Giurisprudenza sociologica: necessaria e insufficiente (A proposito di Rudolf von Jhering, *Le limitazioni della proprietà fondiaria*)

Sociological Jurisprudence: Necessary and Insufficient

AURELIO **GENTILI**

Professore emerito di diritto civile dell'Università Roma Tre.

E-mail: aurelio.gentili@uniroma3.it

ABSTRACT

Nel suo saggio sui limiti della proprietà fondiaria Rudolf von Jhering elabora la sua metodologia del diritto fondata sulla rilevanza degli interessi. Un esame critico del suo metodo, come applicato al caso, mette in luce che il criterio dell'interesse è però da solo insufficiente a fornire la soluzione dei conflitti, e che lo stesso von Jhering lo integra con elementi normativi.

In his essay on the limits of land ownership, Rudolf von Jhering elaborates his methodology of law based on the relevance of interests. A critical examination of his method, as applied to the case at hand, reveals that the criterion of interest alone, however, is insufficient to provide a solution to conflicts, and that von Jhering himself supplements it with normative elements.

KEYWORDS

interesse, proprietà, limiti, metodo, standard

interest, property, limits, method, standard

Giurisprudenza sociologica: necessaria e insufficiente

A proposito Rudolf von Jhering, *Le limitazioni della proprietà fondiaria*

AURELIO GENTILI

1. Una "recensione" sul metodo ad un saggio del 1863 – 2. Il contesto dello scritto di von Jhering sulla proprietà fondiaria – 3. La tesi in tale scritto sostenuta – 4. Un cenno alla giustizia della tesi jheringiana – 5. Sulla dubbia giustezza metodologica della tesi – 6. Diritto e sociologia giuridica.

1. Una "recensione" sul metodo ad un saggio del 1863

La traduzione in italiano di *Zur Lehre von den Beschränkungen des Grundeigentümers im Interesse der Nachbarn*¹, pubblicato da Rudolf von Jhering nel 1863 sugli *Jherings Jharbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts* offre un'occasione per riflettere, a distanza di più di un secolo e mezzo, su una svolta fondamentale del pensiero giuridico della modernità: l'approccio che fonda sulla considerazione degli interessi delle parti coinvolte la soluzione di un problema giuridico. Di questa svolta Jhering è stato l'autore e, tra adesioni e rifiuti, il suo metodo ha comunque lasciato un'impronta nella giurisprudenza pratica e teorica della tradizione europea continentale, ravvisabile ancor oggi.

Per questo, pur conscio della distanza, credo che non sia del tutto fuori luogo recensire il saggio, come se esso apparisse oggi. Ma non tanto sotto il profilo del merito. Da questo punto di vista poco ci sarebbe da dire, essendo il problema che Jhering tratta oggi per lo più risolto da disposizioni specifiche rintracciabili nelle maggiori codificazioni successive. Quanto nel metodo. Perché ciò che il Maestro di Aurich ha proposto è – e le considerazioni che seguono vorrebbero illustrarlo al lettore – tanto imprescindibile quanto insufficiente. Anticipando: lo specifico apporto di Jhering è stato inaugurare quella che poi è stata chiamata giurisprudenza sociologica. Ebbene, esprimo qui l'avviso che senza la giurisprudenza sociologica il giurista non capisca mai appieno il problema che affronta. Ma che con la (sola) giurisprudenza sociologica non abbia – con buona pace dell'illustre Autore e del suo geniale contributo – nessuna possibilità di risolverlo.

Ma prima di entrare in valutazioni è il caso di considerare quale sia – per quanto notissimo – quel contributo, così come risulta nel saggio in commento e quindi nella prospettiva dei limiti alla proprietà fondiaria.

2. Il contesto dello scritto di von Jhering sulla proprietà fondiaria

Per rendersi conto dell'approccio che Jhering ha inaugurato tra il 1858 ed il 1877² (anno di pubblicazione di *Der Zweck im Recht*) con il saggio qui in esame e con lo scritto del 1860 *Culpa in contrahendo*, basta considerare l'impianto della tesi che egli sostiene.

La tesi è riassunta da lui stesso:

«Posso riassumere la mia opinione in una frase: il diritto sullo spazio, o – diciamo – l'atmosfera della

¹ VON JHERING 2024.

