stata, però, sottolineata la questione della sua natura ontologica (cfr. L. PETTOELLO MANTOVANI, *Il*

quella positiva, non solo deve rispettare quest'ordine ma dev'essere finalizzata al bene comune che è il bene proprio di ogni uomo in quanto uomo e, perciò, bene comune a tutti gli uomini. La legge non è chiamata, quindi, a imporre un ordine qualsiasi, quello che viene chiamato «ordine pubblico», affinché *ne cives ad arma ruant* (Hobbes); non è chiamata ad incanalare l'uso della libertà in conformità ad interessi economici momentaneamente eletti; non è chiamata a garantire la pratica della «libertà negativa», ovvero l'anarchia sia pure entro i limiti imposti dalla convivenza; non è chiamata a tutelare il cosiddetto diritto all'autodeterminazione assoluta della volontà soggettiva⁸, riconosciuto dalla stessa Costituzione (italiana) e, di fatto, ad essa sovraordinato (Corte costituzionale, Sentenza n. 467/1991)⁹.

Per la modernità la legge - lo si è già accennato - è mero strumento operativo¹⁰. Basterebbe leggere la definizione che ne dà Cesare Beccaria per rendersene conto. Per Cesare Beccaria, infatti, la legge è la «condizione con la quale uomini indipendenti e isolati si uniscono in società, stanchi di vivere in un continuo stato di guerra e di godere di una libertà resa inutile dall'incertezza di conservarla»¹¹. Cesare Beccaria, come si vede, ripropone con chiarezza le teorie politiche gnostiche del Protestantismo circa la legge e la genesi della società civile. La legge, dunque, sarebbe strumento, in ultima analisi, di dominio e di controllo sociale, cioè di controllo delle volontà individuali ritenute in perenne e inevitabile conflitto. Secondo questa definizione di legge illuministica, ma poco illuminata, - lo stato di natura, infatti, è solamente un'ipotesi, non è un dato di fatto¹² - essa servirebbe, dunque, a garantire la neutralizzazione del conflitto, che è altra cosa rispetto alla pace sociale¹³.

concetto ontologico del reato, Milano, Giuffrè, 1954). Per un'ampia considerazione del reato in una prospettiva non esclusivamente positivista si veda G. BETTIOL, *Diritto penale*, Padova, Cedam, 1982 (XI ed.), pp. 201 ss.

⁸ Alla questione ha dedicato un documentato lavoro R. DI MARCO, *Autodeterminazione e diritto*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2017.

⁹ Si fa riferimento a questa singolare e rilevante Sentenza della Corte costituzionale italiana perché essa riconosce che può essere conforme a Costituzione la sottrazione a obblighi definiti inderogabili dalla stessa Costituzione. Si trattava, nel caso, dell'obiezione di coscienza al servizio militare obbligatorio. La legittimità costituzionale di questa sottrazione sarebbe da ricercare nel fatto che la Costituzione dà rilievo alla coscienza soggettiva i cui dettami - retti o erronei, poco importa - e le scelte conformi a questi dettami sarebbero tutti giuridicamente legittimi e avrebbero diritto di affermarsi.

¹⁰ Sulla genesi della legge «moderna» è opportuna la lettura di M. BASTIT, *Naissance de la loi moderne*, Parigi, PUF, 1990.

Sul problema della legalità e della legittimità, nonché sul radicale contrasto fra concezione classica della legge e concezione moderna della medesima, si rinvia a M. AYUSO, *De la ley a la ley*, Madrid-Barcellona, Marcial Pons, 2001 (trad. it. Giffoni Valle Piana, Repostes, 2018).

¹¹ *Dei delitti e delle pene*, Livorno, Marco Coltellini, 1794, Capitolo I.

¹² Lo ha evidenziato magistralmente Jean-Jacques Rousseau, elaborando la sua teoria circa il contratto sociale, tesa a giustificare il potere e a imporre un'incondizionata soggezione dell'individuo allo Stato (cfr. J. J. ROUSSEAU, *Del contratto sociale o principî del diritto politico*).

