

STEPHAN MEDER\*

## Critica del diritto, topica ed ermeneutica nell'era digitale: Giambattista Vico e Friedrich Carl von Savigny

### ENGLISH TITLE

Topical and Hermeneutical Law Critique in the Digital Era: Giambattista Vico and Friedrich Carl von Savigny

### ABSTRACT

The final decision of cases is often not possible on the basis of existing legal norms. It is not uncommon for questions to be raised for which there is more than one legal answer. Vico and Savigny devote particular attention to this subject. However, their high regard for common law should not be misunderstood as advocating judgement unfettered from legal norms. On the contrary, their great respect for the doctrine of legislation must lead to a decisive rejection of justice dispensed on the basis of equity or Qadi principles. The ultimate solution is the ideal union between adherence to the letter of the law and creative jurisprudence, between respect for general rules and consideration for the special circumstances of each individual case, which Savigny called "tact" and Vico called "widsom".

### KEYWORDS

Topoi – Hermeneutics – Mos Geometricus – Historical School of German Jurisprudence – Artificial Intelligence.

### 1. INTRODUZIONE

In Germania la giurisprudenza e il suo insegnamento si sono da sempre orientati alle forme tradizionali di azione dello Stato: alle leggi, ai regolamenti, ad obblighi e divieti. In questo contesto, l'idea del primato della legge, il postulato del vincolo ai testi normativi, l'aspirazione all'imparzialità delle decisioni giudiziali, ovvero alla loro univocità ed autoevidenza, fanno apparire la sussunzione come il "metodo" per eccellenza. Tuttavia, nella realtà i giuristi si

\* Professore di Diritto civile e di Storia del diritto presso la Gottfried Wihelm Leibniz Universität di Hannover.

avvalgono di “metodi” del tutto diversi, al punto che oggi nella pratica giuridica si osserva un tendenziale pluralismo, per non dire un disorientamento, una crisi del metodo, un venir meno di “tracciati consolidati” da percorrere. Tuttavia, la massima spesso citata dell’ex presidente della Corte costituzionale tedesca – “Ah, sa una cosa, ogni caso richiede un suo metodo” – non deve essere equivocata come una franca accettazione dell’arbitrarietà, quasi a condividere il motto *anything goes*<sup>1</sup>.

La “molteplicità dei metodi” non è una vera novità. Da sempre essa emerge nei casi che non possono essere decisi facilmente sulla base del patrimonio normativo esistente. I motivi per i quali una lacuna normativa si manifesta possono essere molteplici: per esempio, quando un problema non ancora conosciuto richiede una soluzione del tutto nuova, oppure nei casi in cui l’applicazione del diritto vigente condurrebbe a risultati inaccettabili. Tali casi solitamente pongono domande a cui si può dare più di una risposta. In presenza di più motivazioni o soluzioni possibili, è impossibile individuare dei parametri fissi: la via d’uscita del percorso decisionale del giudice non è qualcosa di già “posseduto”, ma qualcosa che va “cercato”.

Nel proseguo di questo saggio concentrerò l’attenzione su questo “cercare”, vale a dire sull’elemento produttivo della giurisprudenza. L’occasione è data dal fatto che il vecchio sogno di un diritto *ex machina* torna ad essere di estrema attualità nell’era digitale. L’idea di un automatismo nel diritto, realizzato con l’ausilio delle macchine, fornisce lo spunto per tornare a riflettere sul contributo di importanti giuristi del passato riguardo agli effetti del progresso tecnico. La scelta ricade su autori che raramente vengono associati l’uno all’altro: Giambattista Vico (1668-1744), il fondatore della retorica giuridica moderna, e Friedrich Carl von Savigny (1779-1861), il fondatore dell’ermeneutica giuridica moderna<sup>2</sup>.

Entrambi gli autori hanno sviluppato un approccio critico al diritto che si opponeva al razionalismo giuridico nella forma dal cosiddetto *mos geometricus*. Ovviamente, questo non equivale a dire che Vico e Savigny rifiutarono i postulati del pensiero giuridico illuminista, vale a dire gli ideali di libertà,

1. Citato in Strauch, 2020, p. 1.

2. Le similitudini tra Vico e la Scuola storica del diritto finora sono state studiate solo in rare occasioni. Non a caso lo storico Eduard Cauer (1823-1881) ha sottolineato come le acquisizioni della Scuola storica sarebbero “emerse” già in Vico (Cauer, 1851, pp. 249-265). Secondo un resoconto autobiografico dello studente di Savigny, e traduttore di Vico, Karl Heinrich Müller (1794-1857), fu niente di meno che Savigny stesso a consegnargli, prendendolo dalla sua biblioteca, un libro in quarto con gli scritti di Vico allo scopo di rielaborarli (Vialon, Auerbach, 2013, p. 262). Tra l’altro, vi fu una viva discussione in merito all’influenza esercitata dagli scritti di Vico sull’opera di Niebuhr, cui parteciparono anche Savigny e Leopardi (Klemm, 1906, pp. 196-197; Walther, 1993, pp. 317-319). L’affermazione di Vittorio Hösle, “mondi interi separano Vico dalla Scuola storica”, è inaccurata (Hösle, 1990, p. CCVI).

uguaglianza, certezza del diritto, o di un'applicazione del diritto fedele alla legge. La differenza consiste piuttosto nell'attenzione che tanto Vico quanto Savigny hanno dedicato alla "ricerca" cui si è fatto riferimento in precedenza, vale a dire alla produzione di nuovo diritto attraverso la giurisprudenza<sup>3</sup>. Questo aspetto merita di essere posto in rilievo poiché, proprio in questo momento si è tornati a dibattere vivacemente sulla questione se le attività umane non possano essere svolte efficacemente anche da macchine, mediante sistemi capaci di autoapprendimento o algoritmi.

