

LA BIBLIOTECA GIURIDICA

PROGETTO IDEATO E CURATO DA
ROCCO FAVALE E ANGELO DI SAPIO

NORBERTO BOBBIO

*Sulla funzione promozionale del
diritto*

in Riv. trim. dir. proc. civ., 1969, p. 1313

NORBERTO BOBBIO

Ordinario dell'Università di Torino

Sulla funzione promozionale del diritto (*)

SOMMARIO: 1. Insufficienza delle tradizionali concezioni protettiva e repressiva del diritto. — 2. La teoria del diritto come insieme di norme negative. — 3. Relazione tra norme positive e negative da un lato, e sanzioni positive e sanzioni negative dall'altro. — 4. La teoria del diritto come insieme di norme rafforzate da sanzioni negative. — 5. Norme di condotta e norme di organizzazione. — 6. Funzione promozionale dello Stato assistenziale. — 7. Differenza tra ordinamento repressivo e ordinamento promozionale rispetto ai fini. — 8. Segue: e rispetto ai mezzi. — 9. Differenza tra premio e facilitazione. — 10. Differenza tra ordinamento repressivo e ordinamento promozionale rispetto alla struttura. — 11. Segue: e rispetto alla funzione.

1. — A proposito di una discussione sul concetto di obbligo — che sino a ora è stato considerato come concetto-chiave della teoria generale del diritto — Gennaro R. Carrió ha osservato che gran parte della teoria generale del diritto europea è prigioniera di un concetto di diritto che presuppone « l'immagine semplicistica dello Stato come organismo che stabilisce le regole del gioco e istituisce un arbitro » (1). La prevalenza data al concetto di obbligo e alla spiegazione dell'obbligo in termini di sanzione e di coazione sarebbe il principale e non più desiderabile effetto di quella immagine: « quando si definisce 'obbligo giuridico' e si attribuisce una funzione a questo concetto, si presuppone come modello di sistema un tipo di organiz-

(*) Questo articolo è una seconda redazione di un saggio di prossima pubblicazione negli *Scritti in onore di Alessandro Raselli*, ove apparirà col titolo: *Sulle sanzioni positive*. Di questa stessa redazione è apparsa una traduzione inglese, col titolo *The Promotion of Action in the Modern State*, nel volume, *Essays in Legal Philosophy*, a cura di G. Hughes, New York, 1969, pp. 189-206.

(1) G.R. CARRIÓ, *Sul concetto di obbligo giuridico*, in *Riv. fil.*, 1966, pp. 141-155. I passi citati sono rispettivamente a pp. 149, 154, 151.

zazione sociale ormai perentoria: lo Stato gendarme che con tecniche limitate perseguiva fini altrettanto limitati». In seguito alla profonda trasformazione che ha dato ovunque origine al *Welfare State*, gli organi pubblici perseguono i nuovi fini proposti all'azione dello Stato mediante nuove tecniche di controllo sociale, diverse da quelle tradizionali. « Non è possibile — precisa il Carrió — che l'apparato concettuale, elaborato dalla teoria generale del diritto, persista inalterato attraverso mutamenti tanto radicali ».

Prendendo lo spunto da questa osservazione, mi propongo di esaminare uno degli aspetti più rilevanti, e ancor poco studiato proprio in sede di teoria generale del diritto, delle nuove tecniche di controllo sociale, che caratterizzano l'azione dello Stato sociale dei nostri tempi e la distinguono profondamente da quella dello Stato liberale classico: l'impiego sempre più diffuso delle tecniche di incoraggiamento in aggiunta, o in sostituzione di, quelle tradizionali di scoraggiamento. Non c'è dubbio che questa innovazione mette in crisi alcune delle più note teorie tradizionali del diritto che traggono origine da una immagine estremamente semplificata del diritto. Mi riferisco in particolare alla teoria che considera il diritto esclusivamente dal punto di vista della sua funzione *protettiva*, e quella che lo considera esclusivamente dal punto di vista della sua funzione *repressiva*. Superfluo aggiungere che le due teorie si trovano spesso sovrapposte: il diritto svolge la funzione di *protezione* rispetto agli atti leciti (che possono essere tanto atti permessi quanto atti obbligatori), mediante la *repressione* degli atti illeciti. Un esempio classico della prima teoria è quella che ha per capostipite Christianus Thomasius, secondo cui il diritto è caratterizzato dal fatto di ottenere il proprio scopo (che è essenzialmente protettivo) attraverso l'emanazione di *comandi negativi* (divieti); la seconda teoria, comune a tutta la corrente del positivismo giuridico, da Austin a Jhering a Kelsen, è quella secondo cui il diritto raggiunge il proprio scopo (che è essenzialmente repressivo) attraverso l'organizzazione di *sanctions negative* (il diritto come apparato coattivo, o *Zwangordnung*).

2. — Com'è noto, Thomasius considerò il diritto come un insieme di norme negative (che poi si riassumevano sostanzialmente nel precetto *neminem laedere*) per offrire un criterio semplice e netto che servisse a distinguere le norme giuridiche da altre norme, come quelle della morale individuale e della morale sociale (2).

