



CLAUDIO D. AMORELLI

Può la scienza giuridica ‘risvegliarsi’? Riflessioni a partire da “La bella addormentata. La scienza del diritto e il ‘problema’ della sua autonomia” di Dante Valitutti

Abstract. This paper consists of some reflections based on the volume *La bella addormentata. La scienza del diritto e il ‘problema’ della sua autonomia* by Dante Valitutti. By immediately revealing the methodological objective suggested by the author, the issue of the autonomy of legal science is examined within the parameters of the authors cited and studied by him. It is argued that the foundation of the autonomy of legal science cannot disregard the epistemological issue of the jurist, both then and now, starting from reflections on their own time and the tools it provides to interpreters to concretely justify the logic of their activity. The search for a method has shaped its conceptions, intertwining ontology and epistemology, and justifying the existence of legal science as a voluntary or involuntary aid to judicial activity.

Keywords: Carl Schmitt, legal hermeneutics, autonomy, experience, jurist

1. Laddove residua il problema

Il volume di Dante Valitutti (Napoli, Editoriale Scientifica, 2024, collana *Logon Didonai – Saggi*, pp. 378) propone una riflessione di ampio respiro circa la genealogia e gli esiti del ‘problema’ dell’autonomia della scienza giuridica. L’autore, ripercorrendo il nesso tra “ontologia e gnoseologia, conoscenza ed essenza del giuridico” – come si legge nella quarta di copertina – intende dimostrare che “dal modo in cui si è ricercato il diritto è maturata al contempo una idea specifica dello stesso”.

Da tale presupposto il metodo di ricerca dell’indagine: si tratta di una cognizione che parte dal confronto circa l’unità del sapere giuridico, dalle riflessioni di Schmitt, di Kirchmann, di Wolf e della filosofia analitica del diritto per arrivare alla logica del diritto *esperienziale*.

È entro tale cornice interpretativa che si colloca la metafora fiabesca evocata nel titolo: la scienza giuridica viene qui rappresentata come una *bella addormentata*, immagine che, lunghi dall’essere un mero espediente retorico, segnala lo stato esistenziale di questa a seguito dell’*iter*



che – per i motivi che verranno in questa sede esposti – ha portato al venir meno del suo stesso principio fondativo. Riprendendo le parole di Gianfranco Miglio – originariamente riferite alla giuspubblicistica italiana ma qui assunte a emblema di un’intera condizione disciplinare – si può dire che la scienza giuridica abbia smarrito le ragioni del proprio esserci¹, dimenticando la posta in gioco ontologica della propria funzione. Riprendere la riflessione sulla questione della sua esistenza non è soltanto un esercizio teorico, ma costituisce il gesto inaugurale per una possibile ri-fondazione della sua autonomia epistemica e politica.

Non vi è, dunque, alcun problema che non possa essere ricompreso e affrontato, nell’ottica di proporne una possibile soluzione, a condizione che si riparta dalla domanda fondativa circa le ragioni del “tradimento” compiuto dai giuristi nei confronti della scienza giuridica. Un tradimento che, più che a una scelta deliberata, si riconduce a un progressivo venir meno della consapevolezza dei giuristi circa il loro compito originario: quello di custodi del diritto². Non è un caso che, come suggerisce la citazione in esergo, anche Vittorio Emanuele Orlando, nei suoi scritti di diritto pubblico generale³, ricorra alla medesima immagine della *bella addormentata*, questa volta riferita alla filosofia. Tale convergenza metaforica – che attinge all’immaginario fiabesco di Perrault e dei fratelli Grimm – va letta come una strategia discorsiva che permette di tematizzare l’attesa di un risveglio salvifico: un ritorno, auspicato, delle grandi discipline ordinatrici – la filosofia e la scienza giuridica – al loro ruolo costitutivo di mediazione tra il generale e il particolare.

Partendo da questa prospettiva, occorre – per Valitutti – ripensare l’autonomia della scienza giuridica. Per farlo però è opportuno prendere preliminarmente posizione in merito alla questione del metodo. L’autore opta a favore dell’ermeneutica giuridica, sia pur con i problemi definitori che si porta dietro⁴ che viene vista come una delle prospettive *metodologiche* idonee a porre le basi per la costruzione di una comunità interpretativa formata da “tutti coloro che, da prospettive differenti, danno (o provano a dare) ordine al ‘magma’ dell’*esperienza giuridica*

¹ D. Valitutti, *La bella addormentata. La scienza del diritto e il ‘problema’ della sua autonomia*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2024, pp. 25-26

² Ivi, pp. 30-31.

³ Ci si riferisce alla citazione riportata da V.E. Orlando, *Diritto pubblico generale. Scritti vari coordinati in sistema (1881-1940)*, Milano, Giuffrè, 1940, partendo da Felix Dahn.

⁴ G. Carlizzi, “Per una storia dell’ermeneutica giuridica”, *Diacronia*, 1 (2022), p. 16



avendo come bussola i principi costituzionali”⁵.

L’obiettivo di Valitutti è quello di strutturare (*rectius ipotizzare*) una figura di giurista che *giustifichi* il senso della sua attività pratica: il momento interpretativo, infatti, consente di risolvere il caso concreto attraverso una pluralità di strumentari concettuali rilevanti non solo sul piano del diritto positivo ma, anche, dal punto di vista pratico. La figura di scienziato del diritto è, appunto, pratica in quanto esperienziale. Il giurista insomma non *fa* diritto solo attraverso la legge ma lo ricerca, lo inventa e lo costruisce. Ha bisogno, per fare ciò, di una comunità interpretativa di riferimento e, soprattutto, di uno scopo determinabile *ex ante*. ‘Custodire’ il diritto quindi

[vuol dire] collaborare con altri saperi, [...] avere cognizione di se e [di] come [può] farlo. Tutto ciò, però, non mette certo in dubbio, anzi, ma rilancia quelle considerazioni avanzate un attimo prima, sulla necessità di una relazione costante tra giurisprudenza e meta’ giurisprudenza. In altre parole, come si è scritto, ‘il confronto con le altre scienze[’] ‘deve consentire alla scienza giuridica di riflettere continuativamente e criticamente su sé stessa e sulle proprie certezze’⁶.

