

LA SCELTA GIURIDICA PREMIALE *

1. IL PRAXEOLOGISMO COME DESIGNAZIONE DI UN POSSIBILE INDIRIZZO IN FILOSOFIA

1.1. *Realismo giuridico tomista*

S. Tommaso con la determinazione «hoc nomen ius primo impositum est ad significandum ipsam rem iustam»¹, propone una definizione dello 'ius' non come 'giusto', 'iustum', bensì come la 'res iusta'².

L'attività umana desume la propria norma dalle virtù cardinali. Il diritto, come attività umana che si attua nelle relazioni interpersonali, è una determinazione secondo giustizia, posta dalla virtù cardinale, che regola le azioni 'ad alterum'.

1.2. *Virtus est quae bonum facit habentem et opus reddit bonum*³

Le virtù cardinali della prudenza, forza e temperanza pongono il 'principio' secondo cui la virtù perfeziona il soggetto e l'atto, cosicché «non determinatur aliquid rectum nisi secundum quod aliquid fit ab agente»⁴, poiché non è possibile rinvenire la perfezione della virtù nell'atto, senza che sia espressione del soggetto; ciò non avviene necessariamente secondo la virtù della giustizia giacché «etiam non considerato qualiter ab agente fiat».

La giustizia quindi, ha un «oggetto formalmente doppio, in quanto esso può considerarsi come ornato di due perfezioni, oggettiva e soggettiva, oppure spoglio di quella soggettiva e vestito solo di quella oggettiva [...]

* Estratto della relazione che ho tenuto presso il Castello di Teggiano il 31 ottobre 1998 in occasione del convegno sul tema *I diritti dell'uomo nel Mezzogiorno*, promosso da S. E. Mons. Francesco Pio Tanburino, *Segretario della Congregazione per il Culto Divino e la Disciplina dei Sacramenti della Curia Romana*.

1 San Tommaso, *Summa Theologiae*, Torino 1950, II, II, q. 57, a 1, ad 1 ed 2.

2 Tale definizione si inquadra nel contesto dell'intera II, II, q. 57.

3 *Ivi*, I, II, q. 55, 3.

4 *Ivi*, II, II, q. 57, 1.

Nella prima ipotesi [...] abbiamo la giustizia tutta spiegata, e pienamente efficace, in grado di ottenere il *iustum perfectum in ordine moralitatis* [...]. Ma nella seconda ipotesi essa ottiene solo un *iustum imperfectum*, un'armonia tutta esteriore di cose e di azioni»⁵. In tal modo «la giustizia rimane mutila e, non riuscendo più a fare *bonum hominem*, si limita a fare *bonum opus* o *bonum actum*».

1.3. *Il 'iustum imperfectum', il 'bonum opus' può essere disgiunto dal 'bonus homo'*

Se la giustizia è la virtù per la quale 'suum unicuique tribuitur', il diritto è quel 'suum', è l'oggetto della giustizia visto nel suo possibile, non necessario isolamento dall'animo del soggetto agente. Questa dissociazione del soggetto dall'oggetto permette a S. Tommaso di identificare indifferentemente il diritto col la 'res', l'*opus*' o l'*actio*'. I nostri atti, presi nella loro esteriorità e avulsi dall'animo, cadono al livello delle cose, diventano 'res'; e solo in quanto possono essere equiparati ad una 'cosa', sono 'diritto'. Il diritto è 'ipsa res iusta' e costituisce il fondamento di tutto l'ordine giuridico, nell'oggettivo ordinamento delle cose.

Ma, secondo S. Tommaso, anche la legge si fonda sull'ordinamento giusto delle cose, in quanto ne costituisce l'espressione⁶ e l'integrazione, che si ottengono attraverso i processi di adattamento, deduzione e determinazione. Dunque non il 'diritto discende dalla legge', ma la 'legge dal diritto' nel senso che l'ordinamento giuridico non è pura 'emanazione' di una norma o di una legislazione, che potrebbe concepirsi come il prodotto capriccioso della volontà di un legislatore, al contrario è la legge che nasce dall'ordinamento oggettivo delle cose, illuminate e trasfigurate dalla luce della ragione. Perciò la norma ha la sua radice ultima nella 'res iusta' e quindi nella stessa giustizia sicché, secondo il pensiero tomista, il diritto si potrebbe definire come l'ordinamento giusto delle cose, espresso ed integrato dalla norma.

Ma, a parte il legame tra norma e giustizia, la definizione 'ius = res iusta' conduce alla conclusione che per S. Tommaso il diritto-facoltà, come 'conseguenza' del 'diritto-norma', ne 'costituisce' l'aspetto fondamentale per cui sovente la 'legge' viene indicata con il termine 'ius' ed il 'diritto' con il termine 'lex'.

⁵ G. Graneris, *Contributi tomistici alla filosofia del diritto*, Torino 1949, p. 24 s.

⁶ San Tommaso, *Summa Theologiae*, II, II, q. 57, 1, ad 2: «Lex non est ipsum ius, proprie loquendo, sed aliqualis ratio iuris».

1.4. Javier Hervada

La giustizia, secondo la filosofia giuridica di Hervada, si pone nel rapporto diritto naturale, diritto positivo. I principi di giustizia sarebbero in tal modo propri del diritto naturale che preesisterebbe al diritto positivo. Egli ritiene che la giustizia, come virtù della volontà, sia da intendersi come «dare a ciascuno ciò che è suo» per una definizione che esclude la giustizia come virtù e norma, proposta da Kelsen. Secondo Hervada «Kelsen [...] confonde la virtù con la norma. La formula non dice —né è ad essa equivalente— che *si deve dare*, bensì solamente *dare*; non indica cioè un imperativo, ma un atto. E a ragione, perchè si riferisce ad una virtù ed indica quale sia l'atto di questa virtù, non la legge o norma dalla quale la virtù dipende»⁷. Hervada ritiene infatti che la giustizia, come virtù, dipenda dalla norma. «Ogni virtù consiste in una *disposizione* o abito delle potenze del soggetto; non è *norma* (*Sollen*), ma *fatto* (una qualità) (*Sein*). Di conseguenza la giustizia essendo una disposizione della volontà, non è una norma (*Sollen*), ma una qualità un fatto (*Sein*). Disposizione a che? Disposizione a compiere atti e, concretamente, l'atto di dare. Poichè le virtù si definiscono mediante i loro atti, «dare a ciascuno ciò che è suo» indica un atto, una azione (*dare*), non un precetto, né un dovere (*si deve dare*)»⁸.

1.4.1. La giustizia

La giustizia, nella filosofia di Hervada, rappresenta l'esigenza di garantire, in termini di valutazione effettuale, l'effettività, secondo un giudizio di relazione che sappia produrre conseguenze giuridiche idonee a «*ius suum cuique tribuere*»⁹. Quello che in apparenza può sembrare un insanabile contrasto tra diritto naturale e diritto positivo trova nella determinazione della giustizia come 'disposizione' od 'abito' la sua proposta interpretativa per una qualificazione del diritto premiale. L'*actio supra rogatum* nel rappresentare l'«abito» o la «disposizione» dell'uomo ad un'azione, consente una valutazione del comportamento per una qualificazione giuridica premiale come «*ius est potestas agendi*». Infatti il diritto premiale, nel garantire la giustizia come «*ius suum cuique tribuere*», tutela la scelta esistenziale che si pone come *nucleo di senso* del rapporto 'uomo-natura', secondo la 'positività' ed il 'movimento' della 'praxis' come «ek-stasi del fare»¹⁰, per una giu-

7 J. Hervada, *Introduzione critica al diritto naturale*, Milano 1990, p. 20.

8 *Ivi*, p. 20 s.

9 D. I, I, 10. «Iustitia est costans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi».

10 G. Capozzi, *Le ek-stasi del fare*, 2 vols., Napoli 1998.

ridificazione dei Diritti dell'Uomo dotata di 'effettività' e quindi idonea a garantire la 'giustizia' nel «dare a ciascuno il suo».

1.5. *L'identità del senso che funge da «svolgimento»: la «praxis»*

La filosofia di Gino Capozzi, affermando il «movimento» e la «positività» della praxis come ek-stàsi del fare, rende interessante una valutazione dell'indagine praxeologica condotta da Ludwig von Mises, Tadeusz Kotarbiński e da Giovanni Paolo II, che 'intenda' la qualificazione giuridica premiale sul fondamento e la natura dei diritti dell'uomo.

1.5.1. *Ludwig von Mises*

L'economia politica della scuola classica consente a von Mises di proporre la praxeologia come teoria generale dell'azione umana, secondo una distinzione che accoglie problemi economici e catallattici. L'azione è una manifestazione di volontà in cui non rilevano l'insieme degli eventi psicologici che risultano da un'azione, ma i mezzi per il raggiungimento dei fini. L'uomo è agente (e non solo sapiens) se e solo se è in grado, in qualsiasi modo, di *fare* ciò che *vuole fare* disponendo di ogni mezzo possibile e pensabile. L'azione umana, come azione razionale, ha come fine ultimo dell'azione il soddisfacimento dei desideri dell'agente che esprimono ideali e scopi materiali. L'azione razionale non si giustappone al comportamento irrazionale, ma alla reazione agli stimoli controllabili dalla volizione, secondo una distinzione che propone l'azione in una giustapposizione alla risposta reattiva. I principi della praxeologia sono valevoli per ogni azione umana, indipendentemente dai motivi, cause e scopi che ad essa sottostanno. Il soggettivismo dell'azione generale della scienza umana considera come 'dati', i fini per i quali stabilisce l'idoneità dei mezzi per raggiungerli. L'azione richiede e presuppone la categoria causale: la categoria mezzi-fini presuppone quella causa-effetto. L'uomo e non l'etica propongono una scala di determinazioni secondo le quali agire. Valore per von Mises è l'importanza che l'uomo agente attribuisce ai fini ultimi¹¹.