## 2. L'IDEALE DEL METODO NELLA PRIMA ERA GIURIDICA DELLE MACCHINE

Con *mos geometricus* ci si riferisce a un ideale metodologico che promette alla giurisprudenza la stessa certezza delle scienze naturali<sup>4</sup>. Per risalire alle origini di questo ideale occorre tornare indietro nel tempo fino al diciassettesimo secolo, alla "prima età giuridica delle macchine", che prese avvio ben cent'anni prima della rivoluzione industriale<sup>5</sup>. All'epoca iniziò a imporsi una filosofia politica che credeva nel conferimento consensuale del potere indiviso a un *unico* sovrano. Thomas Hobbes, il cofondatore di questa teoria, caratterizzò il contratto sociale come atto creatore dal quale sarebbe scaturito un "essere umano artificiale", un automa, che Hobbes, come sappiamo, battezzò "Leviatano". Analogamente, lo scienziato e filosofo francese René Descartes (1596-1650) concepì l'unità del mondo come meccanismo, un potente marchingegno avviato da una volontà sovrana e da questa tenuto in funzione in modo tanto affidabile quanto permanente<sup>6</sup>.

Nello scenario del razionalismo giusnaturalista, dunque, chi deve prendere una decisione giuridica si configura meramente come un minuscolo ingranaggio inserito all'interno di una macchina imponente, che mediante il suo moto esprime la volontà del sovrano. Il desiderio di un diritto *ex machina* rappresenta una rottura con una tradizione generatasi nell'antichità e sopravvissuta durante il rinascimento e l'umanesimo giuridico. Diversi autori come Jean Bodin, Thomas Hobbes, Samuel Pufendorf, Christian Thomasius o Immanuel Kant si sono contrapposti a una concretizzazione delle norme sulla base delle circostanze del caso singolo. Di fronte a un conflitto di equità (*aequitas*) e

3. Oltre alla teoria della decisione giudiziale vi sono altri temi che dimostrano una vicinanza tra Vico e la Scuola storica del diritto. In questo contesto è sufficiente nominare la teoria dell'origine del diritto, il rifiuto della dottrina contrattualistica e il rimprovero rivolto ai teorici del giusnaturalismo di aver travisato la storicità del diritto.

4. Otte, 1979, pp. 179-196; Schröder, 2020, § 39, pp. 173-175.

5. La descrizione storica del "*mos geometricus*" trova naturalmente avvio nell'antichità greca: cfr. Vico, 1990, p. 253; 1979, p. 137; si veda anche già Vico, 1947, pp. 33-35, 55-57.

6. Per maggiori dettagli si veda Meder, 2015, pp. 114-118.

precetto legislativo, avrebbero senza indugio dato la priorità a quest'ultimo e quindi accettato una possibile ingiustizia, espressa già nell'antichità con la nota sentenza "*summum jus summa iniuria*"<sup>7</sup>.

Il motivo per cui la maggior parte dei sostenitori del diritto positivo ponevano l'accento su logica e analisi, su sussunzione e deduzione, su sillogismo e catene di sillogismi, trova per lo più un fondamento nel diritto costituzionale. Tenendo conto dell'equità e della giustizia del caso singolo, si incorre nel rischio di mettere a repentaglio la certezza e l'univocità del diritto, alle quali si ambisce mediante la legislazione. La giurisprudenza acquisterebbe così un certo potere di produzione giuridica, che sarebbe incompatibile con il concetto di sovranità fatto proprio dal positivismo filosofico-politico<sup>8</sup>.

### 3. LA PERORAZIONE DI VICO PER IL PENSIERO TOPICO NELLA GIURISPRUDENZA E NELLA RETORICA

Anche Vico, perlomeno in una certa misura, ha in mente questi concetti quando si interroga sulle conquiste dell'età moderna. Nel farlo, pensa prima di tutto alla rivoluzionaria "scoperta della meccanica", al microscopio, al telescopio, alla stampa, all'orologio e alle diverse macchine da guerra di cui gli antichi "non sapevano niente"<sup>9</sup>. Questo progresso tecnico secondo Vico non è però privo di controindicazioni; queste emergono soprattutto nell'ambito del "metodo di studio", ovverosia nella dottrina e nel metodo delle scienze:

Di molti argomenti che una volta erano lasciati esclusivamente alla nostra prudenza, si sono compilate oggi arti e precettistiche: un lavoro che, nel campo della giurisprudenza, gli antichi, atterriti dalla difficoltà, disperarono di portare a compimento<sup>10</sup>.

Vico vuole qui sottoporre il nuovo metodo, fondato sul sistema, l'analisi e i processi deduttivi, a un esame approfondito. Vuole verificare se tali strumenti conoscitivi "siano privi di vantaggi che quelli antichi avevano, oppure misti a svantaggi che essi non avevano"<sup>11</sup>. In tale contesto, il punto di partenza è costituito dalla seguente domanda: perché gli antichi trovavano così difficoltoso costituire un'opera simile? Vico avrebbe risposto così: contrariamente ai teorici moderni del diritto positivo, gli antichi non si fermavano al diritto inteso

7. Cfr. Cicero, 2013, § 33.

8. Come noto, anche Kant avrebbe voluto bandire l'equità dell'ordinamento giuridico. Si veda Meder, 2021.

9. Vico, 1947, pp. 21-25, 47-49, 21.

10. Ivi, p. 25.

11. *Ibid.*

solo in senso stretto, nei suoi aspetti formali e astratti, ma prendevano in considerazione anche l'equità e le circostanze del caso singolo.

Il nuovo metodo, basato su sistema, analisi, derivazioni e inferenze deduttive, non è quindi all'altezza della complessità del diritto. Per questo motivo Vico ha contrapposto all'ideale metodologico razionalista una propria concezione, che ha talvolta definito come il "vero" metodo geometrico<sup>12</sup>. Egli illustra il suo punto di vista facendo riferimento alla giurisprudenza, dove non viene valorizzato "chi è fortunatamente dotato di una buona memoria"<sup>13</sup>. Infatti, l'apprezzamento per la memoria del giurista suggerirebbe che questi padroneggia solo la "massima astrattezza" e "l'applicabilità generale delle norme giuridiche". In realtà, ciò che conta davvero è che qualcuno sappia

riconoscere nei casi giuridici anche le più minute peculiarità e circostanze fattuali che meritano un trattamento sulla base del principio dell'equità, o che rendano necessarie eccezioni ai principi generali<sup>14</sup>.

