

proprie vittime una "pretesa" speciale che è in contraddizione con quella comune, e in particolare con quelle che essi stessi esercitano nei confronti di tutti gli altri possibili individui che volessero comportarsi con loro come rapinatori o come debitori di malafede.

I fautori della teoria normativistica potrebbero osservare a questo punto che ciò che ci consente di parlare di "contraddizione" fra le pretese normali e quelle speciali è in realtà l'esistenza di una norma (ad esempio: non rapinare, ovvero: paga i tuoi debiti) che viene a volta a volta osservata o violata - contraddittoriamente - dal rapinatore o dal debitore di mala fede. A questa osservazione si può rispondere tuttavia che non è affatto necessario ipotizzare l'esistenza di una norma di tipo kelseniano per stabilire la contraddizione.

La nozione classica dell'*id quod plerumque accidit* appare pienamente idonea a suggerire quale sia la vera natura della "norma", o della *regula* cui si fa riferimento per distinguere le pretese comunemente ritenute "antigiuridiche" da quelle comunemente ritenute "giuridiche". La probabilità statisticamente ritenuta si trasforma in un rapinatore non appena incontri un altro passante in una via solitaria e relativamente modesta, e comunque inferiore alla probabilità contraria, in tutte le società destinate a durare come tali per un ragionevole lasso di tempo. Analoga considerazione vale per la probabilità statistica che chi contrae un debito non intenda pagarlo. Se così non fosse (e in tutti i casi in cui così non sia) quella che suoli chiamarsi la "società" non funzionerebbe: il proverbio popolare russo secondo il quale «dove tutti rubano nessuno è ladro» è vero in quanto là dove tutti rubano vengono a mancare addirittura le premesse per definire il ladro, poiché viene a mancare la convivenza organizzata. La pretesa che abbiamo chiamato "speciale" non è statisticamente probabile, è quindi un'eccezione alla regola (nel senso di *regula*, o descrizione di eventi secondo uno schema), e pertanto vi contraddice, in un caso particolare.

È dunque implicita, nella pretesa del creditore di vedersi restituire il denaro prestato, o in quella del passante di non venire rapinato, una *previsione* relativa al comportamento più probabile delle altre persone, nella società cui ciascuno di essi appartiene, nella sua qualità di creditore, o semplicemente in quella di passante che si trova a percorrere vie solitarie.

Naturalmente, il giudizio di probabilità, o di "maggiore probabilità" formulato dal creditore o dal passante circa il comportamento rispettivo del debitore o degli altri passanti non basta a esaurire la "pretesa". La "pretesa" di costoro implica sempre - bensì - una previsione, ma è qualcosa di più della previsione. Dell'astronomo che prevede un'eclisse non si può certo dire che la "pretenda": se lo facesse, il nostro astronomo non rimarrebbe probabilmente a lungo nel suo osservatorio, poiché qualcuno provvederebbe a trasportarlo in una casa di cura.

Esistono altri componenti della pretesa. Anzitutto: l'intenzione (da parte di chi pretende) di determinare il comportamento altrui, oggetto di pretesa, qualora tale comportamento non venga spontaneamente adottato dalla persona, o dalle persone interessate. Il comportamento oggetto di pretesa è considerato dunque non soltanto come probabile, ma anche come determinabile con qualche specie di intervento da parte di chi lo pretende. Un fatto necessario non è oggetto di pretesa; così come - almeno di regola - non è oggetto di pretesa - al polo opposto - un comportamento impossibile a determinarsi. L'intervento di chi pretende è concepibile in vario modo, e la gamma degli "interventi" di questo tipo è praticamente infinita: dal consiglio all'escortazione, dal rimprovero alla minaccia, al trattamento diretto: "chi pretende" può usare in ipotesi tutti questi mezzi per determinare il comportamento preteso. Non solo, ma l'uso di questi mezzi può essere da chi pretende affidato ad altri, e inoltre può essere, a sua volta, oggetto di una nuova pretesa nei con-