(2) Com'è noto Christianus Thomasius pose a fondamento del *iustum* per

2 Come tutte le teorie riduzionistiche (e quella thomasiana è particolarmente semplicistica), la teoria che vede nel diritto un insieme di norme di un solo tipo (in questo caso le norme negative) è manifestamente falsa. Ma è troppo manifestamente falsa per non stimolare a guardare che cosa c'era dietro. Quello che essa nascondeva era l'idea che al diritto si dovesse ascrivere, appunto per distinguerlo dalla morale, una funzione eminentemente protettiva. L'apparire del diritto come insieme di norme negative segnava il passaggio dallo stato di natura allo stato civile, cioè da uno stato continuamente minacciato dalla guerra universale a uno stato di pace. Il fine del diritto, diceva Thomasius, era quello di evitare il male maggiore per l'umanità, la guerra, e di garantire il bene minore, la pace. Ora per garantire la pace, bastano norme che impediscano ai diversi membri del corpo sociale di farsi del male, cioè appunto norme negative. Thomasius ebbe il torto di presentare come una teoria del diritto, come una determinazione filosofica dell'essenza del diritto, quello che era in realtà un ideale politico, oggi diremmo un'ideologia. Egli descrisse non ciò che il diritto è, ma quello che sarebbe dovuto essere per corrispondere all'ideale di uno Stato che ha per scopo non già di rendere i propri sudditi più felici, ma di garantirne la reciproca libertà. Prova ne sia che la teoria del Thomasius fu confutata, com'è noto, dal Leibniz secondo il quale il diritto non può fare a meno di comandare oltre che di proibire⁽³⁾; ma appunto il Leibniz aveva accettato l'ideale politico del dispotismo più o meno illuminato per cui il sovrano deve preoccuparsi non solo della felicità ma anche del benessere e dei buoni costumi dei propri sudditi. Nelle pieghe della controversia apparentemente scolastica tra Thomasius e il suo critico si nascondeva in realtà un contrasto ideologico.

Non sarebbe valsa la pena di riesumare la teoria di Thomasius, ormai universalmente dimenticata, se non fosse che essa può essere sottintesa in tutte le teorie che via via s'ispirarono all'ideale dello Stato liberale classico, dello Stato inteso nella sua funzione di semplice custode dell'ordine pubblico, a cominciare da quella di Kant. In concezioni di questo genere, il diritto si risolve a poco a poco nel

distinguerlo dall'honestum e dal decorum, la massima « Quod tibi non vis fieri, alteri ne feceris » (*Fundamenta iuris naturae et gentium*, VI, 42. Cfr. anche §§ 62 e 63, in cui gli esempi addotti di precetti giuridici sono tutti di divieti).

2 (3) *Méditation sur la notion commune de la justice*, § 2. (Cito dalla traduzione italiana in G.W. LEIBNIZ, *Scritti politici, e di diritto naturale*, a cura di V. MATTIEU, Torino, 1951, p. 225 ss.).

diritto penale; e una delle caratteristiche del diritto penale è appunto di essere composto prevalentemente di norme negative. Una volta considerato l'intero fenomeno giuridico sotto l'esclusivo angolo visuale del diritto penale, la teoria del diritto come insieme di norme negative appare più plausibile, o per lo meno meno eccentrica (anche se continua ad essere falsa). Tanto plausibile che essa fu esplicitamente professata nel bel mezzo del secolo XIX da un accanito fautore (e profeta) della diminuzione progressiva dei compiti dello Stato come Herbert Spencer. Nel contrapporre allo Stato militare ormai in via di esaurimento lo Stato industriale in formazione, Spencer attribuì a quest'ultimo tra le altre caratteristiche anche quella di servirsi, per esplicare le sue funzioni ridotte al mantenimento dell'ordine, soltanto di norme negative: «allo schiavo, al soldato, o ad ogni altro membro di una società organizzata per la guerra — egli scrisse —, l'autorità dice: "Tu farai questo; tu non farai quest'altro". Ma al membro della società industriale dà soltanto uno di questi ordini: "Tu non farai questo"» (4). Non si può dire che lo Spencer sia stato buon profeta: nelle società industriali moderne, via via che avanza il processo di industrializzazione, i compiti dello Stato aumentano anziché diminuire, senza parlare delle società in cui il processo di industrializzazione è avvenuto attraverso Stati che hanno le caratteristiche delle organizzazioni che Spencer chiamava militari. Ma qui c'interessa non tanto la filosofia della storia di Spencer quanto la persistente connessione di una certa immagine del diritto con una certa concezione dello Stato, anche se le due teorie, quella di Thomasius e quella di Spencer, non si possano mettere in un solo fascio, perché ciò che in Thomasius pretendeva di essere una definizione dell'essenza del diritto, in Spencer era diventata la caratterizzazione di un tipo di ordinamento giuridico storicamente determinato. Mentre Thomasius andava alla ricerca della natura, sempre eguale, del diritto, al di fuori delle sue

(4) *Principles of Sociology*, § 570. È estramente interessante osservare che la tesi della funzione prevalentemente negativa del diritto è stata riesumata da uno dei maggiori teorici del liberalismo classico ai nostri giorni, F.A. HAYEK, *Ordinamento giuridico e ordinamento sociale*, in *Il Politico*, 1968, pp. 693-723, ove si legge: «In realtà troviamo che le regole di diritto privato e penale, o almeno la maggior parte di esse... sono solo divieti che delimitano il campo della libera azione e solo in casi eccezionali... giungono a prescrivere azioni determinate» (p. 103). Più interessante ancora la nota 17, in cui osserva che, sebbene molti si siano accorti del carattere prevalentemente negativo del diritto, «nessuno ha mai tratto da ciò tutte le conseguenze» (p. 703).

diverse attuazioni storiche, Spencer cercava di tracciarne l'evoluzione storica. Resta il fatto che questa evoluzione storica tendeva verso un ordinamento giuridico che avrebbe dovuto avere le stesse caratteristiche che il giusnaturalista attribuiva al diritto compreso nella sua essenza. Il che, se mai, è una conferma della natura ideologica della teoria negativa del diritto, anche se qui c'interessa non per l'ideale che esprime ma per l'immagine del diritto che in essa si riflette.