² Sapientemente ricostruito in LOSANO 1972, spec. XXV ss.

proprietà, non si estende oltre la necessità pratica che deve essere soddisfatta per suo tramite³. [...] L'estensione della proprietà deve trovare il suo limite nell'interesse pratico⁴. Il proprietario non può, con i suoi comportamenti, ingerirsi nella sfera di proprietà del vicino, né direttamente né indirettamente, e ciò gli è consentito solo in casi eccezionali con riguardo a quegli atti che l'uso ordinario della proprietà fondiaria porta con sé⁵. Il diritto non può tener conto della sensibilità di persone malate o insolitamente sensibili [...]. Il diritto non può tenere conto degli interessi e dei bisogni propri di strutture del tutto particolari: tintorie, ghiacciaie, ospedali istituti scientifici, ecc. Al contrario esso può operare la scelta in base a ciò che è abituale e normale⁶. Nessuno è tenuto a tollerare le ingerenze indirette da parte dei suoi vicini che danneggino la persona o la cosa o rechino molestia alla persona in misura superiore al grado di tollerabilità ordinaria⁷».

3. La tesi in tale scritto sostenuta

Come quella della frase, la comprensione del discorso dipende (anche) dal contesto. Per comprendere dunque davvero il discorso di Rudolf von Jhering sui limiti della proprietà fondiaria bisogna guardare anche al contesto in cui è nato. Con sguardo duplice. Da un lato al suo pensiero, di cui lo scritto è una tappa. Dall'altro alla cultura del tempo, di cui è un'espressione.

Il suo pensiero. È un risultato acquisito degli studi jheringiani che il pensiero del Maestro di Aurich si sia evoluto per fasi. Due, secondo alcuni⁸ (una prima di adesione allo storicismo ed alla giurisprudenza dei concetti, una seconda dopo il 1858 di sociologismo e di adesione alla giurisprudenza degli interessi). O quattro secondo altri⁹ (una prima storicista, una seconda costruttivista, una terza di emersione della dottrina degli interessi, e una quarta sociologica). Il saggio in discorso, come detto del 1863, si colloca secondo l'una partizione nei primi anni della seconda fase, e secondo l'altra nella terza. È insomma in tutti i casi una manifestazione della nascente *Interessenjurisprudenz*. È cioè espressione del metodo che per fornire la soluzione ad un problema giuridico guarda agli scopi delle parti in conflitto.

La cultura del tempo. È facile constatare che nel settimo decennio dell'ottocento si stava esaurendo l'influsso di von Savigny (lo storicismo) e declinava quello di Puchta (il formalismo). Per ovvia reazione il pendolo scivolava dal lato opposto. Come osserva Wieacker, «Come logica conseguenza necessaria, il formalismo della scienza del diritto [aveva] potuto suscitare, come contrasto, un naturalismo sociale e politico»¹⁰. Nel quale «diritti e situazioni giuridiche [sono] oggetti reali, soggetti alle leggi generali della fisica»¹¹.

Causa prima di questo trionfo del naturalismo sociale il fatto che il giurista tedesco dell'epoca si muoveva non in un sistema legislativo, in cui la norma, il dover essere, avrebbe dominato, ma sapienziale (l'uso moderno del diritto romano), nel quale il compito scientifico non era interpretare una regola già data, ma elaborarla. E allora guardare ai fatti che il diritto era chiamato a regolare.

³ VON JHERING 2024, 55. Una esegesi metodologica in P. Femia, *Sei anni di cammino, sette di divenire. Rudolf von Jhering e la svolta nella scienza del diritto*, Bologna, 2024, p. 163 ss.

⁴ VON JHERING 2024, 58.

⁵ VON JHERING 2024, 74.

⁶ VON JHERING 2024, 86.

⁷ VON JHERING 2024, 102.

⁸ Cui si allinea VIOLA 1974, 23 ss., 28.

⁹ FEMIA, 159, che fa propria la periodizzazione di LLOREDO ALIX, 234 ss.

¹⁰ WIEACKER 1980, 135. Per un approfondimento del pensiero di F. Wieacker su Jhering v. WIEACKER 1942; WIEACKER 1959, 197 ss.; WIEACKER 1973, 73 ss.

¹¹ WIEACKER 1980, 128 s.