con l'intenzione di pretesa

fronti di costoro: il che implica, anzitutto, che chi pretende da altri l'uso di mezzi idonei a determinare il comportamento originariamente preteso, formula previsioni sull'uso di quei mezzi, a sua richiesta, da parte di altri, e considera quell'uso maggiormente probabile del non uso. Chi pretende (in una società organizzata) un comportamento altrui compie almeno implicitamente tutta una serie di previsioni (alcune delle quali sono indirette e condizionate al non verificarsi di altre) e si dispone ad esercitare tutta una serie di corrispondenti pretese, anche nei confronti di destinatari diversi da quello originario, nell'intento di determinare infine il comportamento originariamente preteso, o, almeno, di determinare un qualche altro comportamento considerato come sostitutivo di quello originario. Al giudizio di probabilità che il comportamento originariamente preteso si determini spontaneamente, si aggiunge così, ad opera di chi pretende, un giudizio sulla probabilità che il suo intervento presso altri determini, direttamente o indirettamente, il comportamento originariamente preteso. Chi pretende ritiene, in breve, di "poter" determinare il comportamento altrui, anche se non dispone per questo - almeno direttamente e da solo - di tutti i mezzi a ciò idonei. È quindi implicito nella pretesa un giudizio positivo che chi pretende dà sul proprio "potere" di soddisfarla, intendendo questo "potere" come la possibilità di determinare, da solo o col concorso di altri, un dato comportamento da parte di qualcuno. In questo senso possono aver "potere" anche i "protegi disarmati", e, nelle società organizzate, anche il più umile individuo, anche colui che gode di uno *status* giuridico inferiore a quello di altri ha una qualche specie di *potere* col quale assiste le sue pretese.

Il normativista rileverà a questo punto che colui il cui comportamento è oggetto di "pretesa" avrà dunque un "obbligo" (un *Sollen*) corrispondente, e che, pertanto, nell'analisi ora tentata, il concetto di *Sollen* finisce per riassumere una parte cospicua.

È tuttavia opportuno che il nostro ipotetico normativista rivolga la sua attenzione a quanto segue:

1. Il *primus* logico, nell'analisi proposta ora, non è già il concetto di "obbligo", ma quello di *pretesa*, coll'effetto che il concetto di "obbligo" non solo non assume la parte di protagonista che, sia pure a prezzo di insanabili contraddizioni, aveva nella teoria normativa, ma viene interamente a dipendere dal concetto di "pretesa". Non vi è, ad esempio, possibilità di concepire un *obbligo* del debitore, se non esiste anzitutto una *pretesa* da parte del creditore. Più in generale, ove nessuno "pretenda" non vi sono in realtà "obblighi" del tipo comunemente considerato "giuridico", sebbene sia possibile, anche in tali casi, concepire l'esistenza, e la permanenza, di obblighi di natura morale.

Vi è a questo proposito una evidente analogia tra gli atti comunemente ritenuti giuridici e quelli comunemente considerati economici. Una "economia" che volesse fondarsi sul concetto di "offerta" per far dipendere da questo concetto quello di "domanda" non avrebbe senso, poiché si offre soltanto ciò che viene o può venire domandato, in quanto il bene domandato ha un valore per colui che lo domanda. Né il fatto che la domanda possa venire stimolata dagli offerenti, ad esempio a mezzo della pubblicità commerciale, riesce a farci ignorare che il bene offerto potrà diventare oggetto di scambio soltanto se verrà effettivamente domandato: la domanda precede logicamente l'offerta, anche là dove i potenziali offerenti si sforzano di determinare la domanda.

Analogamente, non avrebbe senso un ordinamento giuridico basato su obblighi cui non corrispondano pretese, anche se le pretese possono occasionalmente venire stimolate, mediante l'assunzione spontanea, di obblighi corrispondenti.<sup>3</sup>

Ciò avviene perché chi pretende sul piano giuridico si trova in una situazione di fatto analoga a quella di chi domanda un bene sul piano economico: in entrambi i casi, chi

domanda e, rispettivamente, chi pretende, *dà una valutazione positiva*, in termini di interesse proprio (o di coloro in nome e per conto dei quali domanda o pretende) *dei beni e rispettivamente dei comportamenti domandati o pretesi*. La pretesa, così come la domanda, non sorgono nel vuoto, ma hanno origine in quella valutazione, e non certo in una offerta o in un "obbligo" preesistente.