I migliori oratori sono "non coloro che si perdono in luoghi comuni, bensì quelli che", per citare il giudizio di Cicerone, "restano aderenti al particolare"<sup>15</sup>. Nemmeno gli storici, i pittori, gli scultori o i poeti possono semplicemente estrarre il particolare dai concetti generali. Poiché "queste congiunture nuove, mirabili e impensate non si possono certo prevedere attraverso i concetti generali"<sup>16</sup>. Anche da questo punto di vista emerge quindi che il metodo geometrico di Vico consiste nel soppesare il generale e il particolare affinché si esprimano in un rapporto equilibrato. Questo è anche il punto in cui il "vero" metodo geometrico converge con la saggezza. "Poiché la saggezza stessa non è nient'altro che l'ambizione della buona e giusta misura"<sup>17</sup>. "Dopo un percorso lungo e diversificato", il saggio giunge ad acquisire "una mente sufficientemente allenata da riuscire a creare un'immagine nitida delle circostanze nuove, per come queste in sé sono"<sup>18</sup>.

#### 4. RISULTATO INTERMEDIO

La difficoltà della giurisprudenza sta quindi nel trovare il giusto equilibrio fra il particolare e il generale, tra ciò che è distinto e diverso. Per poter essere all'altezza di tale compito è necessaria di una capacità specifica che Vico chiama *ingenium*, grazie alla quale il giurista è in grado di delineare analogie e

12. Vico, 1979, pp. 75, 139, 141.

13. Ivi, p. 61.

14. Ivi, pp. 61, 63.

15. Ivi, p. 61 (con citazione). Citazione dell'autore tradotta dal traduttore.

16. *Ibid.* Citazione dell'autore tradotta dal traduttore.

17. *Ibid.* Citazione dell'autore tradotta dal traduttore.

18. *Ibid.* Citazione dell'autore tradotta dal traduttore.

scoprire ciò che è nuovo. Fondamentalmente, si tratta della capacità del pensiero topico, il cui vantaggio risiede nel fatto che tiene conto delle esigenze della realtà nei suoi aspetti particolari.

Giunti a questo punto, è importante ricordare che Vico non è tanto interessato a sistematizzare ciò di cui già disponiamo, quanto piuttosto ad elaborare un metodo di ricerca, di scoperta del nuovo; con riferimento alla giurisprudenza: egli è interessato alla produzione e alla formazione continua del diritto. Ora, chi predilige la sussunzione, il sillogismo o le catene di sillogismi, si concentra poco sul “trovare nuovi fatti” e si preoccuperà piuttosto di “riordinare sistematicamente ciò che è già stato trovato”<sup>19</sup>. Questo vale soprattutto per il moderno modo di pensare dei cartesiani, per i quali “la ragione è la misura della verità”<sup>20</sup>. Le riserve di Vico nei confronti del pensiero moderno, orientato al sistema, alla deduzione e all’analisi, si collocano sotto il segno della *querelle des anciens et des modernes*, iniziata in Francia alla fine del diciassettesimo secolo e che raggiunse un primo apice a cavallo del diciottesimo secolo. Già nel suo discorso all’università del 1708 Vico solleva la domanda: “Quale tipo di studio è più retto e migliore, il nostro ovvero quello degli antichi?”<sup>21</sup>

Sebbene Vico critichi le debolezze di metodo del razionalismo giuridico, non crede, tuttavia, che la giurisprudenza consista esclusivamente nel pensiero topico. Alla fine della sua prolusione del 1708 egli osserva che questa avrebbe potuto intitolarsi “Conciliazione tra l’antico e il moderno metodo di studio”<sup>22</sup>. A ben vedere, entrambi i metodi presentano dei difetti. I teorici del pensiero topico si rifanno “spesso al falso” mentre gli analitici non si curano di comprendere “il probabile”<sup>23</sup>.

Nonostante le sue critiche, Vico non ha fondamentalmente rifiutato il modo di procedere analitico-deduttivo del razionalismo moderno. Egli mette solamente in guardia di fronte a un’eventuale sopravvalutazione delle sue possibilità: solo il pensiero topico può tenere conto del fatto che ogni situazione ha caratteristiche peculiari, che le regole disponibili spesso non sono sufficienti a disciplinare il caso singolo, che l’utilizzo di qualificazioni giuridiche formali può condurre a risultati poco equi, e che spesso devono essere elaborate nuove soluzioni giuridiche per poter considerare in modo adeguato il contesto di vita reale dei fatti oggetto del giudizio<sup>24</sup>.

19. Ivi, p. 137; Vico, 1947, p. 55.

20. Ivi, p. 35.

21. Ivi, p. 15. Citazione dell’autore tradotta dal traduttore.

22. Ivi, p. 155. Citazione dell’autore tradotta dal traduttore.

23. Ivi, p. 35. Allo stesso modo, anche autori più vicini a noi si sono chiesti “se sia sufficiente percorrere solo la direzione indicata dal pensiero assiomatico oppure solo quella del pensiero topico” (Müller, 2018, p. 151).

24. Ancora oggi ci si chiede se “il problema giustifica il fatto di trascurare una norma del tutto inadeguata [a disciplinarlo]” (*ibid.*).

##### 5. SAVIGNY E IL CARATTERE PRODUTTIVO DELL'ERMENEUTICA GIURIDICA MODERNA

A parte Leibniz, Vico è stato il primo pensatore che ha avanzato una critica nei confronti dei fondamenti del razionalismo cartesiano. Tuttavia, alla fine egli è rimasto una figura solitaria, talvolta scherzosamente tratteggiata come “il povero grande Vico” che “non si capisce” (Paul Hazard). Solo con l'inizio del diciannovesimo secolo, con la nascita della Scuola storica del diritto, si è formata nel pensiero giuridico un'opposizione degna di nota contro il razionalismo giuridico.