1.5.2. *Tadeusz Kotarbiński*

La concezione meta-praxeologica di Kotarbiński configura la praxeologia come «teoria generale dell'azione efficace»:

11 L. von Mises, *L'azione umana. Trattato di economia*, tr. it. di T. Biagiotti, Torino 1959, pp. 9-26.

- i) scienza dell'azione efficace;
- ii) scienza delle condizioni di efficacia delle azioni;
- iii) scienza che tende a rendere efficace l'azione.

Le definizioni suesposte rivelano un contrasto insanabile che Kotarbiński intende proporre come articolato di una metodologia generale:

- i) analisi semantica, come chiarificazione dei concetti praxeologici in un metalinguaggio descrittivo;
- ii) formulazione delle affermazioni praxeologiche;
- iii) formulazioni di nuove direttive, secondo le conoscenze tecnico-scientifiche ed in funzione delle azioni elementari;
- iv) formalizzazione ed assiomatizzazione delle direttive praxeologiche;
- v) giustificazione delle affermazioni praxeologiche;
- vi) applicazione delle direttive praxeologiche.

Le direttive praxeologiche dell'azione efficiente sono indicazioni sull'uso di mezzi per raggiungere determinati fini nella relazione tra primari e secondari. Infatti il raggiungimento dei fini secondari è ottenuto secondo il perseguimento di quelli primari. Il mezzo che consente di raggiungere un fine è, da un punto di vista praxeologico, un evento frutto del lavoro svolto da un agente che può consistere in un cambiamento o in uno stato di cose, prodotto in vista di un fine. E' interessante un rinvio all'individuazione dei due significati, come analisi del concetto di mezzo, proposta da von Wright secondo la distinzione:

- i) mezzo strumento;
- ii) mezzo azione ¹².

1.5.2.1. L'azione efficiente

Nello sviluppare la teoria dell'azione efficiente Kotarbiński distingue tre accezioni dell' 'efficienza':

- i) in senso universale;
- ii) in senso sintetico;
- iii) in senso manipolativo.

L'efficacia prevedibile non è legata al raggiungimento di un fine auspicabile, ma intende il risultato ritenuto di sicuro conseguimento. La stima

12 G. H. von Wright, *The Varieties of Goodness*, London 1963, p. 160 ss.

della probabilità di successo influenza il procedimento che conduce al raggiungimento del fine, non limitando il previsto grado di efficienza. In tal modo la praxeologia designa la «teoria generale dell'attività efficace» che dovrebbe comprendere la totalità dei domini dell'attività utile dei soggetti agenti, dal punto di vista dell'efficacia delle loro azioni¹³.

1.5.3. Giovanni Paolo II

La «correlazione» tra uomo ed espressione della sua attività è secondo Giovanni Paolo II, un criterio ermeneutico giacché «l'atto costituisce il particolare momento in cui la persona si rivela»¹⁴ e «la relazione persona-atto costituisce ciò che la tradizione filosofica ha definito con il termine di 'praxis'»¹⁵. L'azione cosciente manifesta la persona che aiuta a comprendere pienamente, secondo una determinazione dell'atto, contemporaneamente:

- i) «transitivo» (transiens), cerca una espressione od un effetto nel mondo esterno, obiettivizzandosi;
- ii) «non transitivo» (non transiens), determina la qualità ed il valore del soggetto, di cui stabilisce il suo *fieri*.

«La priorità dell'uomo come soggetto essenziale dell'azione umana, cioè la priorità nel senso metafisico, è legata all'idea della *praxis*, nel senso che decide su di essa [...]. La priorità dell'uomo in senso «metafisico» significa che la *praxis* suppone l'uomo come suo soggetto e non il contrario. La priorità dell'uomo in senso «praxeologico» ci costringe a riportare l'essenza stessa ed il valore stesso della *praxis* all'uomo»¹⁶. La *praxis* esclude la lotta onesta delle diverse convinzioni, delle diverse concezioni nel campo dei fondamentali problemi della vita sociale, come pratica deformazione di qualsiasi ideologia che aspira al bene dell'uomo.

1.5.3.1. La morale viva come «ethos» della *praxis* umana

Come può e deve agire l'uomo che accoglie l' «ethos»? Nel suo intimo può ricorrere alla sorgente dei suoi atti interiori od esteriori? Come l'uomo dovrebbe agire, cioè in che modo i valori conosciuti costituiscono un 'dovere' della sua volontà e del suo cuore, dei suoi desideri e delle sue scelte? In che modo i valori 'obbligano' nell'azione, nel comportamento e, se accolti

13 T. Kotarbiński, *Praxiology, An Introduction to the Scienze of Efficient Action*, Oxford 1965.

14 K. Wojtyła, *Persona e atto*, Roma 1982, p. 29.

15 *Ivi*, p. 35.

16 Giovanni Paolo II, *Perché l'uomo*, Milano 1995, p. 181 s.

mediante la conoscenza, impegnano già nel pensare ed in certa qual maniera nel sentire?¹⁷

Secondo Giovanni Paolo II queste domande sono significative per la praxis umana ed indicano un legame organico con l'ethos: la morale viva è sempre ethos della praxis umana.

Le risposte che l'uomo dà a queste domande secondo coscienza, consapevolezza e sensibilità morale, attuano continuamente una compenetrazione dell'ethos e della praxis. Qui vivono la propria vita, non esclusivamente teoretica, i singoli principi, cioè le norme della morale con le loro motivazioni elaborate e divulgate dai moralisti, ma anche quelle che elabora, sicuramente non senza un legame col lavoro dei moralisti e degli scienziati, l'uomo 'storico', come autore e soggetto diretto della morale reale, come co-autore della sua storia, dal quale dipende anche il livello della morale stessa, il suo progresso o la sua decadenza. La coscienza dell'uomo attua una compenetrazione dell'ethos e della praxis umana secondo consapevolezza e sensibilità morale. La storia dell'ethos scorre in un alveo multiforme, in cui le singole correnti si *avvicinano* o *allontanano* vicendevolmente. Giovanni Paolo II ritiene che conservare la soggettività della persona nell'ambito della «praxis» umana significa «assicurare questa soggettività anche nella collettività umana, nella società e nello Stato» per una ragione ed un senso che garantiscano i diritti dell'uomo¹⁸.

1.5.4. Gino Capozzi

I risultati acquisiti alla ricerca si pongono per la designazione di un indirizzo della filosofia come praxeologismo, secondo la 'positività' ed il 'movimento' della praxis come «ek-stàsi del fare» di Capozzi. La comparazione del praxeologismo con la modalità del dialettismo esclude la «negatività» come «anima della Dialettica» in Hegel, di cui viene accolto il «movimento». La «sintesi a priori» come «positività» diviene elemento costitutivo, unitamente al «movimento» della praxis come ek-stàsi del fare. La praxis come 'principium philosophiae', per i significati della tematica dell'inizio e dello svolgimento in filosofia, possiede le determinazioni di 'pragmata' e 'praxis'. «*Pragmata* è un *nucleo* che è privo di *sensu*, se non è posto in correlazione con *praxis*; *praxis* è uno *svolgimento* che è privo di *nucleo*, se non è posto in correlazione con *pragmata* [...]. I *pragmata* sono coinvolti in una *progressio-*

¹⁷ Giovanni Paolo II, *Valori evangelici e doveri del cuore umano*, Udiienza Generale Città del Vaticano, 15/10/1980.

¹⁸ Giovanni Paolo II, *La società attende dalle sue università il consolidamento della propria soggettività*, Aula Magna dell'Università Cattolica di Lublino (Polonia), 09/06/1987.

ne con cui sono connessi con la *praxis* da cui ricevono il *sensu* che non posseggono in sè e per sè; la *praxis* è coinvolta in una *regressione* con la quale rifluisce sui *pragmata* da cui aquisisce il *nucleo* che non possiede in sè e per sè¹⁹. La «ek-stàsi» coinvolge i caratteri di «movimento» e «positività» che sono costitutivi della *praxis*. La *praxis* è un fare che, «pur restando *unico*, *si sdoppia* internamente in “modificazioni oggettive e soggettive” di cui queste sono il *rovescio* attivo di quelle, siffatta unità della dualità, della dualità nell'unità della “modificazione oggettiva” che si *rovescia* nella “modificazione soggettiva”, sono ciò che è significato da *ek-stàsi*»²⁰. La praxeologia è «la modalità di rappresentazione dell'essere dei *pragmata* nella trasformazione in *praxeomeni* ad opera del logo della *Praxis*»²¹.

2. 'INITIUM', 'PRINCIPIUM' ED 'EXPLICATIO'. 'PRINCIPIUM IURIS' E 'PRINCIPIA IURIS' NELLA 'PRAXIS' DELL' «EK-STÀSI DEL FARE», PER UNA QUALIFICAZIONE GIURIDICA PREMIALE

2.1. '*Carattere formale*' e '*contenutistico*' «comune» dei corpi legislativi come '*initium iuris*'

I corpi legislativi antichi difettano di un 'criterio' di 'fondazione formale' e 'materiale o contenutistico' che dia luogo ad un 'sistema giuridico come ordinamento normativo', idoneo a configurare il 'principium iuris'²².

