

La sistematica connessione tra diritto e morale¹

Il positivismo giuridico assume che il diritto sia un ordinamento normativo completamente separato dalla morale² e definisce il diritto come un ordinamento coercitivo, che può avere qualunque contenuto. Con ciò si intende un ordinamento normativo consistente di due parti, delle quali una prescrive agli uomini determinati comportamenti, mentre la seconda incarica altri uomini, vale a dire gli organi della comunità, di infliggere conseguenze negative a quegli uomini, che abbiano posto in essere una fattispecie in violazione del diritto. Che un uomo “deve” osservare un certo comportamento significa, perciò, nulla più che il comportamento opposto deve essere minacciato con una sanzione. Il “dovere” del diritto non avrà quindi un contenuto etico. È eticamente indifferente. Pertanto qualunque contenuto potrebbe essere dal punto di vista giuridico obbligatorio o proibito³. Con ciò non deve naturalmente essere posto in discussione che le idee etiche o religiose potrebbero influenzare fortemente l’efficacia di fatto delle norme giuridiche. La validità delle norme giuridiche, cioè il loro “esprimere un dovere”, dovrà considerarsi tuttavia semplicemente indipendente dalla morale. Quella validità riposa esclusivamente sul collegamento espresso in una proposizione giuridica di una fattispecie con una sanzione. Dovrà essere, cioè, considerato giuridico ciò che una proposizione giuridica sanziona con l’inflizione di una conseguenza giuridica.

Un’analisi delle proposizioni giuridiche positive ci mostra tuttavia che queste non usano, in ogni modo, il “dovere” solo in tale significato. Certo il “dovere” di una proposizione giuridica “positiva”, indirizzato a persone private (o agli organi inferiori dello Stato), non significa altro che quella proposizione se la si osserva isolatamente, collega un determinato comportamento con una sanzione.

Accanto a questo tipo di “dovere” giuridico positivo c’è tuttavia ancora un *altro* tipo, che viene regolarmente trascurato dal positivismo giuridico. Ogni ordinamento giuridico deve infatti prevedere un organo di chiusura, al quale esso affida anche una determinata condotta, senza tuttavia comminargli una sanzione per il caso tale organo tenga una condotta non conforme alle norme. Così, per esempio, la legge affida alle supreme giurisdizioni di uno Stato di osservare ed applicare le proprie norme. Quest’obbligo, tuttavia, non dipende più da una sanzione giuridico-positiva, in quanto il Tribunale Supremo deve decidere definitivamente sull’interpretazione e sull’applicazione delle leggi. Ma se un organo disciplinare dovesse esaminarne le decisioni e decretare sanzioni nei riguardi dei suoi membri a causa di decisioni contrarie alle leggi, sarebbe allora esattamente l’organo disciplinare quello cui è affidata una certa condotta valutabile *in maniera diversa*, ma non attraverso la comminazione di una sanzione. In ogni comunità giuridicamente ordinata, cioè, ci imbattiamo in un organo “ultimo”, che vogliamo indicare come *organo di confine*. Anche un organo di confine “deve” sulla base dell’ordinamento giuridico positivo osservare una

¹ Pubblicato per la prima volta in “*Forum der rechtsphilosophie*”, 1950, p- 9-19. Ristampato in *Die Wiener Rechtstheoretische Schule* (a cura di Klecatsky, Marcic, Schambeck), Wien 1968 (ristampato a sua volta sempre in Wien nel 2010 sempre a cura di Klecatsky e Schambeck).

² Kelsen, *Reine Rechtslehre* (1934); Guggenheim, *Lehrbuch des Völkerrechts*, I (1947), 7 “Qualsiasi contenuto può costituire diritto”

³ Kelsen, *ivi*.

determinata condotta. Questo “dovere” tuttavia non è fondato sulla comminazione di una sanzione, ma su un *appello alla coscienza* dello stesso organo di confine, cioè sul rinvio alla *morale*, che obbliga l'organo di confine ad osservare l'ordinamento giuridico secondo la migliore *scienza e coscienza*⁴. L'organo di confine è cioè obbligato ad osservare una certa condotta al *fuori del puro rispetto verso la norma*.