Partendo da ciò è possibile comprendere le motivazioni dell’*addormentamento* della scienza giuridica: la perdita del senso esperienziale, intesa come consapevolezza del *suo* ruolo e dell’integrazione con le scienze che la circondano⁷.

L’esperienza giuridica non proviene solo dalla tradizione, proviene anche dall’interscambio

⁵ D. Valitutti, *La bella addormentata*, cit., p. 363: “Ciononostante, affermare che, attualmente, esista una comunità interpretativa (più o meno) omogenea, ribadire che la scienza (del diritto) debba aprirsi al suo esterno, al mondo della vita, non determina l’annullamento della scienza nella vita”.

⁶ Ivi, pp. 367-368. Cit. da A. Moliterni, “Il problema del metodo e il diritto amministrativo”, *Diritto pubblico*, 2 (2020), p. 516.

⁷ D. Valitutti, *La bella addormentata*, cit., p. 373: “Pertanto, se la realtà del diritto di oggi necessita della presenza di un giurista situato, il quale non sia chiuso in se stesso – che non si faccia irretire da una dogmatica auto riferita – ma sia, viceversa, ben calato nei contesti e nelle dinamiche della *Rechtspraxis*, la ‘via’ ermeneutica rappresenta, per quel giurista, una via sicuramente da percorrere. Essa non è l’unica certo, ma quella che, probabilmente, indica più soluzioni per orientarsi in quel flusso continuo che è l’*esperienza giuridica* contemporanea. Compito della scienza del diritto sarà, quindi, quello di seguire – e tentare di mettere ordine in – questo flusso e, in ciò, riscoprire, ogni volta se possibile, il senso della sua *autonomia*”. Il giurista *situato* di cui parla Valitutti è derivato dalla figura di giurista *militante* a cui fa riferimento A. Sandulli, “Anamnesi giuridica di *Teologia politica*”, in M. Croce, A. Salvatore (a cura di), *Teologia politica. Cent’anni dopo*, Macerata, Quodlibet, 2022, pp. 161-169: “mentre il ‘puro’ giurista è un tecnico che, attraverso la dogmatica, può svolgere il suo mestiere in qualunque tempo, il giurista militante, che si collochi nello spazio-tempo, deve cogliere i tornanti e i cambi di rotta presenti nella realtà sociale, per poter trasformare queste tendenze, questi segnali di cambiamento, in nuovi strumenti organizzativi e istituzionali, in diversi criteri di interpretazione: con la conseguenza che i paradigmi stessi sono destinati al mutamento e al rinnovamento, che il dogma giuridico non esiste e che lo strumento di innovazione di una determinata epoca diviene il collo di bottiglia da superare nell’epoca successiva”. Cfr. D. Valitutti, *La bella addormentata*, cit., p. 101.



continuo nella “variegata comunità interpretativa, *un’opera composita dell’uomo per l’uomo*”⁸. Il giurista che si senta in grado di accogliere tale approccio⁹ deve essere ben consapevole del suo carattere dialettico: la contrapposizione tra i modelli di giurista custode e di giurista creatore¹⁰ infatti pone già i limiti concettuali di riferimento. Il superamento di entrambi i modelli però, per non scadere in una nuova forma di autoreferenza interpretativa, deve raccogliere da entrambi. Dal giurista custode occorre recepire il modello di conoscenza e *self restraint*, di contegno concettuale di fronte alla regolamentazione positiva e alla gerarchia delle fonti, dal giurista creatore è necessario invece raccogliere la capacità di integrazione interpretativa con il *nuovo*. ‘Creando’ il diritto vivente, la prassi giuridica diviene un rimedio a una legislazione *vaga* o di *anacronistica*¹¹ e la sua precomprensione dell’interprete trova ‘legittimità’ nella logica interpretativa.

Riprendendo Ascarelli, l’immagine di stasi nell’ordinamento è, di fatto, fittizia. Gli interpreti si sforzano di sistematizzare l’ordine attraverso la dogmatica, il giurista ‘sentinella’ richiamato a più riprese dall’autore invece si caratterizza di una “giuridicità che si compone e ricompone, costantemente, di prassi e comandi, di azioni”¹² in modo tale da rendersi partecipe dell’attività *fondativa* del diritto¹³.

2. Il problema nel contesto storico

Le radici del problema sono ben contestualizzate da Dante Valitutti nella progressiva crisi che ha scosso la scienza giuridica europea: attraverso un’attenta ricostruzione si sottolinea come lo Schmitt de *La situazione della scienza giuridica europea*¹⁴, leggendo in Savigny un

⁸ Ivi, p. 371.

⁹ Ivi, p. 31.

¹⁰ A. Schiavello, *Conoscere il diritto*, Modena, Mucchi, 2023, pp. 12-13. Il giurista custode, partendo da Bobbio, è il giurista depositario di un corpo di regole già dato, la sua attività interpretativa è tale da minimizzare l’uso della discrezionalità e di fatto consiste in una attività meccanica mentre la figura di giurista creatore, ampliando l’uso della sua discrezionalità è in grado di cogliere i cambiamenti sociali, fare uso di principi, norme programmatiche, clausole generali ed essere effettivamente partecipe della *prassi giuridica*.

¹¹ Nella specie, di adattamento della fattispecie astratta alla situazione storico-sociale-cronologica del fatto concreto.

¹² D. Valitutti, *La bella addormentata*, cit., pp. 361-362. Cfr. P. Grossi, *Ritorno al diritto*, Bari-Roma, Laterza, p. 29.

¹³ Capograssi e Orestano fondano la parte conclusiva della riflessione teorica dell’autore. V. G. Capograssi, *Il problema della scienza del diritto* (1937), a cura di P. Piovani, Milano, Giuffrè, 1962; R. Orestano, *Introduzione allo studio storico del diritto romano* (1953), Torino, Giappichelli, 2021, p. 164.