3. — Per quanto la teoria del diritto come ordinamento repressivo sia strettamente connessa a quella testé esaminata (nei vecchi manuali Thomasius è considerato, se pure a torto, come iniziatore della teoria del diritto come coazione), è bene non confondere, dal punto di vista analitico, la distinzione tra norme positive e norme negative, e quella tra sanzioni positive e sanzioni negative. Con termini d'uso più comune, altro è la distinzione tra comandi e divieti, altro quella tra premi e castighi. Le due distinzioni non si sovrappongono. Anche se di fatto le norme negative vengono rafforzate abitualmente con sanzioni negative, mentre le sanzioni positive vengono predisposte e applicate prevalentemente per il rafforzamento di norme positive, non vi è alcuna incompatibilità tra norme positive e sanzioni negative, da un lato, e norme negative e sanzioni positive dall'altro. In un sistema giuridico molte delle norme rafforzate da sanzioni negative sono norme positive (comandi di dare o di fare). Le tecniche d'incoraggiamento dello Stato assistenziale contemporaneo si applicano, se pur più raramente, anche a norme negative. In altre parole, si può scoraggiare dal fare così come si può incoraggiare a non fare. Quindi di fatto si possono dare quattro diverse situazioni: a) comandi rafforzati da premi; b) comandi rafforzati da castighi; c) divieti rafforzati da premi; d) divieti rafforzati da castighi.

Per quanto le due distinzioni tra comandi e divieti, e tra premi e castighi, non si sovrappongono, di fatto i premi vengono connessi generalmente a comandi, i castighi a divieti. Si tende a premiare o a punire un'azione, piuttosto che un'omissione: ma un'azione o è il comportamento conforme a un comando o il comportamento non conforme a un divieto. In altre parole è più facile premiare un'azione che un'omissione: ma allora ciò che si premia è un comportamento previsto da una norma positiva. È più facile punire un'azione che un'omissione: ma allora ciò che si punisce è un comportamento con-

trario a un divieto. Se si vuole una prova del contrario, si consideri un'omissione: questa può essere tanto un comportamento conforme a un divieto quanto un comportamento contrario a un comando. Nel primo aspetto, è un comportamento che si prolunga nel tempo ed è destinato a non suscitare una reazione positiva determinata; nel secondo aspetto induce più a una riparazione che a un castigo.

4. — Nella teoria generale del diritto contemporaneo la concezione repressiva del diritto è tuttora dominante. Sia che la forza venga considerata come un mezzo per ottenere il massimo rispetto delle norme (primarie) del sistema, sia che venga considerata come il contenuto stesso delle norme (secondarie) ⁽⁵⁾, la concezione dominante è certamente quella che considera il diritto come ordinamento coattivo, e stabilisce così un nesso necessario e indissolubile tra diritto e coazione. Questa connessione si traduce nel rilievo esclusivo dato alle sanzioni negative: la coazione viene considerata o essa stessa una sanzione negativa oppure il mezzo estremo per rendere efficaci le sanzioni (negative), predisposte dall'ordinamento stesso a conservazione del proprio patrimonio normativo.

Nella letteratura filosofica e sociologica il termine 'sanzione' viene usato in senso largo per comprendervi non soltanto le conseguenze spiacevoli dell'inosservanza delle norme, ma anche le conseguenze piacevoli dell'osservanza, distinguendosi nel *genus* sanzione le due *species* delle sanzioni positive e delle sanzioni negative. Sta di fatto, invece, che nel linguaggio giuridico il termine 'sanzione', se viene usato senza ulteriori determinazioni, denota esclusivamente le sanzioni negative. Kelsen, pur ammettendo che gli ordinamenti giuridici moderni contengano talvolta anche norme premiali, avverte subito dopo che «hanno un'importanza secondaria all'interno di questi sistemi che fungono da ordinamenti coercitivi» ⁽⁶⁾, dove si vede chiaramente che il concetto di ordinamento coercitivo implica quello di sanzione negativa. Per Carnelutti sebbene «non vi sia alcun motivo di riservare al castigo il carattere della sanzione», il valore pratico della ricompensa nel diritto «è così limitato da spiegare se non proprio da giustificare l'abitudine teorica, la quale,

⁽⁵⁾ Ho illustrato questi due modi di considerare la forza in relazione al diritto nell'articolo, *Law and Force*, in *The Monist*, 1965, pp. 321-341. Pubblicato anche in *Riv. dir. civ.*, 1966, I, pp. 537-548.

⁽⁶⁾ H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, trad. it., Torino, 1966, p. 46.

trascurandola affatto, risolve senz'altro la sanzione in un male inflitto a chi ha fatto del male» (7). Questa immagine del diritto è prevalente anche nella letteratura non giuridica. Felix Oppenheim, dopo aver illustrato la tecnica dello scoraggiamento, osserva che il miglior esempio di questo tipo di controllo sociale è la legislazione, perché « è la tecnica sociale più frequentemente usata da coloro che esercitano il potere di governo per influenzare il comportamento dei governati » (8). J.P. Gibbs, un sociologo, osserva che « legal sanctions (at least in Anglo-American system) are exclusively negative; and this is perhaps of significance in evaluating the role of law in social order » (9).