Ciò dimostra che un “dovere”, espresso in un ordinamento giuridico, ha un *doppio* significato: nelle norme indirizzate alle persone private (o agli organi subordinati) esso significa un dovere sanzionato (comportati così, altrimenti incorrerai in una pena), al contrario nelle norme dirette agli organi superiori esso significa un dovere senza sanzione (comportati così, perché così comanda la morale). Tuttavia ogni proposizione giuridica finisce in definitiva in un rinvio ad un dovere morale, in quanto anche la validità delle norme sanzionate è dipendente da norme morali prive di sanzioni. Questa idea può essere resa comprensibile attraverso le seguenti considerazioni: se l'ordinamento giuridico ordina agli uomini il comportamento “A” attraverso una specifica sanzione, la validità di questa norma dipende dalla norma morale sprovvista di sanzione, che affida all'organo di confine di esprimere un giudizio solo quando il comportamento “A” non è osservato. Vale a dire che se questa norma morale venisse eliminata, anche la serie di norme sanzionate diventerebbero fragili, in quanto in nessun modo sussisterebbe un obbligo di imporre la sanzione comminata.

Così si prova tuttavia che la validità delle norme giuridiche positive dipende dalla morale, Diritto e morale sono perciò *necessariamente* collegati.

Oltre a tale collegamento il diritto è *regolarmente* legato anche ad altre norme, in quanto l'organo di confine è obbligato non solo dalla morale, ma anche da diverse norme sociali (norme convenzionali), per esempio norme dell'onore e della professione, a mantenersi, nell'esercizio della sua attività d'ufficio, strettamente nell'ambito del diritto. Tutto ciò dimostra che il diritto positivo non costituisce un'esistenza isolata, ma è intrecciato insieme ad altri gruppi di norme in un *tappeto normativo*. All'interno di tale tappeto siamo naturalmente tenuti a distinguere i diversi fili normativi. Ma questa attività di discernimento non deve e non può mai indurre ad uno sfilacciamento. È pertanto merito del positivismo giuridico di aver messo bene in luce la specificità del diritto di fronte agli altri gruppi di norme, ma esso va oltre lo scopo, quando vuole sciogliere i fili giuridici della ricca tessitura di norme, senza essere consapevole del fatto che con ciò è lo stesso diritto positivo ad essere distrutto.

Il necessario legame del diritto con la morale vale anche nel diritto internazionale. Ora, in questo ordinamento tale collegamento viene in evidenza in modo ancora più chiaro che nel diritto dello Stato, in quanto quest'ultimo prevede per lo più una serie di organi fino ad incontrare alla fine l'organo di confine, mentre la proposizione giuridica del diritto internazionale è molto meno articolata. Nell'antico diritto internazionale non organizzato la formulazione della proposizione giuridica ha un tenore breve e semplice: se lo Stato “A” non osserva il comportamento imposto dal diritto internazionale, lo Stato “B”, che da ciò ha subito un danno, potrà (non dovrà) reagire contro tale comportamento con una sanzione (rappresaglia, guerra). Se questa radice costituisce il solo fondamento della sanzione al comportamento dello Stato “A”, mentre il dovere dello Stato “B” di imporre, quindi,

⁴ Ci ralleghiamo di poter richiamare l'attenzione su ciò che Kelsen, nell'edizione inglese della sua Dottrina generale dello Stato (*General Theory of law and State*, 1946, 281) ormai sottolinea: che la serie di sanzioni non può essere senza fine, ma deve interrompersi in qualche modo. Egli trascura tuttavia - ahimé! - di trarre le conseguenze sul rapporto tra diritto e morale che risultano da ciò e che sono state più sopra esposte. Lo stesso vale per Kurz, *Z. oe. R. I* (1948), Heft 3.

semplicemente la sanzione - se esso ha patito principalmente una violazione del diritto internazionale da parte di "A" - si fonda sulla norma morale non sanzionata della *bona fides*. In questo senso già Bynkershoek ha sottolineato che il diritto internazionale è costituito sul *treu und glauben*⁵: "*Pacta privatorum tuetur jus civile, pacta Principum bona fides. Hanc si tollis, tollis mutua inter Principes commercia...quin et tollis ipsum jus gentium*"⁶. Se si prescinde da questo principio morale, crolla lo stesso diritto internazionale in se'.