La lettura dello scritto sulla proprietà fondiaria, magnificamente tradotto da Tereza Pertot, e acutamente prefato da Angelo Chianale, conferma a mio avviso che esso si colloca perfettamente nel contesto detto.

4. *Un cenno alla giustizia della tesi jheringiana*

Di questa tesi il lettore contemporaneo è indotto a chiedersi nel merito se sia ancora attuale, e nel metodo se sia giusta.

Della sua attualità fa prova il fatto che il *Code civil* è in epoca moderna inteso ed applicato in conformità¹², e che codici posteriori come il BGB ai §§ 905 e 906, ed il codice italiano del 1942 negli artt. 840, 2° c., e 844 la riproducono pressoché invariata.

Della sua giustezza metodologica è più complesso dire.

Intanto preciso che mi occupo qui della giustezza e non della giustizia. Il discorso sulla giustizia non è del tutto estraneo a Jhering. E non potrebbe esserlo: elaborando la regola, e non semplicemente interpretandone una già data, egli non poteva non domandarsi se la costruzione (estendere il diritto a ciò che si ha interesse a fare e non a ciò cui non si ha interesse ad opporsi) fosse capace di *suum cuique tribuere*.

La risposta però non è del tutto conseguente: Jhering non legittima né tutti gli interessi del proprietario a fare (per esempio a inibire interferenze nella sua sfera), né tutti gli interessi a opporsi al fatto altrui (per esempio ad opporsi alle intrusioni che *non* «superano la soglia di ciò che è oggettivamente lecito»)¹³. Seleziona gli interessi, accogliendo e rendendo giuridicamente rilevanti quelli che rientrano in un certo canone (vedremo tra poco quale) e giuridicamente irrilevanti quelli che non vi rientrano, quelli ‘particolari’ perché propri di situazioni soggettive o oggettive del tutto peculiari.

Ma fino a che punto è giusto *non* «tener conto degli interessi e dei bisogni (...) particolari» e «operare la scelta in base a ciò che è abituale e normale»¹⁴? Non è certo giusto per chi, come Jhering, scrive che «La maggior parte dei casi non deve essere decisa in base a un principio teorico: il principio consiste in ciò che essi sono già stati decisi dalla vita»¹⁵. La vita è fatta appunto di casi singoli. E la giustizia è essenzialmente equità, che è la giustizia del caso singolo. Invece qui è proprio la singolarità del caso di vita ad essere sacrificata. Ma tant'è.

Qui vorrei invece occuparmi della giustezza metodologica. E dico subito che essa suscita perplessità. Spiego.

5. *Sulla dubbia giustezza metodologica della tesi*

Il metodo di Jhering è ben espresso dalle sue parole: «il diritto [...] non si estende oltre la necessità pratica che deve essere soddisfatta per suo tramite»¹⁶. [...] L'estensione della proprietà deve trovare il suo limite nell'interesse pratico»¹⁷. Ne deriva, e questo è il *proprium* della *Interessenjurisprudenz*, che l'interesse diventa il criterio per aggiudicare o negare il diritto.

La imprescindibilità di questo metodo mi sembra evidente. È pacifico che il compito immediato del diritto sia guidare comportamenti. Ma non senza ragione. La ragione è prevenire o se-

¹² Cfr. ad es. Cass., 4 fevr. 1971, J.C.P. 1971, II, 16781, nt. Lindon.

¹³ L'espressione è in VON JHERING 2024, 74.

¹⁴ VON JHERING 2024, 86.

¹⁵ VON JHERING 2024, 99 s.

¹⁶ VON JHERING 2024, 55.

¹⁷ VON JHERING 2024, 58.

dare possibili conflitti. E i conflitti sono conflitti di interessi. Dunque senza la considerazione degli interessi il diritto è cieco. Aver reso evidente tutto ciò resta il grande merito di Rudolf von Jhering, ed è sufficiente ad attestarne la grandezza.

Imprescindibile, la giurisprudenza degli interessi è anche sufficiente allo scopo? Questo è un punto assai più discutibile. Affrontarlo in generale condurrebbe ad esaminare un campo di indagine assai vasto¹⁸. Qui, invece si ha di mira un obiettivo assai più limitato, circoscritto al modo in cui Jhering impiega il suo metodo per pervenire alla soluzione del problema considerato. E poiché è ovvio che se il metodo adottato è sufficiente ai suoi scopi allora non patisce intrusioni metodologiche estranee, possiamo affrontare la questione domandandoci: Jhering è fedele al suo metodo?