E' dato di conoscere, in base alle ricerche archeologiche finora attuate e agli studi approfonditi sugli scarsi documenti ritrovati, i seguenti corpi legislativi antichi:

i) Codice di Ur-Nammu (2050 a. C.).

Il Codice, dettato dal sovrano sumero Nammu, fondatore della III dinastia di Ur, è composto da 7 articoli e da un lungo prologo di carattere teologico-storico.

ii) Codice di Bilalama (1850 a. C.).

Il Codice, dettato dal re amorreo di Eshnunna Bilalama, è composto da 60 articoli, preceduti da un brevissimo prologo.

19 G. Capozzi, *Le ek-stàsi del fare*, p. 92.

20 *Ivi*, p. 101.

21 *Ivi*, p. 107.

22 Le annotazioni seguenti sono tratte liberamente e sinteticamente da: *Il messaggio della salvezza*, Corso completo di studi biblici a cura di Mons. A. Rolla, II: *L'Antico Testamento*, Parte I, *Dalle origini all'esilio*, Torino 1965, pp. 306-318.

iii) Codice di Lipit-Istar (1850 a. C.).

E' anch'esso un codice amorreo in lingua sumerica, dettato da Lipit-Istar della dinastia amorrea di Isin; è composto da 37 articoli, preceduti da un prologo e seguiti da un epilogo²³.

iv) Codice di Hammurabi (1728-1686 a. C.).

Il Codice fu dettato da rinvenuto Hammurabi re di Babilonia; è scolpito su un blocco di diorite nera, nel 1901 a Susa in Persia ed è composto da ben 282 articoli, riguardanti la proprietà, la famiglia e la vita sociale con il diritto criminale e civile. E' il Codice più completo e conservato tra quelli antichi²⁴.

v) Codice medio-assiro (1400 a. C.).

E' costituito da un centinaio di articoli, alcuni molto frammentari.

vi) Codice hittita (1400-1225 a. C.).

E' costituito da 200 articoli, di cui quelli lacunosi sono stati ricostruiti usufruendo di tavolette frammentarie di epoca più recente.

vii) Codice neo-babilonese (880-550 a. C.).

E' costituito da 7 articoli, contenuti su una tavoletta cuneiforme.

I corpi legislativi dell'antico Medio-Oriente, proposti nell'esposizione, se analizzati nei loro tratti essenziali, consentono di individuare un 'carattere formale' e 'contenutistico' comune che ne conferma l'interpretazione acquisita alla ricerca come 'initium iuris':

i) *quanto al contenuto*, riflettono il diritto fondamentale sumerico-accadico, il cui sviluppo giuridico essenzialmente in tre fasi:

1.^a fase: la vendetta del sangue determina la legge del taglione;

2.^a fase: la vendetta del sangue cede al mutuo accordo tra le parti;

3.^a fase: la composizione delle controversie avviene ricorrendo ai giudici costituiti;

ii) *quanto alla forma*, si rifugge da qualsiasi 'principio normativo' affermando una legislazione a 'formulazione casistica', presentata al *condizionale* e basata sulla *prassi* e la *consuetudine*. Il termine Codice, utilizzato come definizione di questi corpi legislativi, è assolutamente ingiustificato soprattutto nella relazione con l'accezione proposta dalla codificazione moderna²⁵.

23 E. Szlechter, *Les lois sumériennes*, I. - *Le Code d'Ur-Nammu*, II, *Le Code de Lipit-Istar* (= Pontificium Institutum Utriusque Iuris, *Studia et documenta*, 6), Romae 1983.

24 E. Szlechter, *Codex Hammurabi* (= Pontificium Institutum Utriusque Iuris, *Studia et documenta*, 3), Romae 1977.

25 Sul rapporto tra codificazione moderna e tecnicizzazione della scienza giuridica, cf. G. Tarello, voce 'codificazione', in *Dizionario di politica*, Torino 1976, p. 162 s.

2.2. *Il sistema giuridico romano e la scelta premiale*

Il sistema giuridico romano, come ordinamento normativo, è in grado di rappresentare il *'principium iuris'* secondo una esperienza giuridica che:

i) ponendosi come superamento di ogni possibile fonte di produzione normativa delle espressioni giuridiche pregresse, di per sé non idonee a rappresentare un criterio formale per un ordinamento giuridico come sistema normativo, ha proposto attraverso la consolidazione e la codificazione, la fondazione formale dell'ordinamento giuridico;

ii) ponendosi come superamento di ogni esperienza giuridica pregressa priva di un criterio di fondazione materiale e contenutistico, nella relazione:

coscienza: comportamento storico-sociale = comportamento storico-sociale: scelta esistenziale²⁶, propone un sistema giuridico come ordinamento normativo in cui il criterio di fondazione materiale e contenutistico rappresenta il *'principium iuris'* come fondamento.

La validità del *'rapporto'* 'sanzione negativa/sanzione positiva,' come 'conseguenza sanzionante' di un comportamento che *non si pone* come 'conformità' allo 'schema dell'obbligo' come dover essere del comportamento, ma che lo *'praecedit'* per un riconoscimento del premio come 'sanzione positiva' e lo 'nega' per l'infrazione della 'pena' come 'sanzione negativa', trova una sua 'ragione regolativa' come 'ragione giuridica' nell' 'ordinamento giuridico romano come sistema normativo'. Infatti, «del diritto romano e dei suoi sviluppi, parte fondante del diritto, è accentuato l'essere parte del presente, «odierno»/ «attuale»; da esso, dai suoi momenti forti / fondamentali / principi, si deduce»²⁷. L'esperienza giuridica romana evidenzia un sistema giuridico espressione di consolidazione e di codificazione, con un alternarsi che non ne esclude la continuità 'logica' nel tempo. Le fonti di produzione appaiono diverse, pur riproducendo in sostanza lo svolgimento dei *'principia iuris'*, come loro fondamento. La codificazione, anche come reazione ad una consolidazione, nel proporre principi generali nuovi, evidenziati dallo sviluppo storico-sociale, non può escluderne il fondamento che nei *'principia iuris'* ha sede.

Il *'principium iuris'*, rappresentato dall'esperienza giuridica romana, si *pone* come 'fondamento' dei 'principi generali del diritto' per una determi-

26 G. Capozzi, *Temporalità e norma*, Napoli³ 1996, p. 60.

27 S. Schipani, *Principia iuris potissima pars principum est. Principi generali del diritto*, in: *Nozione, formazione e interpretazione del diritto. Dall'età romana alle esperienze moderne*. Ricerche dedicate al Professor Filippo Gallo, Napoli 1997, p. 665.

nazione del *rapporto* 'premio/pena' che riconosca lo 'schema primario' dell' 'obbligo' come 'conformità' al *dover essere del comportamento*²⁸.

2.2.1. La premialità nell'esperienza giuridica romana

Rudolf von Jhering comprese l'importanza della ricompensa e del premio nel mondo romano, anche come strumenti indispensabili per il raggiungimento di molteplici obiettivi²⁹.

In Roma la ricompensa pubblica non aveva un valore solamente sociale, ma un significato anche giuridico, giacché al diritto penale corrispondeva un diritto premiale.

Jhering sostiene che durante la Repubblica il diritto al premio fu qualificato con una prevalenza rispetto alla pena, sia sotto l'aspetto sostanziale che processuale. La pena era integrata nella sua funzione dal premio, ricalcando un sistema consolidatosi nel tempo. La possibilità che il conferimento del premio desse luogo a controversie era prevista con lo stesso *modus procedendi* contemplato per la risoluzione delle questioni penali. Neppure al Mommsen sfugge la dimensione premialistica del diritto romano, pur valutandone prevalentemente gli aspetti penali³⁰.

Il concetto *solonico* che ravvisa la concessione di premi e la comminatoria di castighi, trova rispondenza in Roma nelle istituzioni e nello spirito che le animava.

Tuttavia il 'premio', come *modalità* di valutazione, fu disatteso dalla scienza nella tendenza, accentuatasi con Kelsen, di intendere il diritto secondo una prospettiva protettiva o repressiva, con specifico riferimento al diritto romano, per la ben nota crisi in cui versò la scienza criminalistica agli inizi del secolo.

I cenni alla dimensione premialistica negli studi furono esigui al punto da negare, o quanto meno minimizzarne la funzione anche in ambito romanistico.

Biondi confuta la definizione «[...] bonos non solum metu poenarum, verum etiam praemiorum quoque exhortatione efficere cupientes», proposta

28 La violazione delle norme che poggiano sulla convinzione collettiva provoca reazioni nell'ambito delle società che esse regolano. In questo caso sono violate norme 'effettivamente' vigenti, non norme esistenti, ma non osservate e quindi prive del requisito dell' 'effettività'. La sanzione, che talvolta può consistere anche in una coazione, accompagna sempre spontaneamente la norma dotata di 'effettività' perché osservata, quando invece accompagna una norma non osservata si dimostrerà inefficace pur esistendo formalmente (P. Piovani, *Il significato del principio di effettività*, Milano 1953).