Anche nel nuovo diritto internazionale organizzato le norme sanzionate hanno esito in una norma *senza sanzione*. Nella formulazione delle disposizioni giuridiche è stata tuttavia introdotta una modifica in quanto la Carta delle Nazioni Unite non solo proibisce ogni minaccia alla pace, ogni rottura della pace ed ogni azione aggressiva, ma le collega con una sanzione della stessa comunità, in quanto l'art. 30 obbliga il Consiglio di Sicurezza ad intervenire con tutti i mezzi idonei allo scopo contro tali situazioni suscettibili di mettere in pericolo la pace. Mentre tuttavia il dovere degli Stati normali di contenere ogni reciproca azione di forza, è fondato sulla norma testé descritta assistita da sanzione, l'obbligo imposto al Consiglio di Sicurezza - stabilito solo nell'art. 39, e non anche in altri casi - di prendere misure adeguate allo scopo non è sanzionato.

Che il Consiglio di Sicurezza debba operare in una certa maniera non significa, perciò, che i suoi membri sono spinti dalla minaccia di una sanzione, ma che il Consiglio stesso deve procedere secondo *una certa attenzione al diritto* in tal modo e non altrimenti. Poiché ora tuttavia il nuovo diritto internazionale dipende da questa norma priva di sanzione, si rende perciò inequivoco che anche il nuovo diritto internazionale è legato inescandibilmente a certe norme morali.

Questo risultato è indirettamente confermato anche dalla nuova teoria sul diritto positivo fondata da Kelsen, in quanto quest'ultimo ha riconosciuto che il diritto positivo può essere compreso come un ordinamento di norme solo quando sia ancorato ad una norma sovrapositiva. Questa norma Kelsen la denomina *Grundnorm* (norma bene o norma fondamentale n.d.t.). Essa tuttavia per Kelsen non è una norma oggettivamente esistente, ma una semplice ipotesi di scienza per ridurre ad unità il materiale giuridico-positivo. Questa tesi significa certamente un progresso a fronte del precedente positivismo giuridico, ma tuttavia non conduce ad un'effettiva soluzione del problema, in quanto la normatività del diritto non può essere fondata su una pura supposizione, ma solo su una norma vigente nella società. Come è stato precedentemente dimostrato, è anche possibile facilmente trovare tuttavia questa norma, se per una volta si riconosce che il diritto positivo non è un esserci isolato, ma è intrecciato *in un' inscindibile unità* con le restanti norme che regolano i comportamenti umani⁷.

Il medesimo risultato non può essere scosso da quelle teorie, che non considerano il diritto come un "dover essere", ma come la volontà dello Stato o di un'altra comunità (dichiarato o ad essi attribuita) di reagire con sanzioni in presenza di determinati presupposti; in quanto anche questa volontà è in grado di fondare un'obbligazione dei destinatari delle norme solo se esiste la supposizione che anche il detentore del potere sociale procederà secondo le norme da lui stesso emanate. Anche qui sussiste sullo sfondo (del diritto positivo) la norma *non sanzionata*, secondo la quale deve esser mantenuta la parola data. Se si omette questo fondamento etico, si annulla con ciò anche il diritto

⁵ Cioè sulla buona fede (*n.d.t.*)

⁶ *Quaestionum juris publici libri duo*, 1737, II cap. X

⁷ Allo stesso risultato perviene anche Ross nel suo libro "*Towards a realistic Jurisprudence*" (1946), 182 ss.

previsto dalle leggi. In tal modo il giuspositivismo filosofico conduce in definitiva all'abrogazione delle norme *generali*. Ad esso resta in mano nulla più che decisioni su singoli casi concreti. E attraverso questo ragionamento esso viene spinto in definitiva a ritenere che diritto sia solo e sempre ciò che anche l'organo di confine ha dichiarato, nel singolo caso, come diritto. A questa conseguenza effettivamente giunge P. A. Papaligouras, in quanto egli ritiene che l'organo di ultima istanza ha la possibilità giuridica “ *de considerer comme droit, sous pretexte quelconque, tout ce que bon lui semble* ”⁸. Ciò costituisce l'ultima e più consequenziale risposta del giuspositivismo estremo, con la quale, però, esso si scava la propria tomba.

Questo necessario legame tra diritto e morale non significa che tra essi vi sia coincidenza. Significa solo che il diritto positivo dipende da *singole* norme morali. Questo *settore* della morale viene di regola denominato il “diritto naturale”.