¹⁴ C. Schmitt, *La situazione della scienza giuridica europea* (1950), a cura di A. Salvatore, Macerata, Quodlibet, 2020, p. 70.



premonitore del rischio della “motorizzazione della legge” o della “positivizzazione assoluta”, si scaglia contro un modello tecnico di giurista che avrebbe, inevitabilmente, perso di vista il suo ruolo di “custode”, custode dello spirito della legge e dei valori della tradizione romanistica. Schmitt auspica che il giurista diventi un “signore dei formanti”¹⁵ che, attraverso una visione simbolica e non meramente storiografica del diritto romano e delle sue Istituzioni, possa contribuire a un suo legittimarsi nell’opera di attualizzazione di quel sistema di valori che la tradizione dava in eredità ai cultori della scienza giuridica nel corso delle epoche. Una visione che appartiene al giurista di Plettenberg fin dagli scritti giovanili (v. *Il valore dello Stato e il significato dell’individuo*)¹⁶ e che inizialmente riferiva al ruolo e allo scopo dell’attività del giudice nel *dar vita alla legge*. Non solo, la vera intuizione schmittiana riguarda il ruolo *politico* del giurista, la scienza giuridica come guardiana di tale sistema di valori comuni discendenti da uno stesso spirito, di fronte alla positivizzazione assolutizzante emergente tra Otto e Novecento. Dalle riflessioni schmittiane un primo passo nella ricostruzione dello smarrimento della figura del giurista e del problema del suo metodo. Schmitt non è disincantato di fronte al pensiero positivista, rivendica un ruolo *politico* per il giurista coadiuvato da un ruolo di *coscienza* del “flusso storico” di riferimento: non solo della tradizione ma, anche, della contemporaneità di riferimento dell’interprete¹⁷.

Schmitt, inoltre, si scaglia contro la pretesa di calcolabilità giuridica (nel senso di meccanizzazione della legge e del suo processo applicativo, di mero *dover essere* rispetto al diritto positivo)¹⁸.

Partendo dalle riflessioni di Valitutti, ci sentiamo in questa sede di sottolineare come, ad oggi, la concezione di calcolabilità sia mutata, intendendosi come giustificazione *ex post* della decisione presa¹⁹. Non essendo questo il terreno per approfondire le conseguenze in punto di *legalità*, specie penale²⁰, il richiamo è funzionale a consentire uno spazio di riflessione relativa

¹⁵ D. Valitutti, *La bella addormentata*, cit., pp. 30-33, p. 369.

¹⁶ C. Schmitt, *Il valore dello Stato e il significato dell’individuo* (1914), a cura di C. Galli, Bologna, il Mulino, 2013, p. 79. “Nessuna legge può attuarsi da sola; sono sempre e solo gli uomini a poter essere posti come custodi delle leggi, e per chi non ha fiducia nemmeno nei custodi non può essere di alcun aiuto il dare sempre nuovi custodi alle leggi. Anche qui la frattura insuperabile tra la pura norma e la sua attuazione non può essere colmata da così tanti anelli di congiunzione”; v. D. Valitutti, *La bella addormentata*, cit., p. 37

¹⁷ Ivi, p. 54. Il riferimento a C. Schmitt, *La situazione della scienza giuridica europea*, cit.

¹⁸ Ivi., p. 56 ss.

¹⁹ G. Zaccaria, *Postdiritto. Nuove fonti, nuove categorie*, Bologna, il Mulino, 2022, p. 65.

²⁰ Legalità come prevedibilità che, inevitabilmente, porta il bagaglio culturale dell’interprete a concentrarsi sulla



alla perdita del ruolo della sistematica (e dunque della dogmatica) a quel processo teorico che portava la scienza giuridica a parlare *in nome della legge*: la flessibilizzazione delle categorie, il *piegarsi* delle fattispecie alle esigenze processuali non consente di dare alla scienza giuridica quel ruolo, dal punto di vista sostanziale, di influenza verso l'attività del pratico del diritto. Se da un lato, quindi, il rischio “*di meccanizzazione della legge, di legge* [che] si trasforma in uno strumento di [mera] pianificazione”²¹ si è, di fatto, attualizzato, il vero rischio per una scienza giuridica che pretende di ergersi a strumento di ausilio alla calcolabilità proviene dal modo in cui essa si pone nella relazione strumentale che dovrebbe avere con i poteri dello Stato. Il legislatore “non sa più che farsene” di una sistematica mentre il potere giudiziario “non necessita più” degli strumenti provenienti dalla dottrina: ecco allora che lo spazio da riservare alla scienza giuridica si riduce sensibilmente, se essa non *decide* di integrarsi con altri parametri esperienziali²².

In tal senso, scrive Valitutti:

Se, dunque, tra legge e legislatore c’è uno ‘spazio vuoto’ non occupato da nessuno, se la scienza giuridica dimentica di collocarsi, o è costretta dallo sviluppo dei tempi a non farlo più, in quello spazio, tra statuizione e statuente, quale sarebbe il ruolo che essa dovrebbe ancora far suo? Perso quello di autonoma ‘terza grandezza’ – tra la norma e chi crea quella norma – esistono per la dottrina, per i singoli giuristi, altri, possibili, spazi di manovra?²³

Se la scienza giuridica, attraverso il lavoro dei giuristi, può ritrovare il suo spazio di legittimità nella *prassi giudiziale*²⁴ relativa alla costruzione di parametri per la stabilizzazione della legge, di un diritto legittimo della prassi, questo non può più provenire dalla ricezione della dimensione e della tradizione storico-romanistica, quanto, piuttosto, riprendendo Maurizio Fioravanti – “[ne]ll lavoro di ‘ricezione’ e rielaborazione critica della dottrina (del diritto posto) così come pure in quello della pubblica amministrazione – in quest’ultimo caso vista anch’essa come ‘custode’ di una giuridicità non puramente sottomessa alla ‘macchina’

sola produzione giurisdizionale. D. Valitutti, *La bella addormentata*, cit., pp. 65-66; M. Donini, “Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell’illecito interpretativo”, *Diritto penale contemporaneo*, 3 (2016), pp. 13 e 15.