29 R. von Jhering, *Der Zweck im Recht* (trad. it. a cura di G. Losano), Torino 1972, p. 139 s.

30 C. Ferrini, *Diritto penale romano*, Milano 1899.

nelle Pandette in tema di premi, circa la loro presunta capacità di migliorare gli uomini. Egli ritiene, infatti, che non sia compito del giurista rendere gli uomini buoni, ricorrendo ai premi. La storia del diritto romano non proporrebbe alcuna menzione di premi all'infuori di quelli promessi ai delatori, che viene escluso possano rendere gli uomini migliori³¹. L'enunciazione viene quindi attribuita a Giustiniano e giustificata come un'impostazione etico religiosa della giustizia che, intendendo la premialità secondo una valutazione in coscienza, investe il sovranaturale per il fine etico-religioso di rendere gli uomini migliori, giacché il principio premiale non avrebbe applicazioni pratiche, rivelando il fine dell'ordinamento.

2.2.2. *Il rapporto pena/premio*

Questa prassi, prima eccezionale, quindi generale, attraverso la qualificazione giuridica suscitò dure reazioni dell'opinione pubblica, sempre attenta alla «valutazione effettuale».

Il sistema giuridico romano seppe proporre un fondamento materiale e contenutistico che contemperasse il rapporto pena/ premio, secondo il fondamento formale dell'ordinamento giuridico.

Almeno inizialmente, le misure premiali ebbero carattere eccezionale, oltre ad essere temporanee; in età repubblicana e nel primo principato venivano autorizzate *ad actum*, con tutte le garanzie e pubblicità necessarie del Senato, assumendo la configurazione giuridica dei provvedimenti di 'grazia' o di 'amnistia', piuttosto che determinare 'circostanze di reato' o 'cause di esclusione della punibilità'.

I provvedimenti di 'grazia' e 'garanzia', anche se idonei ad integrare un diritto soggettivo, ugualmente possono essere proposte come tecniche premiali e promozionali, efficacemente adottate dai Romani.

Il diritto processuale premiale, così come per i *donna militaria*, propone una rigida regolamentazione giuridica.

I premi concessi a coloro che assumevano l'onere dell'accusa, non escludevano l'applicabilità di sanzioni in caso di dolo o, secondo le previsioni giuridiche poste da Claudio, nel caso in cui venisse abbandonata l'accusa ingiustamente. Si delinea il regime delle «*quaestiones perpetuae*», come tipico processo accusatorio, proprio degli ultimi secoli della repubblica e del principato.

31 B. Biondi, *Il diritto romano cristiano. 2. La giustizia. Le persone*, Milano 1952, p. 111.

La legge prevedeva dettagliatamente il tipo e l'entità della ricompensa, nonché i modi di attribuzione; generalmente il premio veniva sanzionato per il soggetto processuale che avesse avuto maggior merito nella riuscita del processo; in caso di disaccordo si instaurava un diverso processo per stabilire chi ne avesse diritto.

La ragione giuridica delle «leges de criminibus» dell'età repubblicana, nel prevedere il conferimento di premi agli accusatori che in tribunale avevano ragione dei loro avversari, incentivava l'individuazione ed il perseguimento dei reati, che l'ordinamento tardo repubblicano non riusciva a garantire sia per l'universalità della sua vigenza, che per evidenti carenze in sede di valutazione effettuale del comportamento storico-sociale, come conseguenza giuridica, dovute alla mancanza di una struttura di polizia e di una magistratura stabile. Ricorrere direttamente ai singoli cittadini era un'esigenza imprescindibile che coincideva con una rappresentazione repubblicana dello Stato.

I Romani, consapevoli che l'accusa sarebbe stata assunta non solo per motivi ideali, prevedevano —secondo l'interpretazione proposta da Quintiliano— una varietà di premi/incentivi, che avevano cura di distinguere dalla vile mercede dei delatori.

La premialità dell'esperienza giuridica romana assume modalità diverse secondo le scelte istituzionali che intende garantire, rendendo difficile una proposta interpretativa che delinei un'unica ispirazione ideologica e politica.

2.3. Le «ek-stàsi del fare» e l'ipotesi cronologica

Si profila l'attualità della filosofia di Gino Capozzi che coinvolge con l'«ek-stàsi» i caratteri di «movimento» e «positività» che sono costitutivi della praxis. Il nucleo di senso della scelta esistenziale è in una «progressione dei pragmata ed in una regressione della praxis con l'estensione degli uni nel senso dell'altra, con la saldatura di questa al nucleo di quella»³².

I *principia*, secondo il senso esistenziale della scelta come nucleo del rapporto uomo-natura, individuati dalla scienza giuridica, sono la riduzione delle variabili dei casi sotto le costanti dei principi.

Il sistema giuridico romano, come ordinamento normativo, consente di individuare i *principia iuris* come *principium* e *svolgimento* attraverso una giuridificazione che, secondo le fonti di produzione proposte dalla *consolidazione* e dalla *codificazione*, nel loro alternarsi e succedersi, garantisce il *movimento* e la *positività* della *praxis* come *ek-stàsi del fare*. Lo svolgimento

32 G. Capozzi, *Le ek-stàsi del fare*, p. 93.

dei *principia iuris*, secondo una valutazione ed una qualificazione proposta dalla codificazione come previsione delle alternative possibili, trova una verifica dello svolgimento della praxis attraverso la scienza giuridica *stricto-sensu* che riduce le variabili dei casi sotto le costanti dei principi. La giurisprudenza, come scienza sussidiaria nella fase di consolidazione in cui le variabili dei casi sono rappresentate attraverso le costanti dei principi, assume un ruolo prevalente nella fase della codificazione in cui «la riduzione delle variabili dei 'casi' sotto le costanti dei 'principi', nella elevazione della giurisprudenza da casistica a scienza, implicano l'impiego di rigorosi e razionali procedimenti formali di elaborazione e sistemazione che sono interpretabili e designabili con i 'significati' di dogma e dogmatica»³³.

L'ipotesi cronologica, secondo il rapporto nomos/cromos posto dal sistema giuridico romano come ordinamento normativo, acquisisce una validità senza contraddizioni con l'ipotesi deontologica. La codificazione e la consolidazione, come fonti di produzione normativa, l'una come *sincronia*, secondo l'ipotesi deontologica, l'altra come *diacronia*, secondo quella cronologica, propongono la scelta giurica che superando «il «conflitto latente» tra valore giuridico e sviluppo storico sociale»³⁴, reso evidente dal prevalere delle forze nella società, garantisce una giuridificazione secondo «il «movimento» e la «positività» della praxis come «ek-stàsi»³⁵. Il sistema giuridico romano, come ordinamento normativo, consente alla scienza giuridica di ancorare «le *variabili* dei casi [...] alle costanti dei 'principi'»³⁶ per l'individuazione del *principium* come fondamento e rappresentazione dei principi generali del diritto.

2.4. *Il rapporto tra 'costanti' e 'variabili' propone quello tra 'principio' e 'svolgimento', con una validità diacronica del «principium», anche come «explicatio»*

Quale il senso di un 'principio' che si fa 'svolgimento' e di uno 'svolgimento' che ha il suo *fondamento* come 'principio'?

La scelta giuridica come previsione per una scelta esistenziale si pone nel rapporto:

coscienza: comportamento storico-sociale = comportamento storico-sociale: scelta esistenziale.

33 G. Capozzi, *Filosofia, scienza e praxis del diritto*, Napoli 1992, p. 151 s.

34 *Ivi*, p. 202.

35 G. Capozzi, *Le ek-stàsi del fare*, p. 100.

36 G. Capozzi, *Filosofia, scienza e praxis del diritto*, p. 151.

La consolidazione come fonte di produzione:

i) intende «la coscienza come *individuum portans mysteria*, da un lato la società dall'altro la mondità nell'ek-stàsi del fare»³⁷ che coinvolge i caratteri di «movimento» e «positività», della praxis;

ii) consente allo sviluppo storico-sociale una giuridificazione che superi il conflitto tra valore giuridico e sviluppo storico-sociale.

La codificazione come scelta esistenziale è:

i) l'atto della discriminazione dei possibili o dell'impegno in una delle alternative possibili;

ii) l'atto anticipatorio e progettante nel quale il futuro viene in qualche modo determinato.

Il prevalere delle forze nella società può dar luogo a scelte esistenziali con validità soggettiva, cioè rappresentazioni soggettive prive di validità effettuale in sede di conseguenza giuridica. Il conflitto tra le forze all'interno della società potrà determinare scelte accidentali, pur sempre manifestazione della «sostanza come totalità degli accidenti nei quali essa si rivela come la loro assoluta negatività, cioè come potenza assoluta, ed insieme come la ricchezza di ogni contenuto»³⁸.

2.4.1. *Il «principium iuris» come «fondamento» e i «principia iuris» come «explicatio» del «principium iuris», secondo l'ek-stàsi del fare come 'movimento' e 'positività' della praxis*

Attraverso la *scienza giuridica stricto-sensu*, secondo l'adozione di razionali e rigorosi procedimenti formali, vengono ancorate le variabili dei casi alle costanti dei principi³⁹ per una individuazione del *principium iuris* come *fondamento* e dei *principia iuris* come *svolgimento* del *principium iuris*. La consolidazione, come fonte di produzione, favorisce questa individuazione, rispettando il rapporto tra valore giuridico e sviluppo storico-sociale; la codificazione, come scelta giuridica possibile, può determinare una previsione come discriminazione dei possibili, secondo il prevalere delle forze nella società.