Con questa espressione, sin dall'antichità, s'intendono quelle norme che si lasciano dedurre dalla natura razionale e sociale dell'uomo. Al contrario il giuspositivismo filosofico⁹ non ritiene che sussistano norme di questo tipo, in quanto tutte le norme sono nate solo nello sviluppo sociale. Il giuspositivismo filosofico ritiene perciò il diritto naturale come un puro quadro di fantasia di singoli scrittori, che spacciano come diritto naturale i propri desideri politici. Il diritto naturale sarebbe cioè puro diritto *desiderato* (o diritto dei desideri n.d.t.). Su questa base il giuspositivismo filosofico identifica il diritto naturale con il *diritto ideale*, il cui contenuto è determinato dai desideri politici del suo autore. Pertanto il diritto naturale è anche regolarmente scambiato con la *dottrina del diritto naturale*. Questa opinione sembra essere confermata dal fatto che nel corso della storia sono state effettivamente prodotte diverse *dottrine del diritto naturale*, delle quali un indirizzo persegue il fine di giustificare il diritto positivo esistente, mentre l'altro si sforza di perfezionare il diritto dato. In questo senso si può distinguere tra le dottrine del diritto naturale conservatrici e quelle progressivo-rivoluzionarie¹⁰.

In senso contrario deve essere posto l'accento sul fatto che la varietà delle dottrine del diritto naturale non rappresenta una prova contraria all'esistenza del diritto naturale. La pluralità delle forme in cui si presentano le dottrine del diritto naturale ci indica solo che in ordine al diritto naturale sussistono diverse opinioni, ma non che *l'oggetto* stesso, cui esse mirano, non esista. Da ciò segue che la maggior parte delle dottrine del diritto naturale concordano essenzialmente nei propri *fondamenti*. Tutte riconoscono che l'uomo *per la sua stessa natura* è un essere *razionale e sociale*, in quanto egli può pervenire allo sviluppo delle proprie forze solo nella comunità con gli altri uomini. Ora, poiché tuttavia ogni comunità esige un proprio ordinamento, da questa prima proposizione risulta con stringente necessità una seconda: che l'uomo è obbligato dalla sua natura sociale ad obbedire all'ordinamento della comunità. Inoltre, se ci si mantiene fermi al fatto che l'ordinamento sociale è ancorato alla natura *dell'uomo*, risulta da ciò la conseguenza finale che l'ordinamento della comunità non ha un'esistenza separata ed autonoma dall'uomo, ma può soltanto perseguire lo scopo di servire al suo sviluppo fisico, spirituale e morale. dell'uomo. Questa catena

⁸ *Théorie de la société internationale* (1948) 156 p.

⁹ Noi distinguiamo tra il giuspositivismo *filosofico* e quello *empirico*. Con giuspositivismo *filosofico* individuiamo quella teoria, che nega il diritto naturale, mentre come positivismo *empirico* quella teoria che ha come oggetto il diritto positivo. Perciò anche un rappresentante del diritto naturale può essere un giuspositivista empirico.

¹⁰ Su ciò innanzitutto Kelsen, *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus* (1928).

normativa di tre anelli forma il comune fondamento di tutte le dottrine del diritto naturale da Aristotele ai giorni nostri¹¹.

Solo nelle ulteriori deduzioni le dottrine del diritto naturale si discostano parzialmente l'una dall'altra. Le diversità esistono in parte per il fatto che le proposizioni di livello superiore si applicano a diverse fattispecie sociali e perciò debbono necessariamente condurre a diversi risultati. In tal modo si chiarisce anche la tendenza conservativa e progressista delle diverse dottrine del diritto naturale. Quei ricercatori che ancorano giusnaturalisticamente le norme esistenti, appaiono conservatori, mentre quelli che, a causa del diritto naturale, postulano *nuove* norme, passano per rivoluzionari. Oltre a ciò tuttavia ogni sistema di diritto naturale, che ecceda l'esposizione dei principi generali, è effettivamente più o meno soggettivo, in quanto la sua applicazione ai rapporti concreti non costituisce un'operazione aritmetica, ma passa attraverso la percezione valoriale dello studioso. Dobbiamo perciò nettamente distinguere fra il diritto naturale *primario* (il complesso delle sue dirette conclusioni) e le ulteriori conseguenze, che da tali conclusioni, sono tratte.