²¹ C. Schmitt, *La situazione della scienza giuridica europea*, cit., pp. 49-50.

²² Cfr. D. Valitutti, *La bella addormentata*, cit., p. 79.

²³ Ivi, p. 78.

²⁴ Nell’accezione generale di attività di formazione del diritto dello Schmitt della conferenza del 1943-44. C. Schmitt, *La situazione della scienza giuridica europea*, cit., *passim*.



legislativa”²⁵.

Il “formante” dell’attività critica dei giuristi, laddove ritrovasse il suo senso di esistenza, troverebbe il suo spazio nell’opera di “bilanciamento” tra i rischi di una legislazione lacunosa, vuota o non efficace a integrarsi con il contesto storico di riferimento e quelli di una scienza giuridica finalizzata a una *mera* analisi dell’esistente.

D’altronde l’emersione di “formanti” di nuova natura – sottolinea l’autore – è fatto noto nella genesi legislativa della contemporaneità. Non ci si riferisce solamente alla crescente influenza del *nuovo* diritto “dato” (da intendersi nel senso utilizzato nel corso dell’analisi facendo riferimento alla “datità giuridica”²⁶) dai tecnici che coadiuvano l’attività di formazione di fonti di primo e secondo grado (sia nelle Commissioni Parlamentari ma anche, e soprattutto negli apparati ministeriali), ma principalmente all’affidamento accordato alle tecnologie algoritmiche da tutti i professionisti del diritto, sia nella fase dello studio dei casi sia nell’attività pratica legislativa o giudiziale. Alla luce di questi presupposti, l’auspicio di un formante che si basi sulla necessità di un *senso comune* del sapere giuridico, e della sua capacità di rielaborazione critica attraverso l’esperienza concreta, secondo Valitutti, non sarebbe una proposta eretica o idonea a snaturare²⁷ la capacità ordinante dei rappresentanti dei poteri dello Stato di Diritto²⁸.

Dallo Schmitt della conferenza del 1943/44 emergono ulteriori spunti concreto in ordine alle riflessioni fin qui presentate, il giurista infatti dovrebbe

1. Ricevere dal legislatore (e dalle consuetudini) il diritto vigente;
2. Criticare, se necessario, quel diritto vigente;
3. Contribuire a rideterminarlo, dopo averlo criticato, facendosi nel caso indispensabile strumento ‘di filtro’ tra il potere politico che fa le leggi e quello giudiziario che deve

²⁵ Ivi, p. 83. V. M. Fioravanti, “Kelsen, Schmitt e la tradizione giuridica dell’Ottocento”, in G. Gozzi, P. Schiera (a cura di), *Crisi istituzionale e teoria dello Stato in Germania dopo la Prima guerra mondiale*, Bologna, il Mulino, 1987, p. 82.

²⁶ D. Valitutti, *La bella addormentata*, cit., pp. 54-55, 84, 176, 265,

²⁷ Ivi, p. 84 ss. “Ma, il presente, tuttavia, ci pone dinanzi ad una realtà frastagliata, in cui forze centrifughe – economiche, politiche, istituzionali – impediscono, spesso, a quei ‘formanti’ di lavorare insieme cooperando. Ed è proprio in questa realtà frastagliata che emerge l’idea di un ‘nuovo’ diritto, figlio della tecnica, che si pretende addirittura superiore – per qualità ed efficacia – rispetto al ‘deposito di senso’ coltivato dalla scienza giuridica e alla capacità ermeneutica della giurisdizione – che, a dirla tutta, su quel ‘deposito di senso’ dottrinale spesso faceva perno in passato, oggi assai meno”.

²⁸ “[U]na prassi che è, come visto, tutt’uno con un movimento determinato di rielaborazione critica della legge da parte della dottrina e, contestualmente, di un uso preciso di tale rielaborazione da parte della giurisdizione”. *Ibid.* Tenuto fede alla differenza tra giurisdizione e prassi giudiziale, essendo la prima solo un elemento della seconda. Cfr. C. Schmitt, *Legge e giudizio. Uno studio sul problema della prassi giudiziale* (1912), a cura di E. Castrucci, Milano, Giuffrè, 2016, p. 76



applicarle²⁹.

Un ruolo *forte* affidato al giurista, forte in quanto presuppone una consapevolezza primariamente ‘politica’ del suo ruolo e che però, agganciandoci all’esistente, è possibile ritrovare in maniera parziale nelle maglie dell’attività giurisdizionale riservata al Giudice delle Leggi. La giurisprudenza della Corte costituzionale, nel suo processo – spesso – di chiarificazione della vaghezza legislativa³⁰, si pone *politicamente* a presidio della critica della legislazione, contribuendo a costruire un sistema di conformità alla Costituzione. Di fatto, la giurisprudenza costituzionale è un attento esempio di utilizzo della *dottrina* come (parziale) parametro costitutivo del ragionamento giudiziale, intesa come impianto critico su cui basare le decisioni³¹. La critica dell’esistente entra quindi nel diritto vivente, ancora più di quanto accada nel quadro della giurisdizione ordinaria, valorizzando quindi il suddetto ruolo ‘politico’ di ricerca dei *fini* del sistema giuridico di riferimento³² alla quale contribuisce attivamente lo studioso del diritto.

3. Il problema nel contesto metodologico

Nel secondo capitolo il volume offre importanti spunti teorico-generalì che assumono particolare rilievo nel ripensamento critico dello statuto epistemologico della scienza giuridica. E infatti, partendo da Kirchmann e dalle sue celebri e lapidarie parole, si articola la domanda fondamentale: la giurisprudenza ha *in nuce* un valore?

‘Tre parole di rettifica del legislatore, ed intere biblioteche diventano carta straccia’ e ancora ‘La legge positiva fa del giurista un verme nel legno marcio’³³.