In quest'ultimo caso la *scienza giuridica stricto sensu*, come giurisprudenza, sarà chiamata ad individuare i *principi* come costanti, dalle variabili dei casi⁴⁰.

37 G. Capozzi, *Le ek-stàsi del fare*, p. 529 s..

38 G. W. Hegel, *Encyklopädie der philosophischen Wissenschaften im Grundrisse*, 1830, § 151.

39 G. Capozzi, *Filosofia, scienza e praxis del diritto*, p. 151.

40 *Ivi*.

Dai risultati acquisiti alla ricerca:

codificazione: consolidazione = sincronica: diacronia⁴¹

Diacronico e sincronico designano rispettivamente *l'asse della simultaneità* dal quale è escluso ogni intervento di tempo e *l'asse delle successioni* che consente di considerare solo una cosa alla volta, ma in cui sono situate tutte le cose del primo asse, con i loro cambiamenti.

Si profila, in sintesi, la necessità giuridica di *costanti diacroniche*, per un *principium iuris* come *fondamento* e per i *principia iuris* come *svolgimento* dei *principi* come *costanti diacroniche*.

3. GENESI DEL DIRITTO PREMIALE NELLA PRAXIS DELL'INDIVIDUALITÀ STORICA

3.1. *Le regole regolative*

Searle ritiene che «le regole regolative regolino forme di comportamento già esistenti in precedenza o esistenti indipendentemente, [...] un'attività preesistente, la cui esistenza è logicamente indipendente dalle regole»⁴².

La definizione suesposta ammette regole in dimensione diacronica in cui il tempo è reversibile e non cumulativo, espressioni di una analitica della necessità giuridica, secondo una validità ideale o axeologica come valore, giustizia e qualità di una norma, la quale è così come deve essere. Conte afferma che «la validità è non una proprietà (*Eigenschaft*) d'una norma, «ma la sua esistenza, la sua specifica esistenza: la sua esistenza ideale» (*sondern ihre Existenz, ihre spezifische, ideelle Existenz*)»⁴³.

Tuttavia se:

i) «la validità *formale*», nell'evidenziare «l'apparenza della norma, intesa come enunciato, ad un certo insieme di enunciati normativi, ad un linguaggio normativo»⁴⁴, rileva in sede di previsione giuridica o di conseguenza giuridica;

ii) «la validità *ideale* o (axeologica) è il valore, la giustizia di una norma, è la qualità d'una norma la quale sia così come essa deve essere»⁴⁵;

41 F. de Saussure, *Cours de linguistique générale*, 1922², p. 115.

42 J. R. Searle, *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*, Cambridge 1969, ed. it., Torino 1976, 1992, p. 61.

43 A. G. Conte, *Filosofia del linguaggio normativo*, I, Torino 1995, p. 130.

44 *Ivi*, p. 129.

45 *Ivi*.

iii) «la validità *materiale* (o *fattuale*, o *effettuale*) è l'efficacia d' una norma»⁴⁶ che rileva in sede di conseguenza giuridica;

iv) «validità formale, validità ideale, validità materiale non sono omogenee, congeneri, non sono tre specie di un unico e stesso genere»⁴⁷;

La validità *ideale* della norma diacronicamente intesa che ha autonoma rilevanza e prescinde da una validità nell'ordinamento o dell'ordinamento spazio-temporalmente determinato e singolarmente inteso, *afferma* le regole che rappresentano la validità attraverso la significazione del bene nell'accezione tradizionale che indica ciò che nel linguaggio moderno è definito valore.

In tal modo le regole regolative hanno il compito di 'regolare' la previsione giuridica che è simultaneamente valida diacronicamente e deontologicamente, secondo una rappresentazione dell'accezione «bene».

3.1.1. *La regola regolativa come 'verità' ed 'utilità' implica una 'validità' come conformità diacronica di un comportamento nella giuridificazione*

Le regole regolative avrebbero lo scopo di regolare dei comportamenti che sono *diffusi* diacronicamente così da essere sempre vevoli come 'verità' o 'regola' dell'azione umana. 'Verità' ed 'utilità' integrano la regola regolativa da intendersi come conformità diacronica tra previsione e comportamento effettuale. «Prendendo a fondamento il concetto che io giudico il più saldo, tutto ciò che mi sembra in accordo con esso lo pongo come vero sia che si tratti di causa sia che si tratti di altre cose esistenti; quello che non mi sembra in accordo con esso, lo pongo come non vero»⁴⁸. Infatti «c'è, sopra la nostra mente, una legge che si chiama verità». Viene presupposta la definizione nominale di verità che è quella della corrispondenza. Il criterio della verità può concernere solo la forma della verità, cioè del pensiero in generale, e consiste nella conformità alle «leggi generali necessarie all'intelletto»⁴⁹. La verità è utilità; «vero, non significa in generale se non ciò che è adatto alla conservazione della umanità. Ciò che mi fa pensare quando ci credo non è vero per me, è una relazione arbitraria ed illegittima del mio essere con le cose esterne»⁵⁰. La qualificazione giuridica di un comportamento, secondo le regole regolative, non richiede, quindi, un *rapporto ad*

46 *Ivi.*

47 *Ivi.*

48 Platone, *Phaedo*, 100 a.

49 I. Kant, *Kritik der reinen Vernunft*, 1781, Logica, Intr. III.

50 F. Nietzsche, *Der Wille zur Macht*, 1906, § 78, 507.

aescludendum tra verità ed utilità. Si delinea la possibilità di una relazione che abbia come incognita la regola regolativa nel rapporto:

verità: utilità = validità diacronica: regola regolativa.

La regola regolativa, come previsione giuridica effettuale, esclude ogni condizione di possibilità, introducendo la certezza giuridica come ordine giuridico e confermando in termini di inferenza statistica la validità effettuale di una previsione giuridica regolativa.

3.2. Il valore 'assoluto'

Il valore 'assoluto' ha uno *status* assolutistico ed al tempo stesso soggettivistico perché, pur essendo completamente indipendente dai rapporti del valore con l'uomo, ha un modo d'essere del valore in stretto rapporto con l'uomo o con le attività o il mondo umano. Questa interpretazione contesta la teoria dei valori nella classificazione che propone un concetto metafisico o assolutistico e un concetto empiristico o soggettivistico del valore. Il diritto, nel 'modellare' e 'disciplinare' la condotta dell'uomo mediante gli schemi che estrae dal comportamento, implica l'"atteggiamento" come 'abito' e 'disposizione', come comportamento specificamente umano, includente quindi elementi anticipatori e normativi:

- i) progetto;
- ii) previsione;
- iii) scelta.

Secondo Dewey il termine 'atteggiamento', sinonimo di 'abito' e di 'disposizione', designerebbe «un caso speciale di predisposizione; la disposizione che aspetta di prorompere attraverso una porta aperta»⁵¹. La possibilità di comportamenti storico-sociali, come 'costanti diacroniche', conferma la mutabilità dello sviluppo storico-sociale ed i 'valori temporali'. Esistono certamente dei 'comportamenti diffusi' nella società, qualificabili come costanti diacroniche. Esistono anche dei valori temporali di per sé cangianti e legati alla mutabilità del comportamento storico-sociale.

3.2.1. Valori assoluti come idea assoluta di 'bene' nella giuridificazione

Il bene non è tale se non per un rapporto con l'uomo, cioè nei confronti di un interesse che l'uomo ha alla sua esistenza. Ma questo non lo

51 J. Dewey, *Human Nature and Conduct*, 1922, p. 41.

rende esclusivamente soggettivo, cioè non lo identifica puramente e semplicemente col piacere perché al riconoscimento del bene è connessa la valutazione concettuale della sua efficienza rispetto a ‘certi fini’ e questo costituisce il bene come un «valore oggettivo»⁵². La coincidenza di validità deontologica e di ‘sinteresi’, come abito naturale dei principi pratici, implica una scelta giuridica in cui «la realtà effettuale coincida in sé col bene». Il ‘bene’ tende a ‘relativizzarsi’ assumendo ‘significazioni’ che rendono necessario il ricorso alla ‘sinteresi’, come coincidenza tra ciò che è valido in senso deontologico e la ‘sinteresi’, come disposizione ad una azione che definiamo semplicemente ‘Bene’. In tal modo si subordina l’ appetibilità alla realtà e si considera il bene stesso come la realtà suprema.