Da questo punto di vista è ancor oggi estremamente istruttiva l'opera di Rudolf Jhering, *Der Zweck im Recht*, la quale è, com'è noto, una trattazione delle leve che determinano il movimento sociale, in senso lato un trattato, come quello pure classico del Bentham, sulle pene e sulle ricompense. Jhering non disconosce affatto l'importanza delle ricompense come leve del movimento sociale, ma da storico del diritto romano, quale egli era, contrappone la società antica alla moderna in base al fatto che la prima soleva attribuire grande importanza alle sanzioni positive, la seconda riconosce soltanto le sanzioni negative. Non senza una certa esagerazione, che peraltro è ai nostri fini molto significativa, giunge a dire che « il giurista oggi non deve preoccuparsi che della pena. Nessuno, oggi, ha diritto a una ricompensa per servizi eminenti e straordinari ». « In Roma — precisa — al diritto penale corrispondeva un diritto premiale. Oggi questa nozione ci è estranea » (10). Jhering, come Spencer, è perfettamente consapevole che la sua immagine del diritto ha valore storico; ma, a differenza di Spencer, considera l'immagine del diritto che egli trae dalla considerazione della società contemporanea non come un'idea progressiva ma come un'idea regressiva

(7) F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*², Roma, 1946, pp. 24-25. Si veda anche T. PERASSI, *Introduzione alle Scienze giuridiche*, Padova, 1953, p. 12, e soprattutto nota 1, ove si accenna alle sanzioni positive.

(8) F. OPPENHEIM, *Dimensioni della libertà*, Milano, 1964, soprattutto pp. 36-39. Il passo citato si trova a p. 36.

(9) J.P. GIBBS, *Sanctions*, in *Social Problems*, XIV, 1968, pp. 147-159. Il passo citato si trova a p. 156. Traggio da questo articolo la nozione di comportamenti superconformi, sui quali mi soffermo poco oltre. Nella letteratura sociologica, a differenza di quella giuridica, il termine 'sanzione' viene sempre riferito sia alle sanzioni positive sia a quelle negative. Cfr. per tutti T. PARSONS, *Il concetto di potere politico*, in *Il Politico*, 1963, pp. 614-636.

(10) *Der Zweck im Recht*², I, Leipzig, 1884, p. 182.

del diritto: si augura infatti che il diritto futuro conceda di nuovo maggiore spazio, come già il diritto romano, al diritto premiale. Non si può negare che lo sviluppo successivo degli ordinamenti giuridici moderni abbia soddisfatto le aspirazioni di Jhering assai più di quel che non abbia realizzato le previsioni di Spencer.

Per quel che riguarda la società del suo tempo, Jhering pur riconoscendo l'importanza della ricompensa, ne circoscrive l'efficacia alla sfera dei rapporti del commercio privato, comprendente tanto i rapporti di scambio quanto quelli associativi. In tal modo la sfera dell'attività economica viene nettamente distinta dalla sfera dell'attività politica: e il criterio di distinzione diventa il diverso impiego delle due leve fondamentali del movimento sociale. La leva, in base alla quale si muove la società economica, è la ricompensa; la leva in base alla quale si muove la società politica è la pena. Con la distinzione tra una sfera di prevalente applicazione delle ricompense e una sfera di prevalente applicazione delle pene, Jhering riproduceva la distinzione hegeliana tra società civile e Stato, che rispecchia la scissione tra sfera degli interessi economici e sfera degli interessi politici, tra condizione del borghese e condizione del cittadino, caratteristica della incipiente società industriale. Anche la concezione repressiva del diritto, come già la concezione protettiva, è un modello teorico che permette di rappresentare con particolare precisione un determinato tipo storico di società, quella società in cui l'attività economica viene sottratta o si desidera venga sempre più sottratta all'intervento del potere politico.

5. — Si capisce che là dove è avvenuto il processo inverso, cioè dove l'intervento del potere politico nella sfera degli interessi economici è andato aumentando anziché diminuire, le due concezioni tradizionali del diritto appaiano inadeguate, come vestiti diventati troppo stretti per un corpo inaspettatamente cresciuto. Nella teoria del diritto si è verificata quella « perdita dell'equilibrio concettuale » di cui parla Carrió nell'articolo citato, riprendendo un'espressione di P.F. Strawson. Ma non credo che la via migliore per ristabilire l'equilibrio perduto consista nel costruire affrettatamente altri modelli ispirati, come i precedenti, al criterio di *ridurre* gli elementi che contraddistinguono il diritto a un solo elemento essenziale, cioè altri modelli affetti di riduzionismo. Ogni « riduzione », come abbiamo visto attraverso gli esempi precedenti, è una buona spia per

lasciar scorgere il carattere ideologico di una teoria; ma è in genere, da un punto di vista analitico, un'aberrazione.

L'unico tentativo che io conosca di proporre un modello estremamente semplificato dell'ordinamento giuridico dello Stato assistenziale da sostituire a quello spenceriano e a quello jheringhiano, è stato fatto da F.A. Hayek. Il quale ha interpretato il contrasto tra Stato liberale e Stato assistenziale non percorrendo la via più facile che sarebbe stata quella di contrapporre a un sistema o di sole norme negative o di sole sanzioni negative un sistema di norme anche positive, oppure di sanzioni anche positive, ma facendo appello alla distinzione tra norme di condotta e norme di organizzazione. Partendo dall'osservazione che « una delle maniere principali con cui è stata compiuta la distruzione dell'ordine liberale » consiste « nella progressiva sostituzione delle regole di condotta con regole di organizzazione »⁽¹¹⁾, egli vuol suggerire l'idea che mentre lo Stato liberale classico si rifletteva in un ordinamento giuridico composto prevalentemente da norme di condotta (*scil.* norme primarie), lo Stato assistenziale contemporaneo ha il suo riflesso in un ordinamento giuridico composto prevalentemente da norme di organizzazione (*scil.* norme secondarie).