2. Vi è un altro aspetto della dipendenza dell'"obbligo" comunemente considerato come *giuridico*, dalla "pretesa": chi si adegua alla pretesa altrui, e quindi assume un "obbligo" *corrispondente*, si attende un'analoga adeguazione, in tutti i casi analoghi, da colui o da coloro che ora esercitano la pretesa nei suoi confronti, e il cui comportamento può a sua volta essere oggetto di pretesa da parte di chi ora si obbliga. Questa aspettativa, ad opera di chi assume un obbligo giuridico, è presente e operante non soltanto in quelli che i giuristi dogmatici chiamano "negozi giuridici bilaterali", ma in tutti i rapporti giuridici in cui si crea o si mantengono situazioni di complementarietà o anche soltanto di mera compatibilità fra i comportamenti degli individui che appartengono alla stessa convivenza organizzata: la differenza consiste unicamente nel fatto che mentre nei cosiddetti "negozi giuridici bilaterali" si hanno aspettative e corrispondentemente pretese di alcuni verso altri, negli altri rapporti si hanno, all'incirca, *aspettative di tutti verso tutti*, ossia pretese di tutti verso tutti, soddisfaccibili a condizione che ciascuno si adegui alle pretese di tutti gli altri.

3. Alle pretese giuridiche possono corrispondere, anche se non vi corrispondono necessariamente, "obblighi" comunemente considerati morali. Questi ultimi, per quanto si è detto più sopra a proposito della autonomia ed irrisolubilità del concetto di "obbligo" morale, non dipendono logicamente dalle pretese, neppure quando vi corrispondono, e possono continuare a sussistere anche in mancanza di una corrispondente pretesa. In tal caso peraltro, non si ha affatto

conferma del punto di vista normativistico, poiché gli "obblighi" di cui qui parliamo non sono considerati "giuridici" ma, appunto, morali. Il mondo degli obblighi considerati "moralì" sottrande in gran parte, anzi, in tutte le società a noi note, il mondo delle pretese giuridiche e non è riducibile a quelle. Ma è appena il caso di aggiungere che neppure le pretese giuridiche possono venire ricondotte concettualmente ai corrispondenti obblighi, di natura morale, che le sottendono. Non si pretende infatti qualcosa solo perché altri senta un corrispondente obbligo, anche se, come si è detto, l'assunzione di un obbligo da parte di alcuni possa agire occasionalmente come stimolo di pretese da parte di altri.

Forse proprio questa coestensività, almeno entro certi limiti, del dominio delle pretese giuridiche e di quello degli obblighi morali può aver indotto i normativisti a tentare la riduzione, al *Sollen*, del concetto di "diritto". Ma non si è avvertito che il termine *Sollen* era troppo generico per consentire una vera comprensione della natura dei due tipi di obbligo, quello "giuridico" e quello morale.

*Sollen*, oltreché un sostantivo, è, come noto, anche l'infinito del verbo "dovere": ma l'infinito del verbo "dovere" è uno strumento molto rudimentale e insufficiente di comprensione dei significati, tra loro assai diversi, che quel verbo può assumere quando viene coniugato.

Mentre, ad esempio, l'espressione "io devo" può significare l'obbligo morale, l'espressione "tu devi", quando non la rivolgiamo, come nell'uso kantiano, a noi stessi, o quando non la rivolgiamo ad altri per rammentare loro quello che essi, d'accordo con noi, considerano il loro "dovere" morale, può significare: "io pretendo da te", e questa espressione, col suo nuovo soggetto, richiama subito alla nostra mente la priorità logica della "pretesa" nostra sul corrispondente "obbligo" altrui, mentre l'uso del termine *Sollen* ce ne lascia all'oscuro.\*