Un codice di diritto naturale valido in generale è perciò anche impossibile, in quanto i rapporti sociali si trovano in un continuo fluire, onde le conclusioni adatte ad una determinata situazione appaiono non più appropriate ad un'altra situazione. Così, ad esempio, la regola dell'orario di lavoro di otto ore giornaliera, che normalmente è adeguata nel moderno stato industriale, in altre condizioni, come ad esempio nell'economia domestica chiusa o in tempi di di necessità, è irrazionale e, perciò, contraria al diritto naturale. Finché perciò, la scuola storica del diritto ed il giuspositivismo de essa derivato contrastano semplicemente la validità generale dei sistemi di diritto naturale, vi si deve assolutamente aderire.

Già la *originaria* dottrina del diritto internazionale ha peraltro evitato questi errori, in quanto ad essa non è accaduto di costruire sistemi di questo tipo. Essa si è piuttosto limitata ad applicare il diritto naturale primario alle relazioni fra gli Stati. Il nesso logico dei suoi concetti è il seguente: così come gli uomini nella loro natura razionale e sociale sono stimolati a collegarsi l'un l'altro, anche gli Stati, che altro non sono che raggruppamenti di uomini, sono obbligati dalla loro natura sociale a riconoscersi reciprocamente come membri della grande comunità umana ed a vivere secondo l'ordinamento di questa comunità. Questa conclusione ricca di conseguenze fu per la prima volta tratta dalla dottrina del diritto internazionale *spagnola*. Grozio ha assunto questa idea e l'ha trasferita sullo scisma religioso. In piena convergenza con quanto sopra Christian Wolff parla di *civitas maxima* e Vattel della "*Société de Nations*". Questa idea giusnaturalistica forma il fondamento normativo delle comunità degli Stati, senza la quale idea quest'ultima si risolverebbe in diversi complessi di potere in lotta reciproca. Ed infatti Nietzsche perviene a questa conclusione finale, in quanto nega la morale generale e l'universale ordinamento giuridico ad essa collegato¹².

Ciò dimostra tuttavia che anche il diritto internazionale positivo senza questo fondamento giusnaturalistico si risolverebbe in un'infinita varietà di note diplomatiche, trattati fra Stati ed arbitrati. Si possiede la parte, ma manca, ahimè, il legame spirituale. Questo riconoscimento è alla base anche della moderna teoria del diritto internazionale, che, in opposizione all'antico positivismo giuridico, si studia di fondare il diritto internazionale positivo su una *Grundnorm* (norma fondamentale) sovrapositiva. Anzillotti sostiene che tale norma fondamentale è la proposizione

¹¹ Sul punto cfr. il mio *Grundlinien der antiken Rechts- und Staatsphilosophie* (1946), 139 s. (II ed., 1948).

¹² *Zur Genealogie der Moral* §11

pacta sunt servanda. Al contrario Kelsen afferma che il diritto consuetudinario già presuppone questa norma, per cui la norma fondamentale dovrebbe suonare nel senso che gli Stati devono comportarsi secondo l'uso precedente. Queste e simili formule presuppongono tutte peraltro l'esistenza degli Stati ed il loro legame in una comunità. Senza di essi non può esserci né un trattato internazionale, né una consuetudine giuridica internazionale. Perciò queste formule sono completamente prive di contenuto, se si omettessero i loro retroscena sociologici e giusnaturalistici. Se tuttavia tali retroscena vengono presi in considerazione, si dimostra che per la definizione contenutistica della *Grundnorm* (norma fondamentale) del diritto internazionale dobbiamo rintracciare i principi giuridici fondamentali concordemente riconosciuti dai popoli civilizzati¹³, in quanto le norme del diritto consuetudinario sono state costruite solo *sulla base della convergente coscienza giuridica degli Stati*. Anche il diritto dei trattati ha le proprie radici in un tale principio giuridico fondamentale, vale a dire sul principio della *bona fides*, e non soltanto negli usi, che spesso contraddicono questo principio. Perciò la norma fondamentale del diritto internazionale esige che gli enti dotati di soggettività giuridica internazionale debbano osservare, negli usi e nei trattati, i principi giuridici fondamentali di cui si è detto, ed i loro più stretti sviluppi¹⁴.

¹³ Art. 38 dello Statuto della Corte internazionale

¹⁴ v. già in Festschrift per Kelsen, 362.