²⁹ D. Valitutti, *La bella addormentata*, cit., pp. 88-89

³⁰ Ivi, p. 90 ss. V. la richiamata sent. n. 110/2023 Corte cost. ove si dice che “una legge (statale o regionale) viziata da una ‘radicale oscurità’ viola direttamente l’art. 3 Cost.”.

³¹ Ivi, pp. 93-94. Oltre il fatto che 1/3 dei membri, come noto, ex art. 135 Cost., può essere formato da professori ordinari in materie giuridiche. La presenza di professori ordinari in materie giuridiche non è certamente un *unicum* della Corte costituzionale ma probabilmente il terreno principe per l’attività principalmente basata *sul diritto* rispetto *al fatto*, ancora più della Suprema Corte dove il richiamo al fatto concreto è, indirettamente, rilevante pur nella sua funzione nomofilattica.

³² Cfr. ivi p. 190.

³³ Entrambe le citazioni sono richiamate ivi, pp. 111 e provengono da J.H. von Kirchmann, “La mancanza di valore della giurisprudenza come scienza” (1848), trad. it. a cura di P. Frezza, in J.H. von Kirchmann, E. Wolf, *Il valore scientifico della giurisprudenza*, introduzione di G. Perticone, Milano, Giuffrè, 1964, p. 18. Vedasi le riflessioni dell’Autore in relazione alle conseguenze teoriche (e contemporanee) di tale approccio: “Ma tale tesi tiene rispetto



Il Kirchmann lapidario e critico di fronte alle “pretese” relative alla ricerca di un *ruolo* per lo scienziato del diritto viene richiamato da Valitutti per rilevare una necessaria conclusione: e infatti, se dallo stesso Kirchmann provengono critiche verso un legislatore *sordo* rispetto alle problematiche della propria epoca, allora l’unico modo per rifuggire il nichilismo giuridico è spostarsi da un piano ontologico a un piano teleologico³⁴. La ricerca dei fini ultimi della ricerca giuridica e del ruolo del giurista consente una rivalutazione delle finalità “politiche” sopra richiamate. Il giurista “deve estendere il suo piano di osservazione e ricerca, di là dalla legge positiva, in direzione della politica legislativa, della giurisdizione normativa e in definitiva dei rapporti tipici che operano come mezzi al fine della conservazione e dello sviluppo della società”³⁵.

Nell’andare oltre il nichilismo kirchmanniano la scienza giuridica – sia pure con un residuato implicito di giusnaturalismo – può aiutare l’interprete a ricercare parametri di “legittimità” (sociale) al di là della legalità. Il riferimento è a Radbruch, non solo alla sua nota formula, ma al suo richiamo alla necessità, o meglio all’indefettibilità, dell’aggancio della decisione giuridica ai fatti (sociali)³⁶.

Il tema dell’autonomia della scienza giuridica riceve, nelle riflessioni di Erik Wolf³⁷, una declinazione antiformalistica. In un’ottica di parificazione epistemologica tra i saperi, Wolf

al ‘castello’ delle riflessioni condotte sinora? In altri termini, può l’eventuale – oggi, in verità, sempre più frequente – oscurità della legge gravare così pesantemente sulla sua concettualizzazione, dunque sul compito stesso della scienza giuridica, mettendo di quest’ultima in dubbio l’autonomia e, perfino, la medesima ragion d’essere? Pare quasi un cane che si morde la coda: una legislazione cattiva produrrebbe una cattiva scienza. Ma è davvero così? Qui sta, forse, il grande equivoco della conferenza del 1847: credere, in sostanza, che la perfezione – quasi un’immutabilità ideale/naturalistica – del suo oggetto, renda perfetta anche la scienza giuridica e viceversa”. D. Valitutti, *La bella addormentata*, cit., p. 139

³⁴ Ivi, pp. 138-145: “Ecco, allora, che, per usare la metafora del Kirchmann ‘contro’ egli stesso si può legittimamente sostenere che *la giurisprudenza, ieri come oggi, deve operare sulla palude della terra abbandonando perciò l’etere del cielo*. Questo significa che il ceto dei giuristi non può rinchiudersi in una sua torre d’avorio e da lassù osservare i guasti del legislatore ma deve comunque tentare di andare in soccorso di quest’ultimo – e della giurisdizione – anche quando, sovente, legislatore e giudice paiono o sono proprio! – refrattari ad ogni ‘buon consiglio’”.

³⁵ Ivi, p. 143; G. Perticone, “Il problema della scienza giuridica”, *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 4 (1973), p. 778.

³⁶ Una razionalità da agganciarsi in concreto nell’attività valutativa dei fatti storici, sia nel momento di analisi dei fatti, sia nel momento di decisione concreta della fattispecie di riferimento da sussumere. D. Valitutti, *La bella addormentata*, cit., 135-136. Cfr. G. Radbruch, “Idea e materia del diritto. Uno schizzo” (1932), in G. Carlizzi, V. Omaggio (a cura di), *L’ermeneutica giuridica tedesca contemporanea*, Pisa, ETS, 2016, p. 37.

³⁷ D. Valitutti, *La bella addormentata*, cit., p. 146 ss. Cfr. E. Wolf, “Il carattere problematico e necessario della scienza del diritto”, trad. it. a cura di A. Baratta, in J.H. von Kirchmann, E. Wolf, *Il valore scientifico della giurisprudenza*, cit., pp. 37-71.



propone di sottrarre il diritto a una concezione meramente normativa, e di proporre un discorso epistemologicamente fondato partendo dall’analisi dell’esperienza concreta dei soggetti sociali. In tal modo, diviene praticabile un controllo sulla *legittimità* del diritto vivente, concepito non più come sistema normativo chiuso, ma come espressione di aspettative sociali condivise, ossia come forma concreta di razionalità immanente all’agire dei consociati. È in questo orizzonte che concetti spesso espunti dall’analisi giuridica in chiave positivista – come la solidarietà, la carità³⁸, o persino le dinamiche affettive e ambivalenti della vendetta e del rimorso – riacquistano una centralità epistemica e si rivelano elementi strutturanti l’esperienza giuridica. Si tratta dunque di nozioni che contribuiscono a delineare le coordinate di senso attraverso cui gli attori sociali riconoscono, agiscono e rielaborano il diritto nella sua dimensione vivente.