3.2.2. *La teoria soggettivistica: il bene non è desiderato perché è perfezione e realtà, ma è perfezione e realtà perché è desiderato. Il ‘padrino’*

Ma in realtà, ciò che è ‘rappresentato’ come ‘Bene’ può anche ‘significare’ il disvalore di una data società. In questo caso il bene utilitaristico, come ‘sensibilità’, potrà rappresentare tanto il bene del singolo, quanto quello di un aggregato sociale⁵³. Il diritto come ordinamento, nella determinazione *ubi societas, ibi ius*, sottolinea il carattere unitario delle norme giuridiche che lo assumono non appena la società diviene effettiva sottolinea la possibilità di una reazione della società soltanto in caso di violazione di norme effettivamente vigenti —con esclusione delle norme esistenti, ma non osservate— che propone l’idea di ‘bene’ come ‘ratio essendi’ dell’ordinamento giuridico, accreditando alternativamente o unitariamente due determinazioni fondamentali in materia:

i) la teoria metafisica per la quale il bene è la realtà e precisamente la realtà perfetta o suprema e viene desiderato come tale;

ii) la teoria soggettivistica, secondo la quale il bene è ciò che viene desiderato o ciò che piace, ed è tale solo in questo rapporto. L’ordinamento giuridico canonico propone il ‘padrino’ come ‘funzione di predisposizione dell’ordine normativo’, per una rappresentazione possibile di un dominio della moralità, della condotta, dei comportamenti umani inter-soggettivi che, nell’accezione ‘bene’, designa il valore specifico di tali comportamenti. In questo significato, cioè come ‘bene’ morale, il bene è oggetto dell’etica e la registrazione dei suoi differenti significati storici deve essere fatta con riferimento all’

52 I. Kant, *Kritik der Urteilkraft*, 1790, § 5.

53 Aristotele, *Ethica nicomachea*, Oxford 1957, I, 1, 1094 a 3.

accezione 'Etica'. E' possibile proporre una classificazione generale che distingua il momento della predisposizione ed il momento dell'attuazione dell'ordine normativo. Nel primo dei due momenti vengono collocate le funzioni che provvedono alle fonti di produzione del diritto, nel secondo quelle che provvedono alla concreta realizzazione ed applicazione del diritto stesso.

3.2.3. *La 'querelle' sulla nozione di valore secondo la teoria soggettivistica del 'bene'*

Il relativismo dei valori implica *inevitabilmente* anche il relativismo dell'idea di bene, ammessa la possibilità che la nozione di valore soppianti il concetto soggettivo di 'bene'. Nelle 'discussioni' morali tende a prevalere, dopo Kant, la tendenza a sottolineare talune connessioni sistematiche tra il concetto soggettivistico di bene ed una 'data' nozione di valore. Tale *ordinamento* è stato successivamente soppiantato da una 'riproduzione' nel campo della teoria dei valori di una divisione analoga a quella che aveva caratterizzato la teoria del 'bene', che propone un concetto metafisico o assolutistico e un concetto empiristico o soggettivistico del valore stesso⁵⁴. Il valore assoluto è tale per un rapporto con l'uomo, cioè nei confronti di un 'interesse' che l'uomo ha alla propria 'esistenza'. L'intento è quello di una definizione di valore assoluto compatibile con la scelta giuridica possibile. E' necessario che, secondo l'approccio soggettivistico, venga fatta valere un' esigenza oggettivistica che di per sé costituisce la forza della teoria metafisica. In tal modo il valore assoluto, pur avendo in sé uno status completamente indipendente dai rapporti con l'uomo, *significandolo*, conserva il suo modo d'essere in stretto rapporto con l'uomo o con le attività o il mondo umano: la storia rappresenta i valori assoluti, senza relativizzarli alla propria mutevolezza. In tal modo il valore assoluto è tale per un rapporto con l'uomo, cioè nei confronti di un interesse che l'uomo ha alla propria esistenza⁵⁵. La relativizzazione possibile dei valori assoluti rende necessarie 'tavole' o 'scale' di valori. Secondo Orestano «bisogna fare attenzione e non assumere questi valori isolatamente. Di regola sono connessi in 'tavole' o 'scale di valori' e vi sono situazioni in cui i singoli valori possono essere i medesimi, identici, ma variamente disposti —scalarmente— in ciascuna 'tavola', ond'è dalla loro posizione relativa che gli uni acquistano rilievo, rispetto ad altri»⁵⁶.

54 Cf. E. Troeltsch, *Der Historismus un seine Probleme*, 1922, Gesammelte Schriften, III, p. 211.

55 *Ivi*, p. 211.

56 R. Orestano, *Edificazione del giuridico*, Bologna 1989, p. 233.

3.3. *I 'diritti dell'Uomo' come 'individuazione' di valori assoluti, secondo una scienza della condotta del 'fine' che consenta la 'scelta' come 'previsione effettuale'*

L'attualità dei 'Diritti dell'Uomo' afferma l'esigenza di individuare i valori assoluti, spinti dalla convinzione che solo le 'etiche del fine' consentano di operare scelte, come 'previsione effettuale' di un comportamento, agendo nell'ambito conoscitivo dei valori assoluti in rapporto con l'uomo, riconoscendo l'«interesse» che l'uomo ha alla propria «esistenza». La scelta giuridica come posizione esclusiva di un tipo di fatti «converte» l'Ethos della praxis umana nel dualismo etico del «fine» e del «movente». L'Ethos della praxis umana pone doveri nel pieno rispetto della gerarchia dei valori ed è potenzialmente indirizzata al «Bene» senza limiti⁵⁷.

3.4. *La scelta giuridica eidetico-costitutiva ed il 'dubium positivum'*

I valori relativi ed i valori assoluti relativizzati «necessitano» una scelta giuridica eidetico-costitutiva che superi il «dubium positivum» che pone limiti «ab intrinseco» alla previsione giuridica. L'obbligo, come schema primario della qualificazione giuridica, richiede una previsione che sia *garanzia* dei principi fondamentali di un dato ordinamento che si sostanziano in ciò che è «Bene» e/o «Utile» per esso. I valori relativi richiedono ed esigono una scelta eidetico-costitutiva. Ma, anche con riferimento ai valori assoluti che «tendono» a relativizzarsi, può nascere l'esigenza di una scelta giuridica che, secondo lo schema primario dell'obbligo, «disponga» il comportamento dell'uomo ad un «movente» significato dalla relativizzazione del valore assoluto e dal dubbio positivo e/ non probabile che l'uomo ha nella scelta, orientando l'azione nella rappresentazione di ciò che è «Bene» e/o «Utile», secondo i principi fondamentali di un dato ordinamento giuridico. Infatti «le regole costitutive[...] non si limitano a regolare, esse creano e definiscono nuove forme di comportamento»⁵⁸; «sono eidetico-costitutive quelle regole le quali sono il «prius» di ciò su cui vertono nel duplice senso che ne sono condizione (eidetica) di pensabilità ed (aletica) di possibilità»⁵⁹.

Il «dubium positivum» sussiste se ci sono ragioni per dubitare, che si equivalgono sia come condizioni di possibilità, che quanto a forza probante, secondo la seguente classificazione:

57 Per una definizione di scelta giuridica, cf. G. Capozzi, *Temporalità e norma*, p. 85 sgg.

58 J. R. Searle, *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*, p. 61.

59 A. G. Conte, *Regola costitutiva, condizione, antinomia*, in *La teoria generale del diritto*, di U. Scarpelli, Varese 1983, p. 23.

i) *'dubium positivum' non probabile*: se le ragioni non ingenerano opinione;

ii) *'dubium positivum' probabile*: se le ragioni sono tali da produrre opinione, vale a dire una inclinazione motivata verso una data valutazione del dubbio, pur ammettendo delle perplessità. Il *'dubium positivum' 'non probabile'* e *'probabile'* delinea quindi la necessità di ricorrere a scelte eide-tico-costitutive.

3.5. *L'approccio metafisico e quello soggettivistico sulla teoria del 'Bene' ammettono l'obbligo come schema 'primario' della qualificazione giuridica. Il diritto premiale*

L'approccio *'metafisico'* e quello *'soggettivistico'* —nella definizione di *'Bene'*— *'ammettendo'*, la qualificazione giuridica come una funzione che si esplica mediante lo *'schema primario dell'obbligo'*, confermano l'attualità e l'autonomia scientifica del diritto premiale per una giuridificazione dei *'Diritti dell'Uomo'* nella relazione:

Premialità \Leftrightarrow Diritti dell'Uomo

La premialità ed i Diritti dell'Uomo come ontologia del premio e il premio come logica di premialità e Diritti dell'Uomo.

Premialità \Rightarrow sinteresi. L'*'actio supra rogatum'* ridotta ad etica del fine e valore assoluto \Rightarrow sinteresi.

Si profila un rapporto di *'relazione biunivoca'* tra Diritti dell'Uomo e Premialità. La premialità *'rappresenta'* la *'sinteresi'* che, come abito morale, *'non è una speciale potenza più alta della ragione o della natura, ma è l'abito naturale dei principi pratici come l'intelletto è l'abito dei principi speculativi'*⁶⁰. L'*'actio supra rogatum'* come *'disposizione/abito'* che *'precedit'* la *'necessità'* come *'doverosità'* del *'comportamento'*, come rappresentazione dell'*'etica del fine o valore assoluto, deve ricondurci all'idea di 'sinteresi'*:

i) il *'Bene'* è la realtà perfetta o perfezione reale;

ii) il *'Bene'* è la felicità, intesa come il *'fine'* della condotta umana, deducibile dalla natura razionale dell'uomo.