Savigny, a differenza di Vico, ebbe successo già in vita grazie al suo atteggiamento critico verso il giusrazionalismo. Tuttavia, è stato sostenuto che Savigny fu anche uno degli apripista della “giurisprudenza dei concetti”, un tipo di formalismo scientifico che, irrigidendo il diritto, prese le distanze dalla vita reale e favorì l'applicazione meccanica delle norme<sup>25</sup>. Così anche Hans-Georg Gadamer e Josef Esser credevano di dover interpretare l'ermeneutica giuridica di Savigny come un gesto compiuto all'ombra della “giurisprudenza dei concetti”<sup>26</sup>. Solo al volgere del ventunesimo secolo la scienza è riuscita a dimostrare che questa prospettiva è sbagliata<sup>27</sup>.

Come è noto, Savigny si oppone a una forma di positivismo politico-filosofico che considera diritto anche il diritto più ingiusto, e che mira a disinnescare tutti i principi di controllo che il diritto romano aveva raccolto sotto il nome di *aequitas*. La diffidenza di Savigny nei confronti del *mos geometricus* razionalista si mostrano anche nella sua teoria interpretativa. Mentre il diritto positivo tende a permettere interpretazioni solo in casi eccezionali o addirittura a escluderli del tutto, Savigny continua a mettere in guardia contro il rischio di un'applicazione “meccanica” del diritto. Ogni volta che la legge “interviene nella vita”<sup>28</sup>, occorrerebbe ricostruire il pensiero che la sorregge. Questo richiamo alla “vita” mostra che anche Savigny ambisce a un'apertura del diritto all'empirismo, al caso singolo e alla “realtà”<sup>29</sup>. Pertanto non stupisce che questo autore parli di arte, tatto e giudizio ove Vico parlerebbe di *ingenium*, *inventio* o di topica. Un ulteriore parallelo con Vico consiste nell'attenzione che Savigny pone alla domanda circa come può essere davvero trovato nuovo diritto nella pratica.

25. Wieacker, 1967, p. 432.

26. Wieacker, 1972, p. 136. Hans-Georg Gadamer, anch'egli concordando pienamente con lo stato della ricerca storico-giuridica dell'epoca, ha fatto riferimento ai punti essenziali dei lavori di Franz Wieacker e Ernst Forsthoff (Gadamer, 1986, p. 332); per le affermazioni di Gadamer sull'ermeneutica di Savigny, si veda Meder, 2004, pp 1-8.

27. Citato in Strauch, 2020, p. 106.

28. Savigny, 1840, § 32 (p. 207). Dettagli in Meder, 2009.

29. Dettagli in Meder, 2019.

Savigny illustra la questione nel contesto della sua riflessione attorno alle lacune e al modo in cui devono essere colmate. A guidare questa riflessione è l'idea che le norme del diritto vigente sono incomplete, per cui sorge spontaneo chiedersi in che modo nuovo diritto possa andare a completare quello esistente. La particolare urgenza di questo quesito è dovuta al fatto che l'ordinamento giuridico è in continua trasformazione e l'evoluzione sociale produce incessantemente nuovi casi che il legislatore non può prevedere. Chiunque debba prendere una decisione in tali circostanze, deve volgere lo sguardo oltre la legge verso le "fonti del diritto nella loro interezza" per estrapolare una regola che "colmi la lacuna per via analogica". Il prerequisite del ricorso all'analogia è che vi sia una certa "familiarità" tra il diritto nuovo, ancora sconosciuto, e il diritto conosciuto. In tale contesto, il criterio guida decisivo per il perfezionamento e sviluppo del diritto è costituito dalla "conseguenza intrinseca". Non si tratta di una "conseguenza meramente logica, al modo di un rapporto causa-effetto, ma anche organica, che emerge dalla natura pratica dei rapporti giuridici"<sup>30</sup>. Savigny mette dunque in guardia, come se avesse già prefigurato la futura critica della giurisprudenza degli interessi e del diritto libero, contro una sopravvalutazione della logica. La teoria della conseguenza giuridica oggi è stata perlopiù dimenticata. Tuttavia, si ritrovano (inconsapevolmente) i suoi principi negli autori che attribuiscono una importanza di primo piano al criterio della "coerenza" nella loro teoria del metodo giuridico<sup>31</sup>.

## 6. RISULTATO INTERMEDIO

Questi brevi accenni sono sufficienti per far emergere alcuni paralleli fra l'ermeneutica di Savigny e il "metodo" di Vico. Infatti, anche il metodo indicato da Vico per produrre nuovo diritto ha l'obiettivo di trovare delle equivalenze, delle similitudini tra cose dissimili, e quindi dei collegamenti tra cose molto distanti fra loro a partire dal punto di vista della familiarità<sup>32</sup>. Nella corrente di pensiero tipico l'*inventio* deve essere prima di tutto inteso come la ricerca, nell'intero ordinamento giuridico, di norme, di principi generali, paremie o concezioni del diritto rilevanti. Si tratta, sotto questo profilo, non tanto di "fonti" quanto piuttosto di luoghi o topoi, che in qualche maniera offrono un appiglio<sup>33</sup>. Naturalmente, questo procedimento di ricerca non può ridursi a un

30. Savigny, 1840, § 46, p. 291f.

31. Cfr. Strauch, 2020, pp. 14-20.

32. Vico, 1979, p. 135. Maggiori dettagli in Otto, 1979, p. 10.

33. La topica non deve essere concepita come "un insieme luoghi comuni non giuridici o di topoi ripresi arbitrariamente dal repertorio della retorica" (Müller, 2018, p. 153). Proprio come l'ermeneutica, anche la topica deve fornire argomenti disciplinati, ovvero fondare la decisione giuridica su argomenti giuridici.



mero ricercare e trovare tali luoghi. Da essi deve poter essere estrapolata una soluzione convincente. Chi produce il diritto deve illustrare in cosa consista l'analogia e la familiarità tra cose diverse, e spiegare perché un certo luogo contenga un pensiero adatto a dare un contributo alla soluzione del problema mai considerato in precedenza.