Fedeltà sarebbe tener sempre fermo che il diritto c'è dove c'è l'interesse e non c'è dove non c'è l'interesse. È così? Bastano le scarse citazioni che sopra ho riportato per rispondere.

In parte sì: concludere che il diritto non si estende *ad sidera, ad infera*, ad intrusioni che non frustrano l'interesse, è coerente al dire che il diritto non c'è dove non c'è l'interesse.

In parte no. Duplicemente.

Jhering anzitutto non è fedele al suo metodo perché non ammette, come l'assunto metodologico invece logicamente richiederebbe, la reciproca: che il diritto c'è dove c'è l'interesse. Egli infatti nega (per dire) che la signora ipersensibile ai rumori possa opporsi alle immissioni sonore, o che il proprietario che per sue ragioni vuol espandersi possa con intrusioni che lo spingano a vendere a buon prezzo indurvi il vicino. Qui il nudo interesse non è più il criterio dell'ascrizione di diritti, e subentra un altro criterio, un criterio estraneo che è una intrusione metodologica nel metodo degli interessi, ma che si rivela indispensabile perché opera una selezione degli interessi che meritano o non meritano tutela e allora possono o non possono fondare il diritto soggettivo. Quale? Non più gli scopi, non più i fatti, non più la vita, ma uno standard astratto, un «parametro oggettivo»¹⁹, che dica cosa è tollerabile e cosa no. Ma uno standard astratto è appunto una norma, quella norma che risulta singolarmente assente nel discorso di Jhering, e che però all'ultimo riappare in quel discorso, come il *deus ex machina* che sbrogia la situazione dove il criterio dell'interesse fallisce.

Jhering poi non è fedele al suo metodo dove da un lato adotta un concetto relazionale, come l'interesse, e allora dovrebbe vedere il diritto soggettivo come *esito* della soluzione di un conflitto (del tipo: se nel caso c'è l'interesse pratico allora il titolare prevale, ha il diritto, altrimenti soccombe), e dall'altro invece assume il diritto soggettivo come una sostanza, una realtà data a priori²⁰, e allora lo vede come il dato che dirime il caso (del tipo: il titolare ha il diritto e allora prevale sugli interessi contrapposti) in senso favorevole al titolare finché si rientra nel suo contenuto, ed in senso sfavorevole quando si sconfinava oltre le sue limitazioni. La reciproca esclusione dei due approcci – che il suo amico Windscheid aveva ben visto quando in contrapposizione al suo sistema inteso come ordinamento dei diritti aveva considerato la possibilità di un sistema che fosse invece un «ordinamento delle pretese giudizialmente perseguibili»²¹, non lo sfiora. Invece, dato il suo approccio fondato sull'interesse, dovrebbe. Se determinante è l'interesse, allora esso giustifica pretese che ottengono tutela. Il diritto soggettivo è il risultato di ciò: è la tutela accordata all'interesse. E c'è o non c'è secondo che l'interesse nel caso concreto prevalga o no su interessi contrapposti. Il diritto è la vittoria nello specifico conflitto. Invece Jhering non mi sembra avere una visione agonistica del diritto²², sebbene ogni tanto la adotti; per lui nonostante il metodo dell'interesse, il diritto c'è, stabilmente, a priori del conflitto, e

¹⁸ È noto che la giurisprudenza degli interessi ha conosciuto varie versioni. Una disamina necessiterebbe quantomeno la considerazione degli scritti di Philipp Heck (e in particolare *Interessenjurisprudenz*, apparso nel 1933).

¹⁹ VON JHERING 2024, 87.

²⁰ Vedo qui il naturalismo sostanzialista proprio del periodo, di cui parla WIEACKER 1980, 128 s.

²¹ WINDSCHEID, MUTHER 1954, 8.

²² FEMIA 2024, 173.

quindi vince, e tutto quello che può accadere è che esso al caso possa incontrare “limiti” (*Beschränkungen*), anche – come appena visto – dove l’interesse pratico ci sarebbe, ma non rientri nello standard.

6. Diritto e sociologia giuridica

Non intendo qui giudicare il pensiero del “secondo” Jhering in base ad un suo singolo scritto, in cui la “svolta” è solo agli inizi, e non completamente maturata.