60 San Tommaso, *Summa Theologiae*, I, q. 39, a. 12; *Quaestiones disputatae de veritate*, q. 16, a. 1.

3.5.1. *La 'conformità' come 'disposizione' e/o 'abito' al dover essere del comportamento e la 'premialità' come riconoscimento della 'virtù' e quindi della 'disposizione'*

La distinzione tra 'disposizione' ed 'azione', nella relazione tra la 'virtù' e 'le sue opere', rinvia alla 'premialità' intesa come riconoscimento della 'virtù' che 'in-tende' compiere 'azioni virtuose', secondo il legame di implicazione funzionale tra 'disposizione' e 'conformismo'. Già Aristotele⁶¹ intese la 'disposizione' come 'tendenza', 'inclinazione' o 'atteggiamento' proprio con lo scopo di indicare la 'virtù'. Gli Stoici, invece, utilizzarono questo termine proprio nel senso di 'virtù'⁶². Pietro Ispano distinse la 'disposizione' dall' 'abito' per evidenziare, con quest'ultimo termine, una maggiore durata nella tendenza⁶³. Dewey ritiene che «la parola disposizione significhi predisposizione, prontezza ad agire apertamente in un modo specifico ogni qualvolta se ne presenti l'opportunità»⁶⁴. Tutto ciò, come detto, implica 'conformità' alle mete culturali ed ai mezzi istituzionalizzati di una data comunità etico-politica. L'obiettivo è quello di un 'comportamento modale' che si attenga a certi modelli prestabiliti. La conformità è in tal senso da intendersi come disposizione e/o abito al dover essere del comportamento prescritto attraverso lo schema primario dell'obbligo nella 'scelta' giuridica. Ma, la relazione biunivoca tra 'virtù' ed 'opere' implica la 'premialità' da intendersi come un riconoscimento della 'virtù' e quindi della 'disposizione alla conformità' che la rappresenti.

3.5.2. *L'actio supra rogatum' come 'disposizione' e/o 'abito' che 'praecedit' la 'necessità' come 'doverosità' del comportamento. Il 'senso axiologico' del tipo*

La scelta giuridica 'premiale', come possibilità giuridica del 'fare' aperta dalla necessità giuridica della prescrizione dell' 'obbligo', qualifica i 'mores supra rogatum'⁶⁵, finalizzati a 'modelli indefettibili', *certe*, di una data comunità

61 Aristotele, *Metaphysica*, Oxford 1924, V, 19, 1022 b 1.

62 Cicerone, *Tuscolanae disputationes*, Lipsia 1918, IV, 34.

63 P. Ispano, *Summulae logicae*, 1947, 3. 23.

64 J. Dewey, *Human Nature and Conduct*, p. 41.

65 Accolgo la definizione di 'mores' secondo l'accezione che la dottrina roministica più accreditata propone. «Nelle visuali più recenti si tende a vedere nei *mores* non tanto il fondamento, consuetudinario, della validità dell'ordinamento che su di essi si basi, quanto la manifestazione di un diritto che avrebbe un fondamento che trascende il valore dell'uso in sé considerato». M. Talamanca (sotto la direzione di), *Lineamenti di storia del diritto romano*, Milano 1979, p. 36.

L'intento definitorio intende proporre un termine che rappresenti l'accezione 'comportamento secondo un modello indefettibile', proposto per una valutazione che lo distingua da azione, atteggiamento e condotta.

spazio-temporalmente determinata. L'actio supra rogatum' coincide con una 'disposizione/abito' che 'praecedit' la 'necessità' come 'doverosità del comportamento', perché 'disposizione/abito' alla 'sinteresi'⁶⁶ o in ogni caso 'conditio sine qua non' della stabilità e della continuità di un dato sistema sociale. I risultati acquisiti alla ricerca consentono di individuare un 'senso axiologico' del tipo che esprima 'mores supra rogatum', secondo una qualificazione giuridica premiale 'necessaria'⁶⁷ e posta 'funzionalmente' come 'disposizione/abito'.

3.5.3. 'Ethos' e 'sinteresi' nella praxis dell'uomo storico

La 'possibilità' del volere è la 'facoltà' di scegliere il bene, di compiere l'azione conformemente alla conoscenza del bene. Il male è la mancanza del bene, la non obbedienza al dettame della ragione, la rottura dell' 'armonia naturale' che governa l'uomo intero⁶⁸. La 'sinteresi' è lo 'speciale abito', la 'disposizione' tipica dell'uomo pratico, che per 'sua propria natura' è disposto al bene e protesta contro il male⁶⁹. La 'coscienza' 'rimprovera, 'testimonia'⁷⁰. Sapere che cosa è il 'bene' non equivale però necessariamente a sceglierlo. L'autorità ha un compito da svolgere: guidare l'uomo al raggiungimento del 'fine ultimo', dargli una legge che regoli la sua vita interiore⁷¹. Attraverso il 'premio' nelle relazioni:

f: virtù => premialità;

g: opere => premialità;

h: virtù => opere;

si qualificano i 'mores supra rogatum' secondo la relazione:

premierità: disposizione

=> premierità: conformismo

disposizione: conformismo

'dimostra' la tesi di una comunità etico-politica che afferma le premesse poste in ipotesi attraverso la 'conformità' alle mete culturali ed ai mezzi istituzionalizzati⁷².

66 S. Tommaso, *Summa Theologiae*, I, q.39, a. 12 ; *Quaestiones disputatae de veritate*, 1931, q. 16, a. 1.

67 La necessità è qui proposta come *modalità* fondamentale dell'esistente, in un'accezione che *intende* la vera realtà come necessità e ciò che è reale come in sè necessario.

68 Sant'Agostino, *Confessionum libri XIII*, VII, 12.

69 San Tommaso, *Summa Theologiae*, I, q. 39, a. 12; *Quaestiones disputatae de veritate*, q.16, a. 1.

70 San Tommaso, *Quaestiones disputatae de veritate*, q. 17, a. 1.

71 San Tommaso, *De Regimine principum*, III, 1.

72 G. Tarello, *Ideologie settecentesche della codificazione e struttura dei codici*, in *Studi in memoria di G. D'Amelio*, Milano 1978, pp. 363-383.

3.5.4. *L'actio supra rogatum' come 'ius est potestas agendi' per una qualificazione giuridica premiale*

La 'legge' ed il 'fatto' come manifestazione di conseguenza al di là di una pretesa anteriorità del fatto rispetto al diritto, nella relazione «ius oritur sicut factum», pongono in risalto l'ideale' cui l'uomo tende secondo la sua natura e conseguentemente la 'natura' o 'essenza' o 'sostanza' dell'uomo secondo la sintesi.

L'analisi mette in evidenza il condizionamento all'azione, secondo le circostanze che la provocano nel rapporto con la situazione che costituisce il limite della sua efficienza e libertà. L'azione non è legata unicamente al 'soggetto' e non trova unicamente in esso o nella sua attività (volontà) il suo principio giacché perde la possibilità di consumersi e di esaurirsi nel soggetto e, come comportamento, prescinde dalla divisione della facoltà o dei poteri dell'anima, mentre deve tener presente la situazione o lo stato di cose cui deve risultare adeguato. L'*actio supra rogatum'*, come 'ius est ad agendum propensum esse' per una qualificazione giuridica premiale, 'praecedit' questo 'limite' assumendo un grado più alto di dignità o di valore e non si esaurisce semplicemente nella valutazione effettuale di un dato comportamento come lecito o illecito sul fondamento dell'obbligo giuridico, ma tende all'ordine giuridico. Se il 'fine' dell'ordinamento giuridico *intende* garantire che lo 'svolgimento' della vita sociale avvenga *secundum ordinem*, occorre che si realizzi l'ordine delle relazioni umane che l'ordinamento predispone ed a cui '*actio supra rogatum'* tende.

3.5.5. *La scelta giuridica come coincidenza di prospettiva ed effetto: l' 'actio supra rogatum'*

L'*actio supra rogatum'*, posta secondo l'obbligo' come schema 'primario' della qualificazione giuridica, propone i 'valori umani' come oggetto di preferenza o di scelta connessi in 'tavole' o 'scale' di valori. L'attribuzione al 'valore', come 'Ethos', di due caratteri contrastanti, l'assolutezza, come il modo d'essere del valore in se stesso e la relatività, come il suo modo d'essere nella storia, rende possibile individuare diacronicamente una validità delle relazioni tra valori assoluti e valori relativi, tra etica del fine ed etica del movente:

- i) una relativizzazione dei valori assoluti;
- ii) un riconoscimento e/o avvaloramento che assolutizza e/o relativizza taluni valori nella relativizzazione e/o nella assolutizzazione;
- iii) una assolutizzazione di valori relativi.

Troeltsch formulò l'antitesi tra relatività storica e assolutezza dei valori, intendendo recuperare l'assolutezza nell'ambito dello storicismo. La soluzione dell'antitesi è la coincidenza tra i due termini antinomici: la storia comprende i valori assoluti, senza relativizzarli alla propria autorevolezza⁷³. In tal modo viene ammessa la possibilità di valori che evidenzino caratteri contrastanti in sede di scelta giuridica e di conseguenza giuridica come valutazione effettuale.

3.5.6. *Il 'premio' come 'funzione' di prevenzione generale e speciale*

Il premio ha una valenza di prevenzione generale e speciale.

