

IGNACIO DE CUEVILLAS MATOZZI*

*Dottrina degli autori e giurisprudenza: una necessaria complementarità***

Sommario. - 1. Considerazioni preliminari. – 2. Rassegna storica. - 3. Panorama attuale. - 4. Giurisprudenza spagnola ed ispano-americana: alcuni esempi. - 5. Conclusioni.

1. *Considerazioni preliminari*

In primo luogo, è per me un onore ed al tempo stesso un piacere ritornare in questa prestigiosa Università della Campania “Luigi Vanvitelli”. Il suo attuale nome non solo incarna, ancora più, l'università in questo territorio casertano, ma ci porta alla memoria al nostro re spagnolo e napoletano Carlo III che fece costruire la Reggia di Caserta ed iniziò le grandi ricerche archeologiche napoletane ad Ercolano, Pompei, Stabia. Riordinò il complesso delle leggi napoletane, con il Codice Carolino cui lavorò una giunta composta, tra gli altri, dai giuristi Michele Cirillo e Giuseppe Aurelio di Gennaro, ed anche le normative fiscali con il Catasto Onciario di Bernardo Tanucci. Infine, ringrazio e saluto particolarmente le autorità accademiche e amministrative che hanno reso possibile questo convegno universitario.

L’approccio che voglio offrirvi si pone l’obiettivo di evidenziare l’importanza del lavoro dottrinale, il valore degli scritti dei giuristi, il suo utilizzo da parte della giurisprudenza, nell’ambito di un meccanismo di integrazione e di creazione del diritto spagnolo, e anche di tutta l’America Latina.

* *Professore titolare di Diritto Civile dell’Università di Cadice.*

** *Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del double blind peer-review. Conferenza tenuta il giorno 9 ottobre 2019 al I Congresso Internazionale “Giurisprudenza e dottrina: un matrimonio di convenienza”, tenutosi a Capua nell’Università degli Studi della Campania “Luigi Vanvitelli”.*

Qualunque collega giurista, avvocato o giudice, o anche uno studente di diritto, quando sente parlare della dottrina, dovrebbe rivolgere subito il pensiero alla sua stretta relazione con le fonti del diritto oppure, come segnalato da David Cienfuegos¹, al suo stesso ruolo di fonte del diritto.

Converrebbe dunque fare un breve ripasso di alcune nozioni classiche di dottrina, per comprendere ciò a cui ci stiamo riferendo con questo concetto, e per poter determinare in seguito se esso risulta veramente collegato con l'attività giurisdizionale.

Dal XIX secolo, con l'espressione "dottrina degli autori" ci si riferisce generalmente al parere dei giuristi su questioni giuridiche e alle relative soluzioni. José Manuel Lastra² afferma che la dottrina è costituita dai lavori di ricerca, sistematizzazione e interpretazione effettuata dai giureconsulti nelle loro opere, ed anche dagli studi scientifici che i giuristi realizzano in materia di diritto, sia allo scopo di una sistematizzazione puramente teorica, sia per interpretarne le norme e precisarne le regole di applicazione.

Da parte sua Carlos Muñoz³, che considera la dottrina come fonte diretta e mediata del diritto, segnala che «si tratta di una fonte elaborata per un intermediario o agente per fini scientifici ed in ordine al diritto; rimangono comprese in tale concetto, oltre alla letteratura in senso stretto, le opere dei trattatisti, commentatori, sintetizzatori privati, raccolte, repertori, antologia di fonti giuridiche, etc».

La norma giuridica enuncia un concetto generale e astratto; la giurisprudenza interpreta e applica questi concetti a casi particolari. Però la norma giuridica e la giurisprudenza non arrivano a descrivere interamente l'oggetto del diritto. La scienza giuridica tende a colmare questo vuoto, fungendo da nesso tra il presupposto generale della norma e la particolarità del caso sottoposto ai tribunali, mediante proposizioni giuridiche, che sono regole di diritto.

Dunque, le funzioni del legislatore e del giudice sono integrate grazie all'operato del giurista che completa il processo di formazione del diritto, non solo quando capta il

¹ V. D. CIENFUEGOS SALGADO, *La doctrina y la jurisprudencia. Reflexiones acerca de una relación indispensable*, en *Estudio en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz*, Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigadores Jurídicos, México, 2005, p. 75.

² V. J.M. LASTRA LASTRA, *Fundamentos de derecho*, McGraw-Hill, México, 1994, p. 42.

³ V.C. MUÑOZ, *Fundamentos para la teoría general del derecho*, Plaza y Valdés, México, 1996, p. 69.

fenomeno giuridico attraverso la norma, ma anche quando formula, descrive e concretizza la generalizzazione dogmatica, il principio generale, e quindi elabora il sistema per mezzo delle norme giuridiche e delle sentenze.

Planiol, al riguardo, osservava che la dottrina gioca nella scienza del diritto lo stesso ruolo dell'opinione pubblica in politica: colui che è molto importante, cioè, orienta l'interpretazione del diritto, e prepara, grazie al proprio lavoro critico e al valore dell'insegnamento, i cambiamenti nella legislazione e nella giurisprudenza.