Termini come "familiarità" o "similitudine" mostrano quindi che il diritto non può essere creato *ex nihilo*, quanto piuttosto in correlazione con ciò che esiste già. Chi ambisce ad individuare il diritto in assenza di norme, dovrà dimostrare in maniera plausibile di non lasciarsi ispirare da interpretazioni o disposizioni soggettive, ma di sviluppare le sue argomentazioni nel contesto del diritto esistente. In tal senso, oltre alla "produzione" del diritto, entra in gioco anche la "rappresentazione" del suo fondamento, quindi il pensiero topico e la retorica. Questo vale anche per l'ermeneutica.

#### 7. IL CARATTERE PRODUTTIVO DELL'ERMENEUTICA E DELLA RETORICA

Ovviamente, Savigny non concepisce l'analogia come un elemento della corrente di pensiero topica, bensì come "interpretazione" e dunque come un aspetto dell'ermeneutica. L'ermeneutica mostra però molteplici possibilità di collegamento e parallelismi con la retorica<sup>34</sup>. In primo luogo, è un dato di fatto che tanto il parlare quanto il comprendere sono strutturati linguisticamente. Inoltre, non solo nella retorica ma anche nell'ermeneutica è presente un momento creativo<sup>35</sup>. La comprensione non rappresenta un atto passivo; al contrario, va intesa come una specie di esplicazione attiva, che Vico suole indicare utilizzando parole chiave come azione, costruzione e convertibilità di *verum* e *factum*.

Inoltre, né il parlare né il comprendere e neppure il diritto sono mai del tutto nuovi; sono piuttosto un'espressione della situazionalità storica (*geschichtliche Situiertheit*). Il nuovo, dunque, deve essere visto in relazione a ciò che è già esistente, e lì conseguentemente trovato. Al contrario, la teoria del metodo di impronta statalista che oggi la fa da padrone divide l'analogia dall'interpretazione o dalla topica, poiché crede di dover concepire la legislazione come una creazione totalmente *ex novo*. L'ermeneutica e la retorica si distanziano dalla pretesa di certezza scientifica in quanto, richiamando le

34. Si vedano Flatscher, 2017; Müller, 2018. Vale la pena richiamare anche il celebre motto di Friedrich Schleiermacher: "Ogni atto di comprensione [è] il risvolto di un atto di comunicazione in cui si diventa consapevoli di quale pensiero sia alla base di ciò che è stato detto" (Schleiermacher, 1996, p. 946). Citazione dell'autore tradotta in italiano dal traduttore.

35. Contrariamente a quanto assunto da Gadamer, anche Savigny sottolinea il carattere produttivo dell'ermeneutica: Meder, 2012, pp. 149-177.

parole di Vico, cercano la soluzione nel “verosimile” che, in virtù del suo carattere probabilistico, si trova a metà tra ciò che è chiaramente vero e ciò che è chiaramente falso. Questi brevi accenni mostrano a sufficienza la vicinanza tra la topica e l’ermeneutica. Entrambe queste correnti di pensiero girano intorno alla questione della produttività della giurisprudenza, e si distinguono in maniera fondamentale dal *mos geometricus*, così come concepito e diffuso dallo statalismo razionalista al tempo dell’assolutismo illuminato.

Queste evidenze portano nuovamente a porsi la seguente domanda: che rapporto sussiste tra il pensiero topico e la legge? È necessario porsi questa domanda poiché viene sempre obiettato alla topica che essa rischia di pregiudicare il postulato del vincolo del giudice alla legge. Vico non scorge una contraddizione tra la fedeltà alla legge e la topica. Egli stesso ha più volte messo in guardia contro la profanazione della “sacralità delle leggi” perpetrata da una giurisprudenza che esercita un potere unilaterale. Chi “vuole trovare nelle leggi eccezioni” mina “l’autorità della legge”<sup>36</sup>. Analogamente, Savigny afferma che il diritto non può prescindere dal rispetto dei suoi aspetti più rigorosi e formali. D’altra parte, egli rifiuta con decisione la dottrina del *sens clair* o *acte clair* ancora oggi diffusa, e che nel diciassettesimo e diciottesimo secolo era elevata al rango di norma fondamentale (*Grundnorm*) con l’etichetta dell’*in claris non fit interpretatio*. Secondo Savigny, non solo i testi oscuri e incompleti, ma anche quelli chiari e univoci sono suscettibili di interpretazione. Anche nei casi in cui sembra esserci accordo sull’interpretazione, entrano in gioco – nella scelta delle norme da interpretare, nell’elaborazione di concetti e nella ricostruzione delle circostanze di fatto del caso – dei criteri non riducibili alla lettera della legge. A maggior ragione questo vale nei cosiddetti “*hard cases*”, vale a dire nei casi nei quali manca una norma per disciplinare il caso, o una decisione basata sulle norme esistenti condurrebbe a risultati intollerabili.

In sintesi, è importante ricordare che i metodi giuridici elaborati da Vico e Savigny si distinguono dal metodo della sussunzione, diffuso allora come oggi, in quanto pongono particolare attenzione ai casi nei quali non è disponibile una risposta univoca e precostituita da parte del diritto. Tuttavia, la loro inclinazione a valorizzazione il diritto elaborato dai giuristi non deve essere fraintesa: questa non consiste in una sorta di invito a individuare il diritto in modo libero da vincoli. Vale piuttosto il contrario: il loro grande rispetto per la legislazione li conduce a rifiutare con decisione qualsiasi tipo di giustizia equitativa o del *khadi*. La chiave per risolvere il problema fin qui considerato è costituita dalla giusta misura tra la fedeltà al diritto e la giurisprudenza produttiva, tra il rispetto delle regole generali e la considerazione delle particolarità del caso concreto; ciò che nel lessico di Savigny prende il nome di “tatto”, e in quello di Vico di “saggezza”.