¹³ Queste teorie contrattualistiche sono datate. Attualmente, infatti, si ritiene da più parti che il conflitto sia elemento essenziale della politica. Talvolta lo si scambia riduttivamente con il dibattito, anima della democrazia (anche se sarebbe necessario precisare la natura sia del dibattito sia della democrazia). Altre volte viene teorizzato il suo essenziale apporto positivo per la politica. La

Giustizia e giustizia, ovvero la pluralità dei modi di concepire la giustizia

Anche per quel che attiene al problema della giustizia va rilevata una pluralità di definizioni¹⁴.

È noto che secondo Ulpiano, il grande giurista dell'antica Roma, essa consiste nel dare a ciascuno il suo: *suum cuique tribuere*¹⁵. Definizione, questa, contestata da diversi giuristi contemporanei, prigionieri di un gretto positivismo assoluto e, pertanto, ancorati a quella che Kelsen chiama la *Grundnorm*, una norma priva di contenuto sostanziale e presupposta, la quale imporrebbe di riconoscere come giuridico qualsiasi ordinamento positivo (anche quello nazista, per esempio): ogni insieme coerente di norme effettivamente vigenti sarebbe giuridico¹⁶. Una norma presupposta imporrebbe, quindi, il rispetto delle norme poste, le quali, essendo effettivamente vigenti, non hanno bisogno, in ultima analisi, di altro se non del potere e di un potere non qualificato, vale a dire che basta loro il potere di fatto. La *Grundnorm* è, perciò, inutile. La coercizione in ultima analisi sarebbe fondamento del diritto: ciò che, in taluni casi, è strumento del diritto, diventerebbe così sua condizione. La giustizia verrebbe a coincidere con le prescrizioni legali e la stessa equità, lasciata quasi sempre incerta nella sua determinazione dagli ordinamenti giuridici positivi, sarebbe ricavabile esclusivamente da una ricostruzione teorica della medesima equità come assunta e prescritta dall'ordinamento positivo. Esempio, a questo proposito, è la questione dell'eguaglianza, come avremo modo di accennare.

La giustizia, com'è noto, ha avuto fin dall'antichità¹⁷ elaborazioni teoriche e una classificazione generalmente condivisa. Essa, quando è commutativa, riguarda i rapporti fra esseri umani in quanto «privati» (usando una terminologia corrente benché errata). Essa considera un rapporto sinalagmatico e prescrive l'osservanza della *proportio rei ad rem*; riguarda, poi, le relazioni fra individuo e Stato (meglio sarebbe dire fra individuo e comunità politica). In questo caso essa è definita legale; riguarda, inoltre, i doveri dello Stato o della comunità politica verso i cittadini (giustizia distributiva). Questa – la giustizia distributiva – è regolata dall'osservanza della *proportio rei ad personam*. In tempi recenti è stata rilevata l'esistenza di una giustizia amministrativa dalla maggioranza dei giuristi positivisticamente identificata con

politologia nordamericana, per esempio, ritiene che il conflitto sia non solo ineliminabile ma necessario (sulla questione si vedano le chiare pagine di A. PASSERIN D'ENTRÈVES, *La Dottrina dello Stato*, Torino, Giappichelli, 1967, pp. 23-101). Carl Schmitt, da parte sua, è dell'avviso che la categoria «amico-nemico», cioè il conflitto, sia una categoria per sua natura politica. Recentemente sulla questione si è acceso nuovamente il dibattito. Agostino Carrino, per esempio, propone di riconoscere apertamente il conflitto come elemento ontico di ogni società (cfr. A. CARRINO, *Le ragioni di Creonte*, Milano, La Nave di Teseo, 2024). Sono tesi difficilmente condivisibili sia per la loro origine gnostico-protestante sia perché si accontentano di un'analisi fenomenologica della questione.

¹⁴ Alla questione è stato dedicato un ampio e documentato lavoro da parte di Consuelo Martínez-Sicluna (*Del poder y la justicia*, Madrid, Actas, 1997).

¹⁵ *Digesto*, 1. 1. 1.

¹⁶ È, questa, - com'è noto - anche la tesi di Norberto Bobbio (cfr. *Teoria generale del diritto*, Torino, Giappichelli, 1993, soprattutto pp. 167-169).