Ma se lo facessi dovrei osservare che adottare il metodo dell’interesse significa far dipendere il diritto (oggettivo) da un dato di fatto (l’interesse). E un dato di fatto da un lato è imprescindibile per comprendere davvero il fatto che il diritto deve regolare per comporre il conflitto, ma dall’altro è insufficiente a comporlo perché da solo per quanto rilevante nel dirci l’essere non basterà mai a dirci il dover essere, perché non si deriva mai correttamente *deve* da è.

Non a caso anche il saggio di Jhering alla fine deve abbandonare il criterio dell’interesse e introdurre uno standard, cioè un elemento normativo, o per meglio dire deontico, e non ontico come l’interesse.

Mi sembra perciò del tutto giusto il giudizio di Wieacker sul naturalismo della giurisprudenza del secondo ottocento e, per la parte che lo concerne, sull’approccio di Jhering. Che cioè nella visione del tempo – così Wieacker – si finisce «con il perdere di vista che tutti i principi e concetti giuridici si fondano su norme e su complessi di norme e quindi sono affermazioni concernenti un dover essere giuridico e non un essere materiale»²³.

Ammiro dunque la sagacia con cui il Maestro di Aurich elaborando la regola – che nel quadro sapienziale del suo tempo non era data ed andava fissata – ha saputo formularla, tenendo conto degli elementi di fatto e delle ragioni che concorrevano a conformarla. Ma penso che incamminandosi per questa strada, come egli ha poi fatto con opere geniali come *La lotta per il diritto* e *Lo scopo nel diritto*, abbia contribuito – e certo molto – più alla sociologia giuridica, all’antropologia giuridica, insomma alle scienze sociali, che al diritto in sé. È attraverso questi approcci che il diritto, altrimenti cieco, vede. Ma non è in base ad essi che giudica.

²³ WIEACKER 1980, 128 s.

Riferimenti bibliografici

- FEMIA P. 2024. *Sei anni di cammino, sette di divenire. Rudolf von Jhering e la svolta nella scienza del diritto*, il Mulino.
- HECK P. 1933. *Die Leugnung der Interessenjurisprudenz durch Hermann Isay. Eine Erwiderung*, in «Archiv für die civilistische Praxis», 137, 1, 1933, 47 ss.
- LLOREDO ALIX L.M. 2013. *Rudolf von Jhering: Nuestra Tarea (1857). En torno a la jurisprudencia de conceptos: surgimiento, auge y declive*, in «Eunomía. Revista en cultura de la Legalidad», 2013, 234 ss.
- LOSANO M.G. 1972. *Prefazione*, in VON JHERING R. (ed.), *Lo scopo nel diritto*, Einaudi, 1972, VII ss.
- VIOLA F. 1974. *R. von Jhering e la conoscenza del diritto*, in ID., *Interpretazione e applicazione del diritto tra scienza e politica*, Edizioni Celup, 23 ss.
- VON JHERING R. 2024. *Le limitazioni della proprietà fondiaria*, Pacini Giuridica, (trad. it. di T. Perrot; ed. or. *Zur Lehre von dem Beschränkungen des Grundeigentümers*, Fischer, 1863).
- WIEACKER F. 1942. *Rudolf von Jhering. Eine Erinnerung zu seinem 50. Todestage*, Koehler & Amelang.
- WIEACKER F. 1959. *Rudolf von Jhering*, in ID., *Gründer und Bewahrer. Rechtslehrer der neuen deutschen Privatrechtsgeschichte*, Vandenhoeck & Ruprecht, 197 ss.
- WIEACKER F. 1980. *Storia del diritto privato moderno*, II, Giuffrè (trad. it. di S.A. Fusco).
- WIEACKER F. 1973. *Jhering und der "Darwinismus"*, in GOTTHARD P., DIEDERICHSEN U., CLAUS-WILHELM C. (eds.), *Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag*, Beck, 73 ss.
- WINDSCHEID B., MÜLLER T. 1954. *Polemica intorno all'actio*, Sansoni (trad. it. di E. Heinitz e G. Pugliese, ed. or. WINDSCHEID B., *Die "Actio" des römischen Civilrechts vom Standpunkte des heutigen rechts*, 1856).