

## *Prologo*

SOMMARIO: 1. La metodologia: il caso delle scienze naturali. – 2. La metodologia: il caso della scienza giuridica. – 3. La metodologia della scienza giuridica e il concetto del diritto. – 4. I temi della metodologia della scienza giuridica.

### *1. La metodologia: il caso delle scienze naturali.*

Questo è un libro di metodologia, e, per come la intendo e qui la tratterò, la metodologia è la riflessione sul modo in cui una scienza lavora con gli strumenti intellettuali di cui dispone. Dirò più specificatamente: è l'analisi delle leggi, dei concetti e dei procedimenti logici che sono gli strumenti di cui la scienza si serve nella soluzione dei suoi problemi.

Per rendere più chiara e concreta questa nozione, cominciamo col considerare una delle scienze naturali, diciamo la fisica. La fisica cerca di rispondere ad una quantità di problemi. Ci sono problemi puramente teorici, p.e. il problema della scoperta di leggi, e ci sono problemi pratici, p.e. quello della previsione delle conseguenze fisiche di un dato fenomeno concreto.

Consideriamo un problema di questo secondo genere, il problema, poniamo, di prevedere le conseguenze che l'aumento di temperatura produce su un corpo metallico. Come la scienza perviene alla soluzione del problema? Lo scienziato risolve il problema ma non fa oggetto di riflessione il suo lavoro. Una cosa è usare degli strumenti altra cosa è rifletterci su, individuarli, analizzarli e indagarne le caratteristiche. Questa riflessione è un lavoro ulteriore e costituisce il compito proprio della metodologia: questa è in grado di rivelare analiticamente che gli strumenti di cui si serve lo scienziato sono, appunto, determinate leggi fisiche, certi specifici concetti tecnici e procedimenti logici di un certo tipo di cui cerca di chiarire la struttura, la natura e l'origine. Nel caso preso

ad esempio la riflessione metodologica nota che lo scienziato giunge alla soluzione del problema attraverso un ragionamento che ricostruisce più o meno in questi termini:

- (a) *c'è una legge fisica che dice che tutte le masse metalliche che subiscono un aumento di temperatura subiscono anche una dilatazione;*
- (b) *questo corpo che ha una massa metallica sta subendo un aumento di temperatura;*  
*dunque*
- (c) *questo corpo sta per subire una dilatazione.*

Analizzando più a fondo questo ragionamento la metodologia è in grado di mostrarne alcune essenziali caratteristiche.

In primo luogo metterà in evidenza che in esso, precisamente in (a), viene utilizzata una *legge generale*, la legge fisica della dilatazione, di cui cercherà di conoscere struttura ed origine. Preciserà così che la legge ha la forma tipica delle leggi generali soggetto-copula-predicato *tutti gli A sono B*. La metodologia si chiederà poi in che modo la fisica sia giunta ad ottenere questa legge, se per generalizzazione da una serie di osservazioni empiriche o attraverso procedimenti più complessi.

In secondo luogo la metodologia osserverà che nella legge e in tutto il ragionamento si fa uso di diversi *concetti tecnici*, quali “massa”, “temperatura”, “dilatazione”, e cercherà di spiegare in che modo si formano e sono connessi con le qualità percepibili della cose: p.e., la temperatura e la dilatazione, che comunemente sono oggetto di sensazioni tattili o visive, nella scienza acquistano un significato più oggettivo attraverso la misurazione fornita da opportuni strumenti, mentre il concetto di massa ha una connessione meno prossima con le nostre percezioni ed un'origine più teorica.

Infine chiarirà che il ragionamento dello scienziato, considerato nel complesso (a), (b), (c), ha una ben definita *struttura logica* della forma *tutti gli A sono B, questo è A, dunque questo è B*, struttura deduttiva valida che ha la funzione di applicare una legge generale ad un caso particolare.

Naturalmente la fisica affronta e risolve molti altri problemi diversi da questo esemplificato, ma in ogni caso, nel caso della fisica come in quello di ogni altra scienza naturale, oggetto della riflessione metodologica saranno le leggi, i concetti tecnici e i procedimenti logici impiegati dalla scienza nella soluzione dei suoi vari problemi.