La funzione di prevenzione generale viene tendenzialmente classificata in:

a) *prevenzione generale negativa*. La tendenza a rivalutare la funzione di prevenzione generale è da ascrivere a ricerche teoriche ed empiriche effettuate soprattutto negli Stati Uniti che fanno dipendere l'efficacia intimidativa, più che dalle sanzioni minacciate, dalla 'certezza' e 'prontezza' della loro applicazione. Le valutazioni statistiche condotte, tuttavia, rischiano di trascurare il dato fondamentale della mutevole percezione soggettiva dei destinatari⁷⁴;

b) *prevenzione generale secondo la teoria della coazione psicologica*. Già Protagora e Seneca ritennero che la pena avesse lo scopo di impedire la commissione dei reati⁷⁵. Bentham e Feuerbach hanno in tal senso proposto una valutazione psicologica dell'azione che, 'intendendo' l'etica, ritiene possibile determinare il 'movente', dirigendo o disciplinando la condotta umana. Bentham, infatti, assumendo l'accezione «specie» con il significato comunemente determinato in correlazione con il termine «genere», ritiene che la 'pena' sia una «specie del genere sanzione» che ha la funzione di «stimolare la condotta umana [trasferendo] la condotta e le sue conseguenze nella sfera delle speranze e dei timori: delle speranze di un'eccedenza di piaceri, dei timori che provengono per anticipazione di un'eccedenza di dolore»⁷⁶;

c) *prevenzione generale c.d. positiva* da intendersi come funzione morale-pedagogica o di orientamento culturale dei consociati. Si ritiene che la 'sanzione' favorisca l'identificazione dei cittadini con il sistema di valori tutelato dall'ordinamento giuridico.

La funzione di prevenzione speciale è da intendersi come:

73 E. Troeltsch, *Der Historismus und seine Probleme*, p. 211.

74 A. Pagliaro, *Correlazioni tra il livello delle sanzioni penali, la struttura del processo e gli atteggiamenti della prassi*, in *Indice pen.*, 1981, p. 219 sgg.

75 A. Ross, *Colpa, responsabilità e pena*, trad. it., Milano 1972, p. 63.

76 J. Bentham, *Deontology*, 1834, I, 7.

d) *prevenzione speciale post delictum di 'condizionamento' della personalità del reo*. Viene perseguita l'*emenda morale* affermata da Seneca e dalla visione cattolica dell'esistenza;

e) *come prevenzione speciale post delictum di 'neutralizzazione' ed 'interdizione giuridica'* agisce sul soggetto potenzialmente pericoloso;

f) *come prevenzione speciale post delictum di 'risocializzazione'*. Viene intesa la funzione rieducativa sancita dall'art. 27³ della Costituzione, valutando l'entità della sanzione nell'*inflizione o commisurazione giudiziale della pena*, con lo scopo di favorire il recupero del reo suggerendo un trattamento individualizzato del colpevole durante l'esecuzione della pena;

g) *come prevenzione speciale ante delictum*. Le misure 'previste' si basano su semplici 'sospetti' o 'indizi' di pericolosità, indipendentemente dalla commissione di un precedente reato. A tal proposito può essere interessante rilevare che il processo rieducativo per poter avere corso senza tradursi in una imposizione coercitiva nei confronti del destinatario, ne rende necessaria la disponibilità psicologica.

3.5.7. *L'obbligo come 'schema primario' della qualificazione giuridica non esclude la 'necessità' di uno schema del 'premio', né la possibilità di una valutazione premiale di un dato comportamento in sede di conseguenza giuridica*

La validità nell'ordinamento 'necessita' di una scelta giuridica 'deontologicamente' e/o 'premialmente' valida, secondo lo schema primario dell'obbligo.

«La validità è l'esistenza specifica di una norma, e, a sua volta, l'esistenza specifica di una norma è l'esistenza in un ordinamento normativo. [...] Una norma è valida in un ordinamento se, e solo se, essa o è la norma fondamentale che fonda la validità di quell'ordinamento, o si fonda sopra la norma fondamentale di quell'ordinamento⁷⁷».

L'*actio supra rogatum*', come «*ius est ad agendum propensum esse*» implica la premialità:

i) *come giudizio di valore non qualificato* secondo lo 'schema primario' dell'obbligo giuridico in termini di previsione, ma giuridicamente rilevante in sede di conseguenza giuridica come valutazione effettuale del comportamento sul fondamento del criterio dell'obbligo giuridico;

ii) *come qualificazione giuridica premiale* secondo lo schema primario dell'obbligo.

77 A. G. Conte, *Filosofia del linguaggio normativo*, p. 133.

La valutazione effettuale di un comportamento come 'lecito', 'illecito' o 'premiale' è il 'nucleo di senso' o la condizione di possibilità della 'conseguenza giuridica', quale che sia, non solo la trascelta determinazione formale, ma anche la determinazione materiale.

Il diritto premiale *intende* la convinzione collettiva della 'necessità' che le regole giuridiche siano osservate perché indispensabili al funzionamento della società secondo il principio di 'effettività'. La premialità consente di 'enunciare' verità o regole d'azione per una giuridificazione che garantisca l'effettività'. La 'sanzione', che talvolta può consistere anche in una 'coazione', 'accompagna' sempre spontaneamente la norma dotata di 'effettività' perché osservata, quando invece 'accompagna' una norma non osservata si dimostrerà inefficace, pur esistendo formalmente ⁷⁸.

3.6. *La 'desistenza' ed il 'recesso attivo': due 'figure' di diritto premiale disciplinate dal codice penale*

I risultati acquisiti alla ricerca rendono interessante analizzare la qualificazione giuridica che il codice penale italiano propone della «desistenza volontaria» e del «recesso attivo (o pentimento operoso)», per una proposta interpretativa come valutazione giuridica premiale. L'articolo 56 del codice penale stabilisce al terzo e quarto comma che, «se il colpevole volontariamente desiste dall'azione, soggiace soltanto alla pena per gli atti compiuti, qualora questi costituiscano di per sé un reato diverso» ma, «se volontariamente impedisce l'evento, soggiace alla pena stabilita per il delitto tentato, diminuita da un terzo alla metà».

La legittimazione positivo-criminale che si sostanzia nella teoria del c.d. ponte d'oro ⁷⁹ assume 'validità' secondo una *ratio* giustificatrice che accoglie gli scopi della pena sul piano della prevenzione generale e speciale ⁸⁰.

Indubbiamente la volontarietà, prescindendo dalla meritevolezza, rende efficace sia la 'desistenza' che il 'pentimento operoso'. Non si richiede il ravvedimento, ritenendo che sia sufficiente l'assenza di circostanze esterne che ostacolano il delitto ⁸¹. Questo itinerario logico attribuisce un 'primato' alla scelta libera dell'agente, giungendo a definire i seguenti 'principi regolativi' della 'valutazione giuridica premiale':

⁷⁸ P. Piovani, *Il significato del principio di effettività*, Milano 1953.

⁷⁹ F. Carrara, *Programma del corso di diritto criminale*, Parte speciale, I, Firenze 1907", § 1180.

⁸⁰ Grünwald, *Zum Rücktritt des Tatbeteiligten im Künftigen Recht*, in *Festschrift für H. Welzel*, Berlin 1974, p. 701 sgg.

⁸¹ Cass., 27/10/1981, in *Riv. Pen.*, 1982, 688; Cass. 17/12/1980, *ivi*, 1981, 613; Cass. 16/05/1980, in *Giur. It.*, 1982, II, 20.

i) la 'libertà' viene esclusa da fattori esterni che rendono «irrealizzabile» l'impresa criminosa⁸²;

ii) la 'libertà di scelta' è compromessa dalla «percezione soggettiva» di elementi di rischio⁸³;

iii) la 'scelta' è da ritenersi *coartata* quando la situazione appare talmente rischiosa da dissuadere ragionevolmente⁸⁴.

La crescente attenzione riservata a questa delicata materia propone generici rinvii alle «tecniche premiali» recentemente introdotte e/o progettate nell'ambito della legislazione antiterroristica e più in generale, della criminalità organizzata⁸⁵. Si giustifica la ricerca della «volontarietà» e di un «criterio che *intenda* l'esaurimento dell'azione esecutiva» attraverso artificiose argomentazioni. I limiti evidenti e le contraddizioni che emergono in tema di conseguenza giuridica non sono tuttavia giustificati in sede di previsione giuridica, affermata come l'ambito operativo e scientifico al quale ricondurre ogni scelta giuridica. Il superamento della contraddizione è nell'autonomia scientifica e dottrinale del diritto premiale che ha certamente una sua emblematica applicazione anche in sede di desistenza e di recesso attivo.

3.6.1. *L'illecito e l'actio supra rogatum nella «desistenza volontaria» e nel «recesso attivo (o pentimento operoso)»*

La qualificazione giuridica che valuta la «desistenza volontaria» ed il «recesso attivo» rappresenta la reazione come 'disposizione/abito' che 'praecedit' «l'atto dovuto» come qualificazione dello schema di appartenenza del 'lecito»⁸⁶ ed 'intende' l'essere non lecito del comportamento storico-sociale nella 'progressione' e 'regressione' della 'praxis' che come 'positività' e 'movimento' «pone se stessa nell' *ek-stāsi* delle sue 'modificazioni oggettive e soggettive' che si rovesciano l'una dall'altra»⁸⁷.

Antonio Melillo **

Università degli Studi di Napoli Federico II (Italia)

82 Cass., 22/01/1979, in *Giust. Pen.*, 1979, II, 634.

83 Cass., 30/01/1973, in *Cass. Pen. Mass. Ann.*, 1974, 762.

84 Cass., 15/12/1975, *ivi*, 1977, 308.

85 Cf. G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna 1995, p. 428.

86 G. Capozzi, *Le ek-stāsi del fare*, p. 606.

87 *Ivi*, p. 102.

** Professore a contratto di Filosofia del Diritto nel Dipartimento di Filosofia dei Diritti dell'Uomo e della Libertà di Religione della Facoltà di Giurisprudenza.