Infine, con postulati identici, si esprime Ciuro Caldani⁴, che considera la dottrina giuridica come parte della legge positiva, aggiungendo che *“la dottrina giuridica copre le fonti di conoscenza, ma è anche una fonte materiale; sottolineando, infine, che l'uso delle fonti formali impone il salto costante alle fonti materiali, al fine di conoscere la loro fedeltà e accuratezza e rilevare l'adeguatezza che mantengono con la realtà sociale descritta”*.

2. Rassegna storica

Storicamente, alla dottrina scientifica venne concesso un valore vincolante, specialmente in ragione dell'autorità o del prestigio ad essa riconducibile, e della sua unanimità.

Solo il Codice Civile Svizzero erige la dottrina a fonte formale suppletiva, quando stabilisce, nel suo articolo 1: «La legge si applica a tutte le questioni giuridiche alle quali può riferirsi la lettera od il senso di una sua disposizione. 2 Nei casi non previsti dalla legge il giudice decide secondo la consuetudine e, in difetto di questa, secondo la regola che egli adotterebbe come legislatore. 3 Egli si attiene alla dottrina ed alla giurisprudenza più autorevoli».

Nell'antica Roma l'influenza della dottrina era fondamentale, e la dottrina e la giurisprudenza erano profondamente legate. La giurisprudenza si riferiva alla dottrina dei giureconsulti, cioè a coloro che conoscevano il giusto e l'ingiusto, per la loro speciale saggezza circa l'ordine legale e non per giudizi concordanti sullo stesso argomento.

Augusto concesse ad alcuni giuristi il potere legale di avviare consultazioni su questioni di diritto; questi giuristi, cioè, potevano fornire pareri particolarmente autorevoli, capaci di

⁴ V. M. CIURO CALDANI, *Derecho y Política*, Depalma, Buenos Aires, 1976, p. 89.

vincolare i giudici, pareri che, pertanto venivano considerati fonti di diritto. Quelli che avevano il *ius publice respondendi*, godevano di grande autorità davanti ai magistrati. Adriano stabilì che i dettami di questi giuristi avrebbero avuto forza di legge quando fosse esistito un accordo tra di loro, cioè, quando vi fosse stata unanimità.

Una situazione simile si riscontra nella Spagna dei Re Cattolici. L'autorità che arrivarono ad acquistare i postglossatori, specialmente italiani, e la mancanza di soluzioni legali a molti problemi, fece sì che nel 1499 venissero dichiarate obbligatorie le dichiarazioni di Bartolo da Sassoferrato, Juan Andres, Baldo degli Ubaldi e Nicolò Tedeschi, chiamato Panormitano, i quali erano i più autorevoli romanisti e canonisti. Tuttavia, questa misura fu abrogata dalla *Ley 1^a de Toro*, nel 1505.

3. *Panorama attuale*

Attualmente, non si può dire che la dottrina scientifica costituisca una fonte formale del diritto. Ciò nonostante, è una fonte materiale e indiretta, fonte di conoscenza di somma importanza in quanto valido strumento di interpretazione del diritto, con un ruolo indiscutibile nello sviluppo dello stesso.

In questo senso, il professor Gianola dell'Università di Torino afferma che la dottrina degli studiosi risulta essere fonte del diritto da due punti di vista. Innanzitutto la dottrina in Italia ha compiti non solo di studio ma anche di tipo didattico. Il professore non è solo colui che scrive il libro, ma anche colui che insegna diritto nelle aule universitarie. Può darsi che alcuni dei suoi studenti diventino magistrati e si trovino ad affrontare un problema per il quale non c'è una soluzione chiara nei codici. Ecco allora che a tali magistrati si presenta la possibilità di optare per le varie soluzioni studiate all'università. Quindi, attraverso la didattica, la dottrina vincola coloro che dovranno poi applicare le norme giuridiche al caso concreto⁵.

La dottrina svolge però anche un'attività di tipo saggistico giungendo, per questa via, a produrre indirettamente norme giuridiche.

Essa produce altresì materiali di lavoro dei quali il legislatore può tener conto nel momento dell'elaborazione del testo normativo o della sua riforma (v. ad esempio tutta la

⁵ A. GIANOLA, *L'integrità dai diritti nazionali al diritto europeo*, Giuffrè, Milano, 2008.

legislazione amministrativa spagnola degli anni 50, e la stessa relazione che portò alla redazione della Costituzione del 1978).

In questo senso, il preambolo della legge che disciplina la giurisdizione contenzioso-amministrativa del 1998 riconosce l'inestimabile eredità della dottrina: «Così, la legge sulla giurisdizione contenzioso-amministrativa del 1956 aprì una via necessaria, sebbene non sufficiente, per colmare le numerose lacune e limitazioni storiche del nostro Stato di diritto, opportunità che fu adeguatamente sfruttata da una giurisprudenza innovatrice, incoraggiata dallo spettacolare sviluppo che ha sperimentato la dottrina spagnola del diritto amministrativo». Si fa apprezzare inoltre l