¹⁷ Basterebbe leggere il Libro V dell'*Etica a Nicomaco* di Aristotele.

procedure puramente formali, che altri – un’assoluta minoranza – ha individuato, invece, come problema del rispetto dei diritti e delle competenze delle singole comunità istituzionali, vale a dire come problema del rispetto di ciò che spetta a ogni ente pubblico. Dario Composta ha pagine anticonformiste ed illuminanti a questo proposito¹⁸. Egli, infatti, sostiene che la giustizia amministrativa riguarda «gli organi del tutto verso quelli del medesimo o un altro»¹⁹. Riguarda, per esempio, il rapporto del Parlamento francese con il Parlamento europeo, vale a dire della Francia verso l’Unione Europea.

Andiamo per gradi. Ulpiano ha dato un’intramontabile definizione di giustizia, che è stata «letta», soprattutto negli anni a noi vicini, come riguardante essenzialmente i rapporti intersoggettivi, quegli aspetti che di solito i giuristi comprendono nell’*alterità* del diritto. Anche giuristi di notevole statura, come per esempio Alberto Trabucchi²⁰, sono stati così indotti a ritenere che la prima parte del trinomio ulpiano (*l’honeste vivere*) sia da considerarsi esclusivamente morale, privo di rilevanza giuridica. Trattasi evidentemente, a nostro avviso, di un errore, sottolineato non solamente dalla rilevanza data dal Codice civile italiano in vigore agli aspetti che investono le questioni relative al rapporto del soggetto con se stesso (art. 5, Atti di disposizione del proprio corpo) ma anche dai problemi bioetici e biogiuridici contemporanei.

Per comprendere la giustizia come *constans et perpetua voluntas ius cuique tribuendi*. (Ulpiano) è opportuno considerare che il grande giurista dell’antica Roma si iscrive nella tradizione classica²¹.

Platone considerò il problema con riferimento sia all’individuo sia alla comunità politica. L’equilibrio delle anime – sia quello riguardante l’individuo e i rapporti fra la sua anima concupiscibile, irascibile e razionale, sia quello riguardante la società e, quindi, le categorie dei lavoratori, dei militari e dei governanti/filosofi – è

¹⁸ Cfr. D. COMPOSTA, *Filosofia morale ed etica sociale*, Roma, Pontificia Università Urbaniana, 1983, particolarmente pp. 73 ss..

¹⁹ *Ivi*, p. 74.

²⁰ Cfr. A. TRABUCCHI, *Istituzioni di Diritto civile*, Padova, Cedam 1975 (XXI ed.), p. 11.

Trabucchi non è il solo a sostenere questa tesi, condivisa da pensatori e giuristi insigni. Noi restiamo di diverso avviso, poiché non c’è dubbio che, per esempio, il diritto soggettivo non è affatto una mera facoltà concessa dall’ordinamento giuridico positivo, ma è il diritto che ha il soggetto di compiere un proprio dovere (il quale, essendo dovere, è strettamente legato alla giustizia). Intendiamoci: è bene che l’ordinamento riconosca questo. Il riconoscimento non è, però, istituzione del diritto ma presa d’atto di una obbligazione. Essendoci obbligazioni anche verso se stessi, si dovrebbe concludere che *l’honeste vivere* ulpiano investe anche le questioni giuridiche che riguardano il soggetto. La «*moralis facultas aliquid habendi vel omittendi*» - così definisce il diritto soggettivo Francisco Suarez (*De legibus*, L. 1, c. 2) – vale solamente per quei doveri che conseguono a libere scelte personali. Per esempio alla scelta del matrimonio o di fare testamento. Non comprende, quindi, l’universalità dei diritti e non consente volontarismi. In altre parole la scelta, per quel che riguarda alcune materie, è volontaria; ciò che, invece, consegue alla scelta non è lasciato alla decisione del soggetto.

²¹ Per un’esposizione sintetica e chiara del modo di concepire la giustizia, il diritto e la legge dall’antichità orientale fino ai nostri giorni e per comprendere il significato di «classicità» giuridica, si rinvia a B. MONTEJANO, *Curso de Derecho Natural*, Buenos Aires, LexisNexis Abeledo-Perrot, 2002 (VII ed.).

simultaneamente richiesta e segno di giustizia. Per Platone l'essenza della giustizia sta, comunque, nel compimento del proprio dovere.