## 2. La metodologia: il caso della scienza giuridica.

Non c'è dubbio che ogni scienza abbia i propri metodi e perciò la propria metodologia. Ma tutte le metodologie, considerate nelle linee generali, hanno in comune questo triplice interesse per le leggi, i concetti e i procedimenti logici di cui questa o quella scienza si serve per dare una risposta ai propri per quanto svariati problemi. Perciò osservazioni analoghe a quelle appena fatte per le scienze naturali si possono ripetere per la scienza giuridica. Anche la scienza giuridica ha problemi specifici, che, come nel caso delle scienze naturali, possono essere problemi di pura teoria, p.e. il problema se esista o no una certa legge e come debba essere interpretata, e problemi pratici, p.e. il problema se e come una certa legge si applichi ad un caso concreto. Il problema finale, quello in vista del quale sono ordinati tutti gli altri, è il problema pratico del caso concreto.

Consideriamo allora un problema pratico parallelo a quello esemplificato per le scienze naturali. Nelle scienze naturali il problema pratico finale è: dato un certo fatto, quali conseguenze fisiche, chimiche, biologiche, ecc., si verificano? Nella scienza giuridica il problema pratico finale è: dato un certo fatto, quali conseguenze giuridiche ne seguono? È quello che nel linguaggio dei giuristi si chiama il problema del *quid juris*.

Qualcuno circolando con la propria autovettura causa un danno ad una persona. Se si preoccupa delle conseguenze giuridiche cui va incontro, probabilmente già saprà, o se non lo sa verrà informato da chi è esperto di diritto, che egli dovrà risarcire il danno causato. Questo sapere, per quanto minuscolo, è un frammento di scienza giuridica ed è il risultato di un ragionamento. Anche questa volta la riflessione e l'analisi può ricostruirlo così:

- (a') *c'è una legge giuridica che dice che tutti coloro che causano un danno ad un altro hanno l'obbligo di risarcirlo;*
- (b') *l'individuo in questione ha causato un danno;*  
*dunque*
- (c') *questo individuo ha l'obbligo del risarcimento nei confronti del danneggiato.*

Si nota subito che i passi (a'), (b') e (c') sono paralleli ai passi (a), (b) e (c). Perciò parallelamente al caso delle scienze naturali la riflessione e l'analisi possono mettere in evidenza corrispondenti punti.

Anzitutto, nel ragionamento giuridico viene utilizzata una *legge generale*, adesso però di natura *giuridica*, che tuttavia ha sempre la forma soggetto-copula-predicato *tutti gli A sono B*. C'è da chiedersi inoltre da dove e come la scienza giuridica tragga questa legge, e la risposta potrà essere diversa da quella che si dia all'analoga domanda circa l'origine delle leggi naturali.

In secondo luogo, si vede che anche qui la scienza fa uso di *concetti tecnici*, che ora sono "causa", "danno", "obbligo", "risarcimento". È importante sapere come si formano e se e in quale relazione essi stanno con i fatti. Si può osservare che alcuni di essi, come "causa", "danno", e "risarcimento", magari indirettamente attraverso catene di varie definizioni, devono in ultima analisi poter denotare fatti concreti, altrimenti non si potrebbe stabilire se e quali di questi fatti abbiano "causato" un certo "danno", e quali fatti dobbiamo mettere in atto per effettuare il "risarcimento". Quanto al concetto di "obbligo", come si vedrà la sua analisi è molto più controversa: se si ammette un suo collegamento con certi fatti, la catena delle relazioni che lo riportano ad essi può essere molto complessa.

Infine, se si riflette sull'intero ragionamento, da (a') a (c'), si può notare che esso ha una *struttura logica* deduttiva ancora del tipo *tutti gli A sono B, questo è A, dunque questo è B*: è sempre la struttura logica che serve ad applicare una legge, qui giuridica, ad un caso particolare. In altri casi il genere di problema che la scienza si trova ad affrontare può richiedere strutture logiche, deduttive o persino induttive, diverse da questa esemplificata.

Ebbene, tutto questo genere di riflessione e di analisi è metodologia della scienza giuridica. In generale essa, parallelamente alla metodologia delle varie scienze della natura, fa oggetto della propria indagine le leggi giuridiche, i concetti giuridici e la logica giuridica. Ma non è tutto, perché c'è un altro oggetto della metodologia, che questi stessi tre termini presuppongono: la giuridicità, ossia il concetto stesso del diritto.