Valitutti, nelle pagine del terzo capitolo, affronta un altro problema metodologico emergente nel corso del Novecento giuridico: la filosofia analitica del diritto, nella sua declinazione italiana, attraverso le figure di Norberto Bobbio e Uberto Scarpelli. Tale corrente, segnando una cesura rispetto alla tradizione speculativa, propone, specie in Bobbio, un approccio marcatamente *avalutativo* e *descrittivo*, in nome di una presunta neutralità epistemica e di una più rigorosa delimitazione del discorso giuridico entro i confini del linguaggio e della logica³⁹. Mentre in Germania la reazione all’uso *totalitario* della scienza giuridica portò a una sorta di ritorno al giusnaturalismo (non solo in Wolf ma anche e soprattutto in Radbruch o Welzel⁴⁰) e – conseguentemente – ad un recupero della riflessione sui criteri di giustizia materiale o di legittimità *oltre* la legalità formale, in Italia, al contrario, una parte significativa della dottrina giusfilosofica cominciò a ritenere il problema ontologico come un *relitto*⁴¹, non funzionale ai *compiti* del giurista.

Secondo gli interpreti di tale impostazione metodologica, allora, qualsiasi parametro valutativo o metafisico sarebbe un ostacolo alla progressione verso l’autonomia e la *scientificità* della scienza giuridica. Per quanto l’attenzione alle strutture del linguaggio e la sovrapposizione

³⁸ Il forte richiamo teologico della riflessione di Wolf consente di soffermarsi su questi due caratteri essenziali dell’umanità del diritto nel senso di strumento dell’uomo per gli uomini.

³⁹ D. Valitutti, *La bella addormentata*, cit., p. 198 ss.

⁴⁰ V. H. Welzel, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, Göttingen, Van den Hoeck Ruprecht, 1951, trad. it. *Diritto naturale e giustizia materiale*, Milano, Giuffrè, 1965 (a cura di G. de Stefano).

⁴¹ D. Valitutti, *La bella addormentata*, cit., p. 201. Cfr. T. Gazzolo, “Ermeneutici e analitici nella filosofia del diritto italiana di oggi”, *Diacronia*, 1 (2022), p. 133 ss.



concettuale tra analisi del diritto e analisi del linguaggio venga vista da alcuni⁴² come un ritorno a un’ontologia *fittizia*, in realtà al giusfilosofo analitico interessa essere interprete di concetti e non di qualità *essenziali* o *definitorie*. Come sottolinea Valitutti, anche la tradizione analitica si trova a fare i conti con l’eredità hartiana e soprattutto con la prospettiva del *partecipante* che la riflessione del giusfilosofo inglese si porta dietro⁴³. Partendo da ciò e richiamando l’allievo Joseph Raz, se il diritto è un concetto utilizzato dagli uomini per comprendere il senso della propria regolazione sociale, allora “[u]no dei compiti principali della teoria del diritto è quello di fare progredire la nostra comprensione della società aiutandoci a comprendere come le persone comprendono loro stesse”⁴⁴.

Valitutti concentra la sua attenzione sulla genesi e gli sviluppi della filosofia analitica del diritto non solo per calarla nella ricostruzione genealogica delle teorie metodologiche, ma anche per riconoscere come le esigenze *strumentali* della teoria del diritto non vengono abbandonate e disperse nelle maglie della scelta avalutativa. Qui ci sentiamo di distaccarci in quanto se gli stessi giusfilosofi analitici tengono ben distinti gli studi del diritto nella sua dimensione fattuale, logica e linguistica (il *come e*⁴⁵) dagli altri ambiti della produzione scientifica a loro tendenzialmente afferente (nella specie gli studi di metagiurisprudenza descrittiva o prescrittiva⁴⁶, metaetica⁴⁷...), allora è difficile immaginare che nelle maglie della svolta linguistica e della presa di posizione metodologica appena richiamata vi siano spazi per immaginare un’idea di studioso che “nell’atto di recepire il proprio materiale di studio, contribuisce anche a darne forma”⁴⁸. Infatti lo stesso Valitutti ammette che – ad esempio – Bobbio non è Schmitt e che dunque la natura *lato sensu* politica della sua interpretazione non intende essere in qualche modo prescrittiva per il ruolo del giurista, lo sarà nella sua ulteriore svolta teorica⁴⁹ (ad esempio in *Essere e dover essere nella*

⁴² Ivi, p. 198

⁴³ Cfr. in generale H.L. Hart, *The Concept of Law* (1961), Oxford, Oxford University Press, 1994, trad. it. a cura di M.A. Cattaneo, *Il concetto di diritto*, Torino, Einaudi, 1961 e A. Schiavello, “Dalla svolta linguistica alla svolta interpretativa: ermeneutica giuridica e filosofia giusanalitica a confronto”, *Ars interpretandi*, 2020, 2, p. 53.

⁴⁴ J. Raz, “Autorità, diritto e morale”, in A. Schiavello, V. Velluzzi (a cura di), *Il positivismo giuridico contemporaneo. Una antologia*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 315. V. D. Valitutti, *La bella addormentata*, cit., p. 212.

⁴⁵ T. Gazzolo, “Ermeneutici e analitici nella filosofia del diritto italiana di oggi”, cit., p. 158.

⁴⁶ Cfr. M. Jori, *Del diritto inesistente. Saggio di metagiurisprudenza descrittiva*, Pisa, ETS, 2010, e da ultimo Id., *Esistenze. Appunti di metafisica giuridica*, Modena, Mucchi, 2022.

⁴⁷ Ex multis P. Comanducci, *Assaggi di metaetica*, vol. 2, Torino, Giappichelli, 1998.

⁴⁸ D. Valitutti, *La bella addormentata*, cit., p. 244.