Aristotele, da parte sua, osservò che la giustizia, almeno quella che l'Autore chiama «correttiva»²², sta nel giusto mezzo, né troppo né troppo poco²³. Il che significa che ognuno deve avere cura di sé e degli altri considerando tutti gli aspetti del suo e del loro ordine ontico. Deve preoccuparsi di favorire, a livello comunitario, la comprensione e l'applicazione della giusta misura. Il che significa che l'uniformità livellatrice, cioè l'eguaglianza illuministica, è una ingiustizia. Le «parità», come attualmente proposte e rivendicate, sono assurde, vale a dire sono un insulto alla giustizia. I genitori, per esempio, devono alimentare i figli secondo i loro bisogni naturali, considerando la loro età, tenendo presenti le attività da loro svolte. Il malato non deve essere alimentato come il sano. L'eguaglianza vera, cioè sostanziale, richiede di tener presenti le differenze, non di annullarle.

Cicerone, poi, invitò a considerare un altro aspetto, attuale in tutte le epoche, anche nel nostro tempo. La giustizia non coincide con la legalità. La giustizia, infatti, non coincide con l'ossequio delle leggi scritte, cioè positivistiche. Talvolta, anzi, queste ultime consentono autentiche iniquità. Cicerone esemplifica affermando che le leggi scritte consentono le rapine, l'adulterio, la falsificazione dei testamenti e via dicendo²⁴. Oggi si dovrebbe rilevare che le leggi scritte consentono il furto legale (per esempio il prelievo del 2 per mille sui depositi, come avviene in Italia e con aliquote diverse in molti altri Paesi), l'uccisione dell'innocente (come avviene, per esempio, in caso di aborto procurato o di infanticidio, resi legali), i rapporti incestuosi (legalizzati in Germania a partire dal 2014 a due condizioni: che ci sia il consenso delle parti e che esse siano maggiorenni).

Trattasi di un antico problema, sollevato con forza, per esempio, da Antigone contro Creonte ma anche da due levatrici ebrae - Sifra e Pua -, che, come ci ricorda il libro dell'*Esodo*²⁵, ritennero di essere obbligate a obbedire a Dio piuttosto che al Faraone; trattasi di una questione, dunque, che ha attraversato i secoli e che è tuttora attuale: il dispotismo politico non ammette regole al di sopra di sé, la giustizia è rivendicata come prodotto del potere, il diritto positivo è ritenuto sua fonte. Quello che è un'autentica beffa alla giustizia, è l'elaborazione, relativamente recente (risale, infatti, all'Ottocento) della teoria dello «Stato di diritto» che è quello Stato nel quale nulla si può contro la legge positiva ma tutto si può con la legge positiva. Se da una parte, infatti, lo «Stato di diritto» rivela la necessità di controllare gli arbitrii del potere (per loro natura ingiusti, irrazionali anche quando e, forse, soprattutto quando vengono esercitati con la razionalità come *calcolo*), dall'altra si deve registrare che le procedure non sono sufficienti né a contenerli né ad eliminarli. Nel rispetto, per esempio, delle regole procedurali della democrazia moderna sono possibili e, quel che è ancora peggio, legittimati i totalitarismi. Nel rispetto delle procedure si può

²² Cfr. ARISTOTELE, *Etica a Nicomaco*, L. V, 4, 1131b.

²³ Michel Villey completa l'esposizione ricordando che a questa caratteristica della giustizia vanno aggiunti l'oggetto e la proporzione. Si veda M. VILLEY, *Le droit e les droits de l'homme*, Parigi, PUF, 1983 (trad. spagnola Madrid. Marcial Pons, 2019, pp. 47-61).

²⁴ *De legibus*, I, 15-16.

²⁵ 1, 15.

dare la morte a un essere umano innocente, come per esempio avviene con l'aborto procurato. La giustizia non sta nei formalismi, non è tutelata dalla legalità. Per tutelare la giustizia è necessario che essa sia fondamento e criterio della legge positiva, cioè della legalità.

Un aneddoto e un insegnamento

Nella seconda metà del 2024 hanno suscitato scalpore le parole di papa Francesco secondo il quale l'aborto procurato è un omicidio e chi lo pratica o aiuta a praticarlo è un «sicario»²⁶. Molti medici si sono sentiti «colpiti». Diversi Ordini hanno protestato. Per respingere le accuse del Papa hanno invocato la legge positiva vigente: la legalità giustificerebbe – a loro avviso – un atto contro giustizia, cioè un atto intrinsecamente perverso.