### 3. *La metodologia della scienza giuridica e il concetto del diritto.*

Ci sono diversi modi di pensare il diritto. Intendo qui il diritto in senso "oggettivo", nel senso cioè di un intero ordinamento giuridico (come il diritto romano, il diritto italiano, il diritto francese), non il diritto

in senso “soggettivo”, che designa la pretesa di un soggetto (come il diritto di proprietà, il diritto di credito o il diritto alla vita) definibile all’interno di un diritto oggettivo. Si può pensare il diritto oggettivo come un insieme di principi di giustizia, validi a priori, indipendentemente da come agiscano e da ciò che decidano gli uomini; si può concepirlo come un insieme di fatti sociali, i fatti e i modi nei quali si svolge l’attività umana nella società; oppure si può definirlo come un insieme di norme vigenti, per lo più scritte, deliberate da certi soggetti e generalmente praticate. Ebbene, cambiando il modo di pensare il diritto cambia anche il metodo della scienza, perché a seconda che si presupponga l’una o l’altra concezione del diritto muta radicalmente il genere delle leggi e dei concetti di cui il giurista fa uso, e mutano anche i suoi procedimenti logici, soprattutto quelli di cui si serve per trovare le leggi valide.

Cambia la natura delle leggi giuridiche e il modo di reperirle. Riprendiamo l’esempio della legge del risarcimento del danno. In che consiste e come la si ricava? Supponiamo che si pensi il diritto come insieme di principi giustizia, concezione che nella sua forma più classica ripone tali principi nella natura dell’uomo. Allora si dirà che è legge giuridica che si debba risarcire il danno perché il risarcimento è la cosa giusta da fare, ed è la cosa giusta perché ciò si deduce dagli imperativi insiti nella natura di ogni uomo.

Se invece si pensa che il diritto è un insieme di fatti sociali, allora le leggi giuridiche consisteranno nella regolarità con cui questi fatti si verificano e si potranno ricavarle in maniera simile a quella in cui si ottengono le leggi della natura: non per deduzione ma ragionando per induzione sulla base dell’osservazione di ciò che con alta frequenza statistica accade nel mondo sociale, p.e. generalizzando induttivamente le reazioni del sistema sociale o il comportamento dei giudici. Da questo punto di vista si dirà che esiste la legge del risarcimento perché e nel senso che il sistema sociale spesso reagisce negativamente nei confronti di coloro che avendo cagionato un danno rifiutano di risarcirlo o perché generalmente i giudici usano condannare al risarcimento chi ha cagionato un danno.

Se infine si definisce il diritto come un insieme di norme vigenti, allora né la semplice osservazione dei fatti sociali né considerazioni ideali di giustizia saranno decisive. Se si assume quest’altro punto di vista, dire che esiste la legge del risarcimento vorrà dire che ciò è stabilito da una disposizione normativa, per noi precisamente dall’art. 2043 c.c., che appartiene all’ordinamento attualmente in vigore. E la logica necessaria per verificare la validità della legge comporterà una lunga catena di ope-

razioni, per lo più deduttive ma talvolta induttive, basate essenzialmente sulla lettura e la interpretazione di testi normativi.

Se dunque ci chiediamo che cosa sono le leggi giuridiche e se vogliamo sottoporle ad analisi – questo è uno dei compiti della metodologia – dobbiamo prima rispondere ad una domanda più fondamentale: che cosa è il diritto? che cosa assume come diritto la scienza giuridica?

Il modo di pensare il diritto condiziona anche la formazione e il contenuto dei concetti giuridici. Consideriamo p.e. il concetto di obbligo. Se pensiamo il diritto come insieme di principi di giustizia insiti nella natura dell'uomo, allora l'obbligo per un soggetto *S* di compiere un atto *A* significa che il non compiere *A* da parte di *S* è agire in conflitto, in modo incoerente, con le tendenze più profonde dello stesso soggetto *S*. Ben diversa definizione dell'obbligo emerge da una concezione del diritto inteso come realtà sociale: in tal caso l'obbligo per *S* di compiere l'atto *A* può significare solo la probabilità di un fatto sociale, e cioè che se *A* non viene compiuto allora molto probabilmente si verificherà una reazione sfavorevole a *S* da parte del corpo sociale o dei suoi organi. E ancora un altro significato assume il concetto di obbligo all'interno di una concezione del diritto come insieme di norme vigenti: essere obbligatorio vorrà dire essere prescritto da una norma che fa parte di un ordinamento in vigore. Anche per parlare dei concetti della scienza giuridica occorre rispondere alla domanda: che cosa è il diritto? come la scienza concepisce il diritto?