⁴⁹ Ivi, p. 240.



scienza giuridica⁵⁰ o in *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*⁵¹) ma sempre nei limiti del rigore metodologico della sua scuola.

Anche in uno dei più importanti esponenti della teoria analitica italiana, Scarpelli, infatti è possibile osservare una lettura politica della metodologia. Il modello di giurista proposto dall'autore, pur rivendicando un approccio avalutativo e descrittivo, si muove in un terreno di possibilità di critica (non “autoreferenziale o ‘solipsistica’”⁵²) di critica dello studio scientifico dell'esistente. L'autonomia del giurista è tale in quanto capace di integrare i saperi nella visione di insieme della realtà normativa di riferimento. La scelta metodologica, intesa come espressione di una consapevolezza culturale orientata alla costruzione di una teoria del diritto coerente con l'ordinamento di riferimento, non può prescindere dalla storicità della riflessione teorica. Ogni elaborazione concettuale si sviluppa, infatti, all'interno di una determinata congiuntura storica, che la condiziona implicitamente. Anche l'eventuale volontà di preservare – laddove ritenuto legittimo – l'assetto istituzionale esistente, costituisce una forma di adesione culturale, e non una semplice operazione neutra o meramente tecnica⁵³.

Non ci sentiamo in questa sede, però, di avallare completamente l'idea di un presupposto del superamento del *rigorismo* analitico nelle maglie dello stesso⁵⁴. Certo è che l'idea di una presa

⁵⁰ Del 1967, in N. Bobbio, *Saggi sulla scienza giuridica*, cit., pp. 117-142.

⁵¹ N. Bobbio, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto* (1977), Roma-Bari, Laterza, 2007, p. 50, a cura di M.G. Losano.

⁵² Forse un residuato del retroterra esistenzialista della fase giovanile dell'autore? V. ivi, pp. 259-260. U. Scarpelli, “Scienza del diritto e analisi del linguaggio”, in U. Scarpelli, P. Di Lucia (a cura di), *Il linguaggio del diritto*, Milano, LED, 1994, p. 93. Cfr. T. Greco, *L'orizzonte del giurista. Saggi per una filosofia del diritto ‘aperta’*, Torino, Giappichelli, 2023, p. 22.

⁵³ Cfr. M. Jori, *Il giuspositivismo analitico italiano prima e dopo la crisi*, Milano, Giuffrè, 1987, p. 38; D. Priel, *Analytic Jurisprudence in Time*, Dublin, Hart Publishing, 2020, trad. it. *Filosofia analitica del diritto e dimensione storica*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2023, a cura di R. Paradiso, p. 49 ss.

⁵⁴ Con ulteriori richiami fatti dall'autore a supporto di questa tesi. V. N. Bobbio, *Saggi sulla scienza giuridica*, T orino, Giappichelli, 2011, pp. 1-2, D. Valitutti, *La bella addormentata*, cit., p. 229 dove scrive che “[la] Rechtswissenschaft europea che, secondo il Maestro torinese, avrebbe ridotto il discorso sulla scienza del diritto o al logicismo astratto del giusnaturalisti – di vecchio e nuovo conio – o alle ristrettezze del pensiero pratico/empirico dei positivisti. Ebbene, solo rompendo con quella (duplice) tradizione la scienza giuridica può, secondo Bobbio, dirsi (e farsi) scienza. In sostanza, come ci pare bene di capire, qui, il fautore dell'indirizzo analitico italiano rifiuta l'idea che vi sia altra scienza (del diritto) da quella praticata dai giuristi, dalla giurisprudenza intesa come analisi (della lingua) delle norme, in ciò rigettando l'opinione (strumentale per molti aspetti) che la giurisprudenza per essere scienza – rendendosi per ciò autonoma e indipendente – debba, giocofoza, assumere il linguaggio (meta fisico) del giusnaturalismo razionalista o quello (sociologico) del empirismo positivista. Assumendo tale punto di vista, in sostanza, non c'è più legittimità (e autonomia) se la giurisprudenza trascende sé stessa – assumendo addirittura una dimensione, nella ricerca, teologico-metafisica – ma tale legittimità le viene solo se rimane ‘stretta’ nel suo campo”.



di posizione *lato sensu* politica sul positivismo come metodo⁵⁵ si configura come elemento cruciale per comprendere la politicità insita in ogni scelta metodologica. Intesa in questo senso, la metodologia diviene un presidio culturale, uno spazio di responsabilità del giurista consapevole della posta in gioco che si cela dietro l'apparente neutralità della forma.

4. Autonomia ed esperienza

Ci ricorda Dante Valitutti, soffermandosi nelle sue riflessioni conclusive su Bobbio, che egli stesso, nel commentare il suo Kelsen, si ritrova ad ammettere che la distinzione tra teoria e ideologia non è poi così netta⁵⁶. Ebbene, da tale considerazione deriva uno dei fondamenti della prospettiva delineata nell'ultimo capitolo del volume. Kirchmann avvertiva il rischio del diritto come oggetto definitorio di una classe di sacerdoti⁵⁷ e – in prospettiva di un ritorno della centralità della figura del giurista – da questo occorre affrancarsi, pur riconoscendo le intrinseche problematizzazioni che il tema dell'avanzare del momento interpretativo ha dato al contemporaneo⁵⁸. Il *postdiritto* ha abbracciato il tema della legalità, e dunque il già richiamato tema della calcolabilità, modificandone i significati, aprendosi al nuovo ma rischiando di lacerare il vecchio se lasciato senza consapevolezza metodologica, specie quando l'attività dell'interprete abbraccia l'esperienza concreta del cittadino⁵⁹. Se Ascarelli scriveva che “[l]’interprete è innanzi tutto un servitore della legalità; appunto perciò l’interpretazione e l’applicazione del diritto sono e devono rimanere distinte dall’attività politica che tende a riformare il diritto vigente”⁶⁰ è però indubbio che, nell’idea di *risveglio* della scienza giuridica, lo spazio della consapevolezza del ruolo del giurista assume un significato *metapolitico*, o

⁵⁵ Cfr. U. Scarcelli, *Che cos’è il positivismo giuridico?*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1997.