Si potrebbe, del resto, anche ipotizzare una corrispon-

denza costante fra pretese giuridiche ed obblighi morali (come si dice, o forse si favoleggia, che avvenga, o avvenisse, nelle cosiddette "società primitive"), senza per questo essere costretti a confondere la sfera delle pretese con quella degli obblighi corrispondenti, e senza, inoltre, potere o dovere ridurre le prime ai secondi. Si potrebbe andar oltre, e immaginare che i comportamenti considerati *più probabili* da chi pretende (e in ciò abbiamo visto consistere appunto la differenza tra pretese comunemente considerate giuridiche e quelle comunemente considerate anti-giuridiche) siano tali proprio perché corrispondono a convincimenti morali diffusivi: l'esistenza degli "obblighi" morali consentirebbe, in questa ipotesi, il successo delle previsioni implicite nella pretesa. Ma la distinzione tra pretese (giuridiche) e obblighi morali non verrebbe meno, né l'ipotesi di cui sopra potrebbe di per se stessa consentire alcuna "riduzione" delle pretese ai cosiddetti "obblighi" giuridici.

Va infine rilevato che il concetto di "pretesa", nel senso ora delineato, rende possibile non soltanto la distinzione del "diritto" dalla "morale", ma anche quella del "diritto" da altre specie di attività che si svolgono bensì secondo norme (eventualmente assistite da "sanzione"), ma non secondo "pretese". Ad esempio, la norma ortografica secondo la quale la parola "cuore" dev'essere scritta col "c" anziché, poniamo, col "q", non corrisponde di per se stessa a *pretesa* alcuna. Chi scrive cuore col "q" può farmi ridere, e questa ben può intendersi come una *sanzione* del suo errore, come può farmi ridere l'annunciatore radiofonico che "prende", come suol dirsi, una "paperà", o la vecchia attrice che veste come una fanciulletta e si dipinge la faccia come un mascherone. Ma nessuno di questi comportamenti è *in sé* oggetto di mia "pretesa", anche se può divenirlo per particolari motivi. Io *pretenderò*, ad esempio, che la mia segretaria, cui detto una lettera, scriva in quella lettera "cuore" col "c": ma in tal caso io non invocherò direttamente la norma ortografica, bensì

quella contrattuale per cui la persona da me assunta per scrivere le mie lettere deve applicare in tale lavoro le regole dell'ortografia. La mia "pretesa" alla scrittura corretta della parola "cuore" non è dunque in tal caso "ortografica", ma "giuridica", in quanto si basa sul rapporto di lavoro che si è stabilito tra me e la mia segretaria. Tanto ciò è vero, che, quando la mia segretaria torna a casa sua, e scrive una lettera al suo innamorato, potrebbe usare, per quanto mi riguarda, l'ortografia che vuole, e per esempio scrivere, se lo desidera, "cuore" col "q", senza che io eserciti, in materia, alcuna "pretesa".

In base a quanto detto finora, il concetto cui sembra riducibile il termine *diritto*, così come viene usato nel linguaggio ordinario, è quello che potrebbe definirsi *la richiesta di un comportamento* altrui corrispondente ad un nostro *interesse* (o all'interesse di altri in nome e per conto dei quali formuliamo la richiesta stessa) e considerato inoltre come *probabile* — e comunque più probabile di altri — nell'ambito di convivenza organizzata cui apparteniamo entrambi (noi e la persona il cui comportamento è oggetto di pretesa), nonché, in ogni caso, come *determinabile* mediante un nostro *intervento* (presso tale persona o presso altre) in base ad un *potere* di cui noi, che formuliamo la richiesta, ci consideriamo dotati. Chi esercita una pretesa può evidentemente errare, sia nella valutazione del proprio interesse, sia in quella della probabilità del comportamento preteso, sia in quella della determinabilità di quest'ultimo in base all'intervento, ovvero (che è lo stesso) in quella del proprio potere di determinare il detto comportamento. Ma gli errori, commessi da chi pretende, sulla natura della propria pretesa non hanno molta rilevanza per una teoria del diritto come pretesa: chi pretende, pure sbagliando sulla natura della propria pretesa, si comporterà, o tenderà a comportarsi, come soggetto di una pretesa giuridica, anche se altre persone, appartenenti alla stessa convivenza organizzata, non saranno di questo parere.