#### 4. *I temi della metodologia della scienza giuridica.*

Il metodo della scienza non può, dunque, essere analizzato da nessun lato senza prendere preliminarmente in considerazione la definizione del diritto. Quello e questa fanno problema nel loro insieme, perché la risposta alla domanda intesa a sapere in che consista il metodo scientifico può essere data solo all'interno di una od altra definizione del diritto. Perciò sono temi della metodologia non solo le *leggi*, i *concetti* e le *procedure logiche* della scienza giuridica, ma anche, e prima degli altri, il *concetto del diritto in generale*, che della scienza può considerarsi il concetto di fondo e di sfondo.

Dico il concetto del diritto in generale, perché la metodologia, quale sarà qui svolta nei suoi temi, non studia il modo di procedere di una particolare scienza giuridica relativa ad un particolare diritto (relativa p.e.

al diritto romano, al diritto europeo, o al diritto italiano attuale, benché a quest'ultimo ovviamente farà frequenti richiami), ma studia il modo di procedere della scienza giuridica in generale, quale che sia il diritto al quale essa si riferisce. Per quanto riguarda la logica della scienza giuridica, questo carattere di generalità le è intrinseco per il fatto che la logica giuridica, come si vedrà, è la stessa logica generale, deduttiva e induttiva, applicata al diritto. Va invece chiarito in che senso si può parlare di leggi e di concetti giuridici in generale.

I diritti oggettivi (quello romano, quelli attuali, italiano, francese, tedesco, ecc.) sono diversi fra loro per contenuto, e tuttavia hanno in comune qualche caratteristica, senza di che non potrebbero essere ricompresi tutti nella categoria del diritto. I contenuti sono, diciamo così, le parti variabili del diritto; ciò che è comune sono le parti costanti del diritto, perciò stesso al concetto generale del diritto strettamente legate.

Così, nei vari diritti oggettivi le leggi hanno contenuti variabili, disciplinano in modo differente situazioni diverse, ma se facciamo astrazione da questi contenuti troveremo sempre che le leggi presentano una determinata *struttura*, sono classificabili secondo una certa *tipologia* e hanno una loro *natura*. Nell'esempio, sopra proposto, della legge del risarcimento, già è stata individuata la struttura della legge che la scienza giuridica cita: essa ha la struttura *tutti gli A sono B*. Di ciascuna legge ci si può inoltre chiedere a quale tipo di leggi appartenga: la legge del risarcimento e molte altre dello stesso tipo stabiliscono un obbligo, appartengono alla categoria delle norme che potremmo dire di obbligazione; ma ci sono leggi che stabiliscono cose diverse da un obbligo (p.e. la legge che fissa la maggiore età al compimento del diciottesimo anno): queste appartengono ad altri tipi di norme che occorrerà precisare. Infine si può studiare la natura delle leggi e delle proposizioni che esse esprimono: per rimanere nell'ambito dell'analisi logica tradizionale, ci si può chiedere se si tratti di proposizioni descrittive, prescrittive (imperative) o di altro genere. La risposta a tale quesito dipenderà dal modo in cui si concepisce il diritto: p.e., se lo si pensa come insieme di fatti sociali, le leggi giuridiche saranno descrittive delle regolarità con cui si verificano questi fatti; se invece si definisce il diritto come insieme di norme, le leggi giuridiche saranno norme e alle norme si riconoscerà carattere prescrittivo almeno nel caso in cui, come in quello della legge del risarcimento, si tratti di norme che impongono obblighi, mentre resta aperta la questione per gli altri tipi di norme (e la questione è avvolta in complesse discussioni che incontreremo più tardi).

Considerazioni simili valgono per i concetti giuridici. Sono concetti giuridici variabili quelli che la scienza giuridica usa in certi luoghi e tempi ma non in altri, perché compaiono solo in alcuni diritti, come ad es. i concetti di schiavo, di divorzio, di leasing, e anche di Parlamento che non c'è dappertutto. Concetti costanti sono invece quelli che la scienza giuridica usa sempre perché sono presenti in ogni diritto: tali, p.e., i concetti di obbligo, permesso, contratto o potere. Il contenuto di un obbligo, di un permesso, di un contratto o di un potere potranno variare, ma, con uno od altro contenuto, obblighi, permessi, contratti e poteri ci saranno in ogni forma di diritto.

Ciò chiarito, la riflessione sul metodo della scienza giuridica pone queste più precise domande: quale concezione del diritto in generale la scienza presuppone? In che consistono le leggi che essa usa, quale è la loro struttura, tipologia e natura? Quali sono i suoi concetti tecnici fondamentali? Quali procedure logiche, deduttive o induttive, la scienza utilizza nella soluzione dei suoi problemi teorici e pratici? A queste domande, e in questo ordine, si cercherà di rispondere.