⁵⁶ N. Bobbio, *Studi per una teoria generale del diritto*, Torino, Giappichelli, 2012, a cura di T. Greco, p. 128; D. Valitutti, *La bella addormentata*, cit., p. 271.

⁵⁷ Cfr. P. Grossi, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2015, p. 61.

⁵⁸ Anche a causa della perdita di significato del rapporto tra poteri, uguaglianza o sovrapposizione ma indipendenza? Vedasi la trasformazione del dialogo sulle riforme, *ex multis*, sulla separazione delle carriere come *lotta* di legittimazione tra poteri. Cfr. G. Preterossi, “La magistratura di fronte alle derive post-democratiche”, *Questione giustizia*, 4 (2016), pp. 77-81.

⁵⁹ Cfr. D. Valitutti, *La bella addormentata*, cit., p. 315 con i richiami operati dall'autore; M. Vogliotti, *Dove passa il confine? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2011; V. Maiello, *Legge e interpretazione nel ‘sistema’ di Beccaria*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2021, p. 56; M. Donini, “Il diritto giurisprudenziale penale”, cit., pp. 13-38.

⁶⁰ T. Ascarelli, *L’idea di codice nel diritto privato e la funzione dell’interpretazione*, in Id., *Saggi giuridici*, Milano, Giuffrè, 1949, p. 69.



quantomeno di conservazione politica del sistema entro cui opera, in rapporto alle esigenze della società entro cui il diritto verrà applicato. Da questo deriverebbe l'ipotesi che, agganciata al fattore esperienziale, fonderebbe l'autonomia del giurista.

Il pluralismo normativo, in dialogo con la complessità sociale, specie in un sistema costituzionale⁶¹ consentono di lasciare lo spazio di riflessione per la fondazione di una ragione ermeneutica del caso concreto. Per l'autore tale fondazione deve essere accompagnata dalla creazione della, sopra richiamata, figura di *giurista sentinella*. Se “quello stesso giurista dovrà assumersi, gioco-forza, le responsabilità di un ruolo profondamente *attivo* – nella formazione del diritto – che condivide comunque con [gli] altri [interpreti della medesima norma]”⁶² per esso è imprescindibile il fattore esperienziale⁶³.

Se quindi l'elemento dell'autonomia della scienza giuridica è da ricercarsi, ad oggi, nella conoscenza non solo del diritto ma delle scienze (“dure”⁶⁴ o sociali) che con esso si integrano, direttamente o indirettamente, influenzandolo sia nel momento della sua formazione che nel momento della sua applicazione allora, si suggerisce, nelle maglie dell'ermeneutica, e nella specie del processo circolare che la caratterizza⁶⁵, uno sfruttamento di tali discipline per *custodire* il senso profondo della regolazione del caso concreto.

La scelta di campo della metodologia ermeneutica, sia pure nella sua pluralità di significati, ognuno dei quali può avere un preciso spazio applicativo⁶⁶, consentirebbe, come già suggeriva Giovanni Fiandaca in un saggio di qualche decennio fa, di avere un controllo di razionalità delle scelte giudiziali⁶⁷ e dell'integrazione del diritto con lo spazio sociale di riferimento, sia nella

⁶¹ D. Valitutti, *La bella addormentata*, cit., p. 354.

⁶² Oggetto e soggetto dell'analisi giuridica come concettualizzazione inseparabile nei richiami fatti dall'autore ivi, p. 361. V. N. Lipari, *Le fonti del diritto*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 7; F. Poggi, “La filosofia del diritto e l'ideale della scienza giuridica”, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2 (2008), pp. 393-394 e 398.

⁶³ G. Capograssi, *Il problema della scienza del diritto*, Milano, Giuffrè, 1937, pp. 147-148.

⁶⁴ Il riferimento è invero principalmente alle dinamiche delle scienze algoritmiche.

⁶⁵ E inoltre “Questa ‘oscillazione [Hin und Her]’, questo doppio movimento, chiamato ‘idealizzazione del reale’ e, rispettivamente, ‘determinatezza materiale dell’idea’, fa sì che il diritto operi attraverso norme che improntano in un certo modo i fatti da esse disciplinati, ma anche che questi fatti condizionino quelle norme, in quanto già rivestiti di senso dai consociati che ne sono artefici o protagonisti”. G. Carlizzi, “Per una storia dell’ermeneutica giuridica”, cit., p. 70. V. G. Radbruch, “Idea e materia del diritto”, cit., p. 35 e Id., *Rechtsphilosophie*, Leipzig, Quelle & Meyer, 1932, trad. it. *Filosofia del diritto*, Milano, Giuffrè, 2021, a cura di G. Carlizzi, V. Omaggio, p. 213.

⁶⁶ V. per le tesi dell'ermeneutica nomofattuale G. Carlizzi, “Per una storia dell'ermeneutica giuridica”, cit., p. 71 ss.

⁶⁷ G. Fiandaca, “Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale”, in Id., *Il diritto penale tra legge e giudice*, Padova, CEDAM, 2002, p. 33 ss. V. anche G. Maniaci, “Il principio metodologico assente. Perché i giudici non sembrano argomentare in modo sufficientemente razionale e perché, invece, dovrebbero farlo”, *Ragion Pratica*, 2 (2011), *passim*.



dimensione del confronto interpretativo quanto di quello dei limiti all'interdisciplinarietà. “[S]e il giurista è chiamato a collaborare con altri saperi, deve avere cognizione di se e come può farlo”⁶⁸.

In tal senso, il volume di Dante Valitutti, consente una visione critica che aiuta il giurista positivo a riflettere sulle scelte metodologiche che si trova a dover compiere. Da qui il senso del “risveglio” del giurista ancora prima della scienza giuridica.

Claudio D. Amorelli
Università di Milano “La Statale”
claudiodomenicoamorelli.23@gmail.com

⁶⁸ D. Valitutti, *La bella addormentata*, cit., pp. 367.