Una teoria del diritto come pretesa non deve quindi necessariamente atteggiarsi a teoria di talune pretese ad esclusione di altre: la teoria registrerà imparzialmente il fatto che gli individui che pretendono *possono* errare e che, conseguentemente, la loro pretesa — cheché ne pensino gli stessi individui — può non essere compatibile colla maggior parte delle pretese analoghe, e dei corrispondenti "obblighi". In questa possibilità di errore sta la natura mutevole e problematica del "diritto" che, considerato nel suo aspetto dinamico, è una continua serie di tentativi, che gli individui compiono quando pretendono un comportamento altrui, e si affidano al proprio potere di determinare quel comportamento, qualora esso non si determini in modo spontaneo. Ogni individuo può avere un'idea rudimentale dei comportamenti probabili degli altri individui, e della connessione in cui questi comportamenti si trovano coi propri: la pretesa di ogni individuo contiene, almeno *in nuce* l'idea di un intero "ordinamento giuridico" (inteso come convergenza o come scambio, e comunque come concessione di pretese) che può concidere o meno colle idee analoghe contenute *in nuce* nelle pretese altrui: concessione, convergenza e scambio inevitabilmente limitati e mutevoli, a malgrado delle tecniche poste in opera in ogni convivenza organizzata (ad es. mediante il lavoro dei giuriconsulti, o quello dei giudici, o quello dei legislatori) per la propagazione di determinate idee su ciò che debba intendersi per "ordinamento" delle pretese e degli obblighi corrispondenti.

Ancora una volta soccorre qui l'analogia col processo economico: gli individui che domandano e quelli che offrono beni o servizi sul mercato compiono una serie interminabile di tentativi, basati sull'idea più o meno rudimentale che ognuno di essi possiede circa le offerte e le domande corrispondenti: il processo economico si atteggerà allo studioso come la convergenza, la concessione e l'incontro di una molteplicità di domande (e delle corrispondenti offerte) formu-

late da una molteplicità di individui: convergenza, concessione e incontro anch'essi limitati e mutevoli (la domanda non si incontra infatti sempre con l'offerta corrispondente) a malgrado delle tecniche poste in opera in ogni convivenza organizzata (ad es. mediante il mercato, o la direzione centralizzata della produzione e del consumo) per determinare l'incontro delle domande e delle offerte rispettive.

Gioverà ora tentare una delineaazione del concetto di "politica" e, correlativamente, del rapporto in cui questo concetto si trova con quello di diritto.

Soccorre a questo proposito uno dei concetti che abbiamo rilevato essere impliciti nella "pretese": quello di *potere*.

La disputa oggi assai viva sulla natura dell'attività politica si svolge — come è noto — intorno a due concetti fondamentali, considerati al centro di due metodologie mutuamente esclusive: il concetto di "stato" e quello di "potere". Politica è per gli uni l'attività che si svolge ad opera dello stato, o nell'ambito dello stato; per altri l'attività che gli individui svolgono, non necessariamente nell'ambito del cosiddetto "stato", ogni qualvolta entrano in relazioni di *potere* con altri individui. Assai diffuso tra i fautori di uno studio dell'attività politica che si svolga in modo autonomo rispetto alle sistemazioni della dogmatica giurpubblicistica è il convincimento che più idonea e fruttuosa della metodologia incentrata sul concetto di stato sia, a questo riguardo, la metodologia basata sul concetto di "potere".

Io non credo che il concetto di *stato* sia necessariamente più limitato o comunque esclusivo di quello di *potere*: esiste infatti un'accezione del termine stato che forse corrisponde più direttamente di altre all'etimologia della parola, e che appare altresì più ampia del concetto di potere, in quanto include tale concetto, determinandolo in un senso specifico. Naturalmente non alludo qui ad un concetto di stato nel senso in cui tale concetto può essere elaborato dalla dogmatica giurpubblicistica, mediante il consueto