36. Vico, 1947, pp. 115, 117. Sull’equità si veda Vico, 1979, pp. 63, 65 e 1990, pp. 139-141.

8. UNA CRITICA DEL DIRITTO TOPICA  
ED UNA ERMENEUTICA NELL'ERA DIGITALE

La critica giuridica ispirata alla topica elaborata da Vico, e quella di matrice ermeneutica proposta da Savigny, si oppongono a una metodologia giuridica che tende a qualificare la giurisprudenza come una scienza formale, al pari della logica o la matematica. Il modo di pensare meccanico sviluppato nella prima era giuridica delle macchine è stato nel frattempo sostituito da quello nato nella seconda era delle macchine, la cosiddetta epoca digitale. Oggi algoritmi capaci di apprendere e sistemi autonomi dotati di intelligenza artificiale iniziano a svolgere funzioni del tutto nuove, considerate impossibili in precedenza. Attualmente sorge quindi la domanda: i *legal robot* tra poco saranno in grado di fornire suggerimenti per emettere la sentenza? Quando saranno in grado di prendere decisioni in maniera indipendente? I sistemi autonomi possono essere anche capaci di atti produttivi? Sono in grado di creare nuovo diritto?<sup>37</sup>

Quello appena formulato è anche un quesito metodologico: è importante porlo perché saranno infatti i giuristi a dire agli informatici e ai programmatori in che modo, e sulla base di quali fonti, dovranno essere elaborate le decisioni giuridiche. Gli autori di un recente studio sui *legal tech*, ad esempio, affermano che basterebbe alimentare i sistemi informatici con le leggi, perché il diritto dell'Europa continentale si basa su "una divisione molto netta fra legislazione e applicazione del diritto"<sup>38</sup>. In tal modo, quanti credono che il diritto si esaurisca nel comando della legge cercheranno di sviluppare programmi di derivazione delle sussunzioni a partire dalla relazione logico-formale tra premesse maggiori e premesse minori. Lo schema del "se..., allora..." che caratterizza la tecnica di sussunzione mette tuttavia in luce i limiti di un software basato solo su regole. Ogni giurista che abbia avuto l'opportunità di maturare esperienza sul campo sa che i quesiti giuridici raramente possono essere risolti mediante programmi condizionali<sup>39</sup>.

L'intelligenza artificiale giuridica oggi non funziona più primariamente sulla base di regole definite in precedenza, bensì sulla base di grandi quantità di dati sotto forma di fattispecie giuridiche, sentenze, testi legislativi, commenti e note a sentenza. Queste fonti vengono trasformate in equazioni matematiche e analizzate in base alla loro probabilità numerica in relazione a uno

37. Cfr. Meder, 2020, pp. 11-22 e 127-152.

38. Raabe *et al.*, 2012, p. 7f. Citazione dell'autore tradotta dal traduttore.

39. Questo è di base anche il punto di partenza della retorica giuridica di Vico e dell'ermeneutica di Savigny, il cui tratto comune, come spiegato prima, consiste nel sottolineare il carattere produttivo della decisione giuridica e, in questo modo, nel concepire la possibilità di un diritto dei giuristi (*Juristenrecht*).

specifico quesito giuridico. Solitamente non è possibile rintracciare i singoli passaggi sulla quale si basa la decisione. Non è quindi chiaro, o rimane quantomeno “opaco”, se i sistemi di autoapprendimento si limitino a identificare e riprodurre modelli esistenti o se “aggiungano qualcosa” e quindi producano “nuovo” diritto<sup>40</sup>.

Il termine “nuovo” assume chiaramente una sfumatura tutta sua nell’ambito dell’intelligenza artificiale. Di sicuro, i sistemi intelligenti sono anche in grado di interpretare, valutare o ponderare. Ad essere precisi, concetti come “interpretazione”, “valutazione” o “ponderazione” devono essere messi tra virgolette. Infatti, i sistemi funzionano sulla base dei dati inseriti precedentemente. Le loro informazioni e i risultati non si basano sulla visione diretta di una fattispecie o sulle percezioni dirette di un fenomeno ancora sconosciuto, bensì sulle valutazioni che sono state fatte già in precedenza e casi per cui si è presa una decisione in passato<sup>41</sup>. Si tratta quindi di una razionalità decisionale formalizzata che non è adeguata per ordinamenti aperti come quelli giuridici, poiché essa è, per così dire, “fuori dal tempo”.

#### 9. IN SINTESI

Per concludere, vale la pena sottolineare quanto segue. Per un metodo che opera mediante strutture condizionali (se..., allora...), e descritto come sussunzione o *modus barbara*, non è “la ricerca” bensì “ciò che già possediamo” il punto di partenza. Vico e Savigny si chiedono invece cosa succede quando sorgono problemi che non possono essere risolti sulla base del patrimonio delle norme esistenti. Una metodologia che si concentra su definizioni, premesse maggiori e derivazioni “logiche”, non può dare una risposta soddisfacente al riguardo. Questo merita di essere sottolineato poiché il “nuovo” diritto non può essere prodotto neanche da quelle macchine che attualmente vengono definite algoritmi o *legal tech* capaci di autoapprendimento. Perché anche in tal caso il punto di partenza non è il “cercare”, ma “ciò che già si possiede”. Questo “possedere”, diversamente da prima, non si limita più a una somma di regole predefinite ma si estende anche a valutazioni, a interpretazioni o ponderazioni. Queste hanno origine però in decisioni che i giuristi hanno preso in passato. Se è pur vero quindi che il materiale disponibile al tempo dei *big data* ha un potenziale infinito, per quanto riguarda il *tempus* tutto resta invariato. Ad essere disponibile è una sola modalità: quella orientata al passato.