Il concepito ha diritto alla vita anche se personalmente non può rivendicare questo suo diritto. Ha diritto alla vita semplicemente perché ce l'ha. E, avendola, nessuno dovrebbe togliergliela, vale a dire il diritto viene prima della legge positiva che mai può legittimare una simile azione. Persino Autori come Locke – l'affermazione sta nel discutibile suo lavoro *Lettera sulla tolleranza*²⁷ – affermano che «prima si deve obbedienza a Dio, poi alle leggi [positive]». Questo imperativo vale anche per l'ateo, perché nessuno può eliminare l'obbligatorietà della legge conforme a giustizia. Se, poi, la legge non è conforme a giustizia essa non è legge: *non videtur esse lex quae iusta non fuerit*, sentenziò Tommaso d'Aquino alcuni secoli fa²⁸, seguendo il magistero di Agostino d'Ippona il quale aveva lapidariamente sentenziato che *lex iniusta non est lex*²⁹. Dunque, la legalità, che dovrebbe essere sempre e necessariamente subordinata alla giustizia (anche se spesso è, invece, strumento contro di essa), non ha il potere di trasformare la natura intrinsecamente perversa di un'azione e di renderla buona.

Il caso del processo di Norimberga

Il problema è clamorosamente esploso al termine della seconda guerra mondiale allorché fu istituito il Tribunale di Norimberga. Si trattava, com'è noto, di processare coloro che, avendo eseguito ordini ricevuti e conformi alle norme positive, nonché avendo ottemperato alle prescrizioni delle leggi positive vigenti al tempo del regime nazista, erano accusati di aver compiuto crimini contro l'umanità. Gli imputati ritennero di giustificare il proprio operato affermando di aver eseguito ordini (almeno formalmente) legittimi e di aver ottemperato a prescrizioni normative. Dunque, gli

²⁶ Cfr. Intervista, rilasciata durante il volo di ritorno dal Belgio, del 29 settembre 2024.

²⁷ Cfr. J. LOCKE, *Lettera sulla tolleranza*, a cura di Carlo Augusto Viano, Roma-Bari, Editori Laterza, 2024, p. 41.

Fra le monografie dedicate a Locke merita segnalato il lavoro di J. F. SEGOVIA, *La ley natural en la teleraña de la razón. Ética, derecho y política en John Locke*, Madrid, Marcial Pons, 2014.

Trattasi di un lavoro obiettivamente critico e rigorosamente attento anche alla questione cui si è appena fatto riferimento.

²⁸ TOMMASO D'AQUINO, *S. Th.*, I-II, q. 95, a. 2, Respondeo.

²⁹ *De libero arbitrio*, I.

imputati e la loro difesa si appellarono alla legalità. Furono, però, condannati. Furono condannati sulla base di una nuova legalità imposta dai vincitori della seconda guerra mondiale? In altre parole furono condannati sulla base di norme imposte dal nuovo potere?³⁰. Se così fosse si dovrebbe prendere atto del definitivo tramonto della giustizia, forse addirittura della sua non esistenza. La legalità senza giustizia diventerebbe un serio problema per il diritto³¹.

Due parole conclusive

Il relativismo giuridico, quello che sostiene che la fonte del diritto è la legge positiva, giustificerebbe ogni iniquità, anche quella delle condanne momentaneamente legali ma, per la loro provvisorietà, difficilmente definibili giuste, anche se tali, talvolta, solo per caso.

Solo la giustizia, che per l'uomo non è mai assoluta (essa, infatti, va continuamente cercata), consente di giudicare e legittima l'inflizione di condanne. La legge positiva, in quanto determinazione del diritto che, a sua volta, è determinazione della giustizia (come osservò Aristotele³²), è un aiuto per cercare ed affermare la giustizia. Solo la giustizia – lo si è già detto - è fondamento della legittimità della legalità che, diversamente, sarebbe strumento di iniquità.

Danilo Castellano

³⁰ La questione con riferimento alla dottrina di alcuni Autori contemporanei è stata analizzata da Consuelo Martinez-Sicluna y Sepulveda (cfr. C. MARTINEZ-SICLUNA y SEPULVEDA, *Legalidad y legitimidad: la teoría del poder*, Madrid, Actas, 1991 (trad. it. Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006).

³¹ Cfr. F. OLGATI, *Op. cit.*, p. 60.

³² *Politica*, I, 1253a.