La teoria di F.A. Hayek coglie indubbiamente un aspetto rilevante del mutamento. Ma se pretende di essere accolta come un nuovo modello esaustivo, anch'essa allora, come tutte le teorie riduzionistiche, è inadeguata. Che l'ordinamento giuridico dello Stato assistenziale sia caratterizzato da un forte aumento di norme d'organizzazione è vero; ma non è meno vero che crescono continuamente anche le norme positive e le sanzioni positive. L'aspetto che la teoria di Hayek coglie è quello che si può definire attraverso la nozione di « azione diretta dello Stato »: lo Stato assistenziale infatti non pretende soltanto di far fare (attraverso norme positive o sanzioni positive), ma fa egli stesso. Le norme di organizzazione sono appunto quelle attraverso cui lo Stato regola l'azione dei propri organi.

Contro questo modello si possono sollevare due facili obiezioni. Prima di tutto, come non vi è ordinamento giuridico senza norme positive, così non vi è ordinamento giuridico senza norme di orga-

(11) F.A. HAYEK, *The Principles of a Liberal Social Order*, in *Il Politico*, XXXI, 1966, pp. 601-618. Il passo citato si trova a p. 609. Di questo articolo è apparsa una traduzione col titolo *Il liberalismo di Friedrich A. Hayek*, in *Biblioteca della libertà*, 1967, n. 11, pp. 28-55.

nizzazione: proprio in questi anni ha avuto larga diffusione una teoria secondo cui un ordinamento giuridico si distingue da altri ordinamenti normativi proprio per la presenza delle norme d'organizzazione (o norme secondarie) ¹²; d'altra parte, anche un ordinamento meramente coattivo, un ordinamento, cioè, che attribuisce funzioni limitate ai pubblici poteri, non può fare a meno di norme d'organizzazione, tanto è vero che lo spostamento dell'interesse del giurista dalle norme di condotta rivolte ai cittadini alle norme d'organizzazione rivolte ai funzionari è avvenuto, come tutti sanno, con Jhering. In secondo luogo, anche la teoria di Hayek tradisce chiaramente i giudizi di valore sottostanti, e quindi il suo intento ideologico. Rispetto ai valori di uno scrittore così tenacemente avvinto dai principi del liberalismo classico, come Hayek, le norme di organizzazione rappresentano altrettanto inutili reti tese allo scopo di vincolare la libertà individuale, e pertanto debbono essere giudicate come portatrici di un valore negativo. Il nostro autore giunge a dire con evidente esagerazione che « la progressiva sostituzione delle norme di condotta di diritto privato e penale con concetti derivanti dal diritto pubblico è il processo attraverso il quale le società liberali esistenti si sono andate trasformando progressivamente in società totalitarie » ¹³. Il progresso che Spencer vedeva nel passaggio dal diritto composto prevalentemente di comandi al diritto composto prevalentemente di divieti, il nostro autore vede invece nel passaggio da un diritto in cui i destinatari delle norme cessano di essere i funzionari per diventare nuovamente i cittadini. Non c'è dubbio che il fenomeno della crescita delle norme di organizzazione si presta molto più che il fenomeno non meno evidente della crescita di norme positive e di sanzioni positive a suggerire un giudizio di valore negativo sulle trasformazioni dello Stato contemporaneo per colui che si metta dal punto di vista della dottrina liberale tradizionale.

6. — Il rilievo dato al vertiginoso aumento delle norme di organizzazione che caratterizza lo Stato contemporaneo non mette necessariamente in crisi l'immagine tradizionale del diritto come ordinamento protettivo-repressivo. Mette in crisi questa immagine, invece, l'osservazione da cui ho preso le mosse: nello Stato contempo-

¹² Sulle quali mi sono soffermato più a lungo nell'articolo, *Ancora sulle norme primarie e secondarie*, in *Riv. fil.*, 1968, pp. 35-53.

¹³ HAYEK, *op. cit.*, p. 609.

→ raneo diventa sempre più frequente l'uso delle tecniche d'incoraggiamento. Non appena si cominci a tener conto dell'uso di queste tecniche, si è costretti ad abbandonare l'immagine tradizionale del diritto come ordinamento protettivo-repressivo. Accanto ad essa prende forma una nuova immagine: quella dell'ordinamento giuridico come ordinamento a funzione promozionale⁽¹⁴⁾.