Come la sussunzione, anche una decisione presa da algoritmi incorpora solo il lato formale del diritto. Il suo lato materiale e la sua apertura situa-

40. Danaher, 2016, pp. 245-268.

41. Questa tesi viene descritta più nel dettaglio negli ultimi due capitoli di “Rechtsmaschinen” (Meder, 2020).

le rimangono esclusi. Proprio questa apertura è però imprescindibile nell'approcciarsi all'incertezza sullo stato del mondo e a una prospettiva volta al futuro. In considerazione di questi deficit deve apparire attuale, oggi come nel passato, una metodologia che mantenga un'apertura del diritto al caso specifico, alla considerazione complessiva di tutte le circostanze rilevanti con riguardo non solo del passato ma anche del futuro. Questo vale anche e soprattutto per il progetto di Savigny di un'ermeneutica giuridica e per la comprensione di Vico del pensiero topico.

La sussunzione e la topica naturalmente non sono in contrapposizione. Quanto maggiore è la densità e la concentrazione di elementi normativi in una materia regolata, tanto più stretti sono i margini di libertà di valutazione e minore è la necessità di uno sforzo produttivo nella ricerca del diritto. La sussunzione e la topica hanno quindi un rapporto complementare: si integrano a vicenda. La critica giuridica topica di Vico e quella ermeneutica di Savigny permettono di analizzare le caratteristiche strutturali del concetto di diritto, i suoi punti di forza e di debolezza, il suo lato formale e quello materiale. Di base, la giurisprudenza ruota intorno alla domanda circa quali siano i limiti rigidi del diritto e in quali casi possano essere superati. Alla fine si tratta di portare il lato formale e quello materiale del diritto in un rapporto di equilibrio. Per poter essere all'altezza di tale difficile compito, il metodo deve prendere congedo dal riferimento esclusivo al patrimonio di quanto è già "posseduto", per estendersi alla "ricerca" del nuovo. Anche nell'era digitale occorre dunque chiedersi: come si fa, tramite i giuristi, a trovare nuovo diritto nella pratica?

#### 10. PROSPETTIVE

A partire dagli anni Sessanta e Settanta in Germania, l'ermeneutica di Gadamer è diventata un importante quadro di riferimento per la teoria del metodo giuridico. Si sono ispirati a Gadamer diversi autori come Josef Esser, Franz Wieacker, Arthur Kaufmann o Friedrich Müller, per citarne alcuni. Nel XX secolo l'ermeneutica di Savigny è stata ignorata con poche eccezioni, interpretata come qualcosa che, come spiegato precedentemente, sta all'ombra della "giurisprudenza dei concetti" e, in tal senso, si basa su una "concezione della conoscenza oggettivistica". Al contrario, la ricerca recente dimostra che anche l'ermeneutica di Savigny si oppone a una concezione scientistica della conoscenza giuridica che rappresenta la cognizione e l'applicazione delle norme come due elementi scollegati tra loro. Anche Savigny afferma che l'applicazione non deve essere concepita come l'adattamento a posteriori a un caso di una norma generale già disponibile. Alla base della critica di Savigny alla regola *in claris non fit interpretatio*, c'è l'idea che l'interpretazione, intesa come forma onnipresente di mediazione, sia sempre produttiva.

Oggi in Germania sembra vigere l'opinione secondo la quale l'ermeneutica non potrebbe più contribuire alle questioni metodologiche. Talvolta si parla addirittura di un "fallimento dell'argomentazione ermeneutica". Viene sempre più richiesto di bandire del tutto l'ermeneutica filosofica dalla giurisprudenza. Gadamer è stato addirittura accusato di aver "confuso" applicazione e interpretazione del diritto<sup>42</sup>.

Questa critica dimentica la suddivisione dell'ermeneutica in ermeneutica generale e speciale. L'ermeneutica generale propone una dottrina conoscitiva dell'interpretazione, la quale muove da un'analisi metodologica della comprensione che prescinde dalle singole questioni fattuali. Fintantoché la giurisprudenza avrà un carattere interdisciplinare, e parteciperà al cambiamento storico sotto forma di filosofia o storia del diritto, non potrà mettere da parte la domanda generale circa le condizioni e le possibilità del comprendere, facendo semplicemente riferimento alle esigenze della pratica. Come ermeneutica speciale, l'ermeneutica si propone di formulare "regole" per interpretare ovvero, usando la terminologia di Vico, dei *segnavia* (*lares compitales*), senza con questo perdere di vista la connessione del diritto con la vita reale. L'ermeneutica speciale può allo stesso tempo porre a tema l'argomentazione giuridica in quanto "rappresentazione" di processi decisionali, come pure la coerenza (o congruenza) sul versante della "produzione" di decisioni. In definitiva, tuttavia, la forza creativa dell'ermeneutica giuridica, come pure la sua attenzione ai contesti temporali e la sua apertura al nuovo e al futuro, sono le vere ragioni per cui il diritto ha nuovamente bisogno di lei nell'era digitale.

## RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- Cauer, E. (1851). Gian Battista Vico und seine Stellung zur modernen Wissenschaft. *Deutsches Museum. Zeitschrift für Literatur, Kunst und öffentliches Leben*, 1, 249-265.
- Cicero, M. T. (2013). *Vom rechten Handeln: De officiis, lateinisch und deutsch* (Herausg. und übers. v. K. Büchner). 4. Aufl. De Gruyter.
- Danaher, J. (2016). The Threat of Algocracy: Reality, Resistance and Accomodation. *Philosophy & Technology*, 29, 245-268.
- Esser, J. (1972). *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung: Rationalitätsgrundlagen richterlicher Entscheidungspraxis*. Athenäum Fischer.
- Flatscher, M. (2017). Philosophische Hermeneutik: Relektüren der rhetorischen Tradition. In A. Hetzel, G. Posselt (Hrsg.), *Handbuch Rhetorik und Philosophie* (S. 281-301). De Gruyter.
- Gadamer, H. G. (1986). *Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik* (1960). 5. Aufl. Mohr Siebeck.

42. Si vedano citazioni in Müller, 2018, p. 50f. e Strauch, 2020, pp. 10-12.

- Hölsle, V. (1990). Vico und die Idee der Kulturwissenschaft. Genese, Themen und Wirkungsgeschichte der „Scienze nuova“. In G. Vico, *Prinzipien einer neuen Wissenschaft über die gemeinsame Natur der Völker (Scienza Nuova)* (S. XXXI-CCXCII). 2 Bände (übers. v. V. Hölsle, C. Jermann). Meiner.
- Kant, I. (1993). *Metaphysik der Sitten* (1797). *Werksausgabe*, Bd. VIII. 10. Suhrkamp.
- Klemm, O. (1906). *G. B. Vico als Geschichtsphilosoph und Völkerpsycholog*. Engelmann.
- Meder, S. (2004). *Mißverstehen und Verstehen. Savignys Grundlegung der juristischen Hermeneutik*. Mohr Siebeck.
- Meder, S. (2009). Problemi fondamentali e storia dell'ermeneutica giuridica. *Ars Interpretandi*, 1, 27-49.
- Meder, S. (2012). Auslegung als Kunst bei Savigny. Reflektierende Urteilstkraft, Rhetorik und Rechtsquellenlehre als Elemente juristischer Entscheidungsfindung. In G. Gabriel, R. Gröschner (Hrsg.), *Subsumtion. Schlüsselbegriff der Juristischen Methodenlehre* (S. 149-177). Mohr Siebeck.
- Meder, S. (2015). *Doppelte Körper im Recht. Traditionen des Pluralismus zwischen staatlicher Einheit und transnationaler Vielheit*. Mohr Siebeck.
- Meder, S. (2018). Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik (1966). In S. Meder, V. Omaggio, G. Carlizzi, C. Sorge (Hrsg.), *Juristische Hermeneutik im 20. Jahrhundert. Eine Anthologie von Grundlagentexten der deutschen Rechtswissenschaft* (S. 145-156). Vandenhoeck & Ruprecht.
- Meder, S. (2019). Rudolf von Jhering und der Aufstand gegen den rechtswissenschaftlichen Formalismus. *Philosophy & Technology*, 14, 689-696.
- Meder, S. (2020). *Rechtsmaschinen. Von Subsumtionsautomaten, Künstlicher Intelligenz und der Suche nach dem „richtigen“ Urteil*. Böhlau Verlag.
- Meder, S. (2021). Aequitas und ius strictum in der Historischen Rechtsschule und Pandektistik. In M. Armgardt, H. Busche (Hrsg.), *Recht und Billigkeit. Zur Geschichte der Beurteilung ihres Verhältnisses* (S. 509-532). Mohr Siebeck.
- Otte, G. (1979). Der sogenannte mos geometricus in der Jurisprudenz. *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 8, 179-196.
- Otte, G. (1993). *Niebuhrs Forschung*. Steiner.
- Otto, S. (1979). Einleitung. In G. Vico, *De antiquissima Italorum sapientia liber primus (1710). Riposte 1711-1712* (S. 7-20). Aus dem Latein. u. Italien. ins Deutsche übertr. v. S. Otto, H. Viechtbauer. Fink.
- Raabe, O., Wacker, R., Oberle, D., Baumann, C., Funk, C. (2012). *Recht ex machina. Formalisierung des Rechts im Internet der Dienste*. Springer Vieweg.
- Savigny, F. C. v. (1840). *System des heutigen römischen Rechts*, Bd. I. Veit.
- Schleiermacher, F. (1996). Philosophische Hermeneutik: In A. Arndt (Hrsg.), *Friedrich Schleiermacher. Schriften* (S. 946). Deutscher Klassiker-Verl.
- Schröder, J. (2020). *Recht als Wissenschaft. Geschichte der juristischen Methodenlehre in der Neuzeit*, Bd. 1 (1500-1933). 3. Aufl. C. H. Beck.
- Strauch, H.-J. (2020). Methode – multiperspektivisch betrachtet. In S. Hähnchen (Hrsg.), *Eine Methodenlehre oder viele Methoden?* (S. 1-20). Mohr Siebeck.
- Vialon, M., Auerbach, E. (2013). Philologie als kritische Kunst. Neue Einleitung zur *Scienza Nuova* (1947) – Edition, Kommentar und Nachwort. In P. König (Hrsg.), *Vico in Europa zwischen 1800 und 1950* (S. 223-319). Universitätsverlag Winter.

- Vico, G. B. (1947). *De nostri temporis studiorum ratione (Vom Wesen und Weg der geistigen Bildung), 1708*. Herausg. u. übers. v. W. F. Otto. Wissenschaftliche Buchgemeinschaft.
- Vico, G. B. (1979). *Liber metaphysicus. De antiquissima Italorum sapientia liber primus (1710). Risposte 1711-1712*. Aus dem Latein. u. Italien. ins Deutsche übertr. v. S. Otto, H. Viechtbauer. Fink.
- Vico, G. B. (1990). *Prinzipien einer neuen Wissenschaft über die gemeinsame Natur der Völker (Scienza Nuova)*. 2 Bände (übers. v. V. Höhle, C. Jermann). Meiner.
- Walther, G. (1993). *Niebuhrs Forschung*. Steiner.
- Wieacker, F. (1967). *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit (1952)*. 2. Aufl. Vandenhoeck & Ruprecht.
- Wieacker, F. (1972). Die Ausbildung einer allgemeinen Theorie des positiven Rechts in Deutschland im 19. Jahrhundert. In H.-M. Pawlowski, F. Wieacker (Hrsg.), *Festschrift für Karl Michaelis zum 70* (S. 354-362). Vandenhoeck e Ruprecht.