→

A
B

Si consideri una qualsiasi delle costituzioni degli Stati post-liberali, come l'attuale costituzione italiana. Nelle costituzioni liberali classiche la funzione principale dello Stato appare essere quella di tutelare (o garantire); nelle costituzioni post-liberali, accanto alla funzione della tutela o della garanzia, appare sempre più frequentemente quella di promuovere. Secondo la nostra costituzione la Repubblica « promuove le condizioni che rendono effettivo » il diritto al lavoro (art. 4, comma 1°); « promuove le autonomie locali » (art. 5); « promuove lo sviluppo della cultura » (art. 9, comma 1°); « promuove e favorisce gli accordi e le organizzazioni internazionali intesi ad affermare e regolare i diritti del lavoro » (art. 35, comma 3°); « promuove e favorisce l'incremento » della cooperazione (art. 45, comma 1°). Inoltre « agevola con misure economiche e altre provvidenze la formazione della famiglia » (art. 31, comma 1°); « dispone provvedimenti a favore delle zone montane » (art. 44, comma 2°); « incoraggia e tutela il risparmio » (art. 47, comma 1°); « favorisce l'accesso del risparmio popolare alla proprietà ecc. » (art. 47, comma 2°). La contrapposizione tra il vecchio e il nuovo modello costituzionale emerge dal raffronto tra l'art. 2, in cui si dice che la « Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo » e l'art. 3 dove si dice che « è compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli ecc. », cioè tra l'affermazione di un compito meramente protettivo che si attua per lo più mediante la tecnica delle misure negative e l'affermazione di un compito promozionale che si attua per lo più attraverso misure positive. I nostri studiosi di diritto costituzionale hanno ormai da tempo richiamato l'attenzione sulla contrapposizione tra misure autoritative e coercitive e misure di stimolo o d'incentivazione: questa contrapposizione coglie bene il passaggio all'uso sempre

(14) Coglie esattamente questo fenomeno G. LUMIA, Controllo sociale e sanzione giuridica, in Studi in onore di Gioacchino Scaduto, Padova, 1967, pp. 12-13 (estratto). Dopo aver parlato di una funzione promozionale, e di una funzione deterrente della sanzione osserva che « un esame dell'attuale stato della legislazione dei paesi più progrediti legittima... la previsione che la tecnica sanzionatoria "promozionale" sia destinata ad estendersi sempre più rispetto a quella "deterrente" » (p. 12).

cedere
a
comparare
e
autonomia
governativa
obus

più frequente delle tecniche d'incoraggiamento, su cui intendiamo richiamare l'attenzione in queste pagine (15).

7. — In una prima approssimazione la differenza tra ordinamento a funzione protettiva-repressiva e ordinamento a funzione promozionale si può descrivere in questo modo. Con riferimento ad un sistema normativo gli atti umani possono distinguersi in atti conformi e atti devianti.

Ebbene, rispetto agli atti conformi, la tecnica dello scoraggiamento mira a proteggerne l'esercizio tutelando la possibilità di fare o non fare se si tratta di atti permessi, la possibilità di fare se si tratta di atti obbligatori, la possibilità di non fare se si tratta di atti proibiti. Rispetto agli atti devianti, la tecnica dello scoraggiamento prende di mira, attribuendovi determinate conseguenze, soltanto gli atti devianti per difetto, gli atti propriamente non-conformi, e si limita a tollerare, non attribuendovi alcun effetto giuridico, gli atti devianti per eccesso, cioè gli atti superconformi (le cosiddette azioni supererogatorie).

Al contrario, la tecnica dell'incoraggiamento mira non soltanto a tutelare ma anche a provocare l'esercizio degli atti conformi, sparggiando nel caso di atti permessi la possibilità di fare con quella di non fare, rendendo particolarmente allettanti gli atti obbligatori, e particolarmente ripugnanti quelli proibiti. Quanto agli atti devianti, essa prende in considerazione, attribuendovi determinate conseguenze, gli atti devianti per eccesso, cioè gli atti superconformi, mentre diventa sempre più tollerante verso certi atti devianti per difetto. L'introduzione della tecnica dell'incoraggiamento riflette un vero e proprio mutamento nella funzione del sistema normativo nel suo complesso, nel modo di attuare il controllo sociale; segna il passaggio da un controllo passivo che si preoccupa più di sfavorire le azioni nocive che di favorire le azioni vantaggiose, a un controllo attivo che si preoccupa di favorire le azioni vantaggiose più che di sfavorire le azioni nocive.

Col minimo di parole si può utilmente distinguere un ordinamento protettivo-repressivo da un ordinamento promozionale, dicendo che al primo interessano soprattutto i comportamenti socialmente non desiderati, onde il suo fine precipuo è di impedirne quanto più è pos-

(15) Cito per tutti il libro di A. PREDIERI, *Pianificazione e costituzione*, Milano, 1963, soprattutto pp. 204-213.

sibile il compimento; al secondo interessano soprattutto i comportamenti socialmente desiderati, onde il suo fine è di provocarne il compimento anche nei confronti dei recalcitranti.

8. — Per raggiungere il proprio fine un ordinamento repressivo compie operazioni di tre tipi e gradi in quanto vi sono tre modi tipici di impedire un'azione non voluta: renderla impossibile, renderla difficile, renderla svantaggiosa. Simmetricamente si può dire che un ordinamento promozionale cerca di raggiungere il proprio fine attraverso le tre operazioni contrarie, cioè cercando di rendere necessaria, agevole, vantaggiosa l'azione voluta.

Il primo tipo di operazione, consistente nel far sì che il destinatario della norma sia messo in condizione o di non poterla (materialmente) violare o di non potersi (materialmente) sottrarre alla sua esecuzione, rientra nel novero delle misure dirette, cioè delle misure che l'ordinamento adotta per ottenere la conformità alle norme, o impedendo preventivamente la violazione o forzando preventivamente l'esecuzione. Sono misure dirette le varie forme di vigilanza (che può essere passiva o attiva) e il ricorso all'uso della forza (che può essere impeditiva o costringitiva).

Si distinguono dalle misure dirette le operazioni del secondo e del terzo tipo, perché mirano a ottenere lo scopo (tanto quello proprio della funzione repressiva quanto quello proprio della funzione promozionale) non agendo direttamente sul comportamento non voluto o voluto, ma cercando di influenzare con mezzi psichici l'agente da cui non si vuole o si vuole un determinato comportamento. Si possono chiamare misure indirette. Sono indirette per il fatto che il comportamento non voluto o voluto è pur sempre possibile, ma viene reso, o più difficile o più facile; oppure, una volta compiuto, produce, certe conseguenze, spiacevoli o piacevoli secondo i casi.

In un ordinamento repressivo la tecnica tipica attraverso cui si attuano le misure indirette è lo scoraggiamento; in un ordinamento promozionale, la tecnica tipica delle misure indirette è l'incoraggiamento. A questo punto siamo in grado di definire 'scoraggiamento' quella operazione con cui A cerca di influenzare il comportamento non voluto (non importa se commissivo o omissivo) di B, o ostacolando o attribuendogli conseguenze spiacevoli; simmetricamente, 'incoraggiamento' quella operazione con cui A cerca di influenzare il comportamento voluto (non importa se commissivo o omissivo) di B, o facilitandolo o attribuendogli conseguenze piacevoli.

misura
laterale

9. — Mi preme richiamare l'attenzione sul fatto che questa definizione di scoraggiamento e d'incoraggiamento, dal momento che comprende entrambe le forme tipiche di misure indirette, tanto l'ostacolamento e la facilitazione, quanto la punizione e la premiazione, è più ampia di quella che viene data di solito, la quale comprende solo la terza forma, ovvero la sanzione propriamente detta, nelle due *species* della sanzione negativa (pena) e della sanzione positiva (premio). Ritengo che la considerazione esclusiva della terza forma dipenda dal fatto che i giuristi, prendendo in considerazione esclusivamente la tecnica dello scoraggiamento, sono portati a vedere di questa l'espressione di gran lunga più diffusa ed efficace negli ordinamenti giuridici tradizionali, per l'appunto la sanzione negativa. Quando ci si ponga anche dal punto di vista della tecnica dell'incoraggiamento, non può sfuggire che essa agisce attraverso due espedienti diversi, cioè sia attraverso la risposta favorevole al comportamento una volta compiuto, in che consiste appunto la sanzione positiva, sia attraverso il favoreggiamento del comportamento quando è ancora da compiere. Questo rilievo dato all'espedito della facilitazione serve a rilevare, in negativo, l'espedito dell'ostacolamento che viene passato di solito sotto silenzio: si può scoraggiare un comportamento non voluto tanto minacciando una *pena* (espedito della sanzione), qualora il comportamento venga compiuto, quanto rendendo il comportamento stesso più *penoso*.

Con particolare riguardo alle tecniche d'incoraggiamento, si noti la differenza tra le due operazioni: la sanzione propriamente detta, sotto forma di ricompensa, viene dopo, a comportamento compiuto; la facilitazione precede o accompagna il comportamento che si intende incoraggiare. In altre parole, si può incoraggiare sia intervenendo sulle conseguenze del comportamento, sia intervenendo sulle modalità, sulle forme, sulle condizioni dello stesso comportamento. Per fare un esempio tratto dalla vita comune: se voglio che mio figlio faccia una difficile traduzione del latino, posso promettergli, se la farà, di andare al cinematografo; oppure posso permettergli di usare una traduzione interlineare.

Da qualche tempo i giuristi hanno richiamato l'attenzione sul fatto che uno dei caratteri più salienti del sistema giuridico di uno Stato assistenziale è l'aumento delle cosiddette leggi d'incentivazione o leggi-incentivo⁽¹⁶⁾. L'elemento di novità delle leggi d'incentiva-

(16) Cito per tutti G. GUARINO, *Sul regime costituzionale delle leggi di incentivazione e di indirizzo*, in *Atomo petrolio elettricità*, 1961, n. 1, pp. 1-20.

zione, tale da giustificare il loro raggruppamento in una unica categoria, è precisamente che esse, a differenza della maggior parte delle norme di un ordinamento giuridico dette sanzionatorie (con riferimento al fatto che prevedono o comminano una sanzione negativa), impiegano la tecnica dell'incoraggiamento, consistente nel promuovere i comportamenti voluti, anziché quella dello scoraggiamento, consistente nel reprimere i comportamenti non voluti. Nell'ambito di questa categoria generale si possono discernere i due espedienti: l'espediente della facilitazione, ad esempio, nel caso di una sovvenzione, di un aiuto o di un contributo finanziario, oppure di una agevolazione creditizia; l'espediente della sanzione positiva, come nel caso di un'assegnazione di un premio a un comportamento superconforme o di un'esenzione fiscale. Col primo espediente si vuole rendere meno gravoso il costo dell'operazione desiderata, ora accrescendo i mezzi necessari al compimento dell'operazione ora diminuendo l'onere; col secondo espediente si tende a rendere l'operazione allettante ora assicurando a chi la compie il verificarsi di un vantaggio oppure il venir meno di uno svantaggio, una volta che il comportamento sia compiuto.

10. — Per approfondire la distinzione tra misure di scoraggiamento e misure d'incoraggiamento può essere utile, infine, considerarle sia dal punto di vista della loro rispettiva struttura sia dal punto di vista della loro rispettiva funzione.

Il momento iniziale di una misura di scoraggiamento è una minaccia; di una misura d'incoraggiamento una promessa. Mentre la minaccia dell'autorità legittima fa sorgere, nel destinatario, l'obbligo di comportarsi in un certo modo, la promessa implica da parte del promittente l'obbligo di mantenerla. D'altra parte, mentre l'adempimento di un comportamento scoraggiato da una minaccia fa sorgere nel minacciante il diritto di eseguirla, l'adempimento di un comportamento incoraggiato da una promessa fa sorgere nell'adempiente il diritto a che la promessa sia mantenuta. Sanzione negativa e sanzione positiva danno origine a due diversi rapporti in cui la figura del soggetto attivo (il titolare del diritto) e quella del soggetto passivo (il titolare del dovere) sono invertiti: nel primo caso il rapporto diritto-dovere corre dal sanzionante al sanzionato, nel secondo lo stesso rapporto corre dal sanzionato al sanzionante. Volendo esprimere la situazione del destinatario in entrambi i casi mediante la formula della norma condizionata (da non confondere con la norma

La parte
relazione

della
parte
mantenuta

tecnica che vedremo tra poco), nel primo caso la formula è: « Se fai *a*, devi *b* », cioè hai l'obbligo di sottostare al male della pena; nel secondo caso: « Se fai *a*, puoi *b* », cioè hai il diritto di ottenere il bene del premio.

Se si considera il compimento o non compimento di un'azione condizionato alla credibilità del verificarsi di una misura di scoraggiamento o di incoraggiamento, ogni norma può essere espressa nella formula di una norma tecnica, cioè di una norma che prescrive un mezzo adeguato (la condotta prevista dalla norma primaria) per raggiungere un dato fine, che può essere tanto lo sfuggire allo svantaggio minacciato quanto il conseguire il vantaggio promesso dalla norma secondaria. Orbene, la tecnica dello scoraggiamento opera attraverso norme tecniche di questo tipo: « Se non vuoi *a*, devi *b* »; la tecnica dell'incoraggiamento attraverso norme di quest'altro tipo: « Se vuoi *a*, devi *b* ».

11. — È noto quale importanza abbiano per un'analisi funzionale della società le due categorie della conservazione e del mutamento. Considerando ora le misure di scoraggiamento e quelle d'incoraggiamento da un punto di vista funzionale, il punto essenziale da rilevare è che le prime sono adoperate prevalentemente allo scopo della conservazione sociale, le seconde, prevalentemente allo scopo del mutamento. Si possono ipotizzare due situazioni-limite: quella in cui venga attribuito valore all'inerzia, cioè al fatto che le cose continuino a restare come sono, e quella in cui venga attribuito valore positivo al cambiamento, cioè al fatto che la situazione successiva sia diversa da quella precedente. Nell'ambito poi delle due situazioni di inerzia e di cambiamento si possono ipotizzare due punti di partenza diversi, quello in cui il comportamento sia permesso e quello in cui il comportamento sia obbligatorio.

Nel caso in cui si tratti di un comportamento permesso, l'agente è libero di fare o di non fare alcunché; cioè è libero di valersi della propria libertà per conservare o per innovare. Se l'ordinamento giuridico giudica positivamente il fatto che l'agente si valga il meno possibile della sua libertà cercherà di scoraggiarlo dal fare ciò che gli è lecito: come si vede la tecnica dello scoraggiamento ha una funzione conservatrice. Se al contrario lo stesso ordinamento giuridico giudica positivamente il fatto che l'agente si serva il più possibile della sua libertà, cercherà di incoraggiarlo a valersene per mutare la situazione esistente: la tecnica dell'incoraggiamento ha una fun-

zione modificatrice o innovatrice. L'esempio più interessante che si possa fare oggi in riferimento agli ordinamenti giuridici di Stati dirigisti o pianificatori, è quello delle cosiddette leggi d'incentivazione cui corrispondono sul versante delle misure negative le leggi di disincentivazione. Partendo da una situazione giuridica in cui l'attività imprenditoriale è qualificata come attività lecita, l'incentivazione tende a indurre certi imprenditori a mutare la situazione esistente, la disincentivazione tende a indurre certi altri imprenditori all'inerzia.

Prendiamo ora la situazione in cui si dia un comportamento obbligatorio. In questa situazione ciò che serve alla funzione di conservazione è il comportamento conforme all'obbligo (si tratti di obbligo positivo o negativo); ciò che serve alla funzione di mutamento e di innovazione è il comportamento superconforme. Ora non c'è dubbio che nel primo caso entra in azione la tecnica dello scoraggiamento attraverso l'impiego delle sanzioni negative, nel secondo caso entra in funzione la tecnica dell'incoraggiamento attraverso l'impiego delle sanzioni positive. Anche qui il migliore esempio che si possa fare è quello tratto da ordinamenti giuridici di Stati ispirati al principio dell'interventismo economico: il premio attribuito al produttore o al lavoratore che supera la norma è un tipico atto di incoraggiamento di un comportamento superconforme, e ha la funzione di promuovere una innovazione, mentre ogni misura destinata semplicemente a scoraggiare la trasgressione di una norma data serve a mantenere lo status quo.

Riv. d. 3

RIVISTA TRIMESTRALE
DI
DIRITTO E PROCEDURA CIVILE

FONDATORI

ANTONIO CICU - ENRICO REDENTI

DIRETTORE

TITO CARNACINI

COMITATO DI DIREZIONE

ANTONIO SEGNI

GIUSEPPE AULETTA - ENRICO BASSANELLI

MICHELE GIORGIANNI - FRANCESCO MESSINEO

SALVATORE PUGLIATTI - FRANCESCO SANTORO-PASSARELLI

SALVATORE SATTA

ANNO XXIII (1969)

ISTITUTO GIURIDICO
dell'Università - TORINO



MILANO - DOTT. A. GIUFFRÈ EDITORE - 1969

Pubblicazione trimestrale - Spedizione in abbonamento postale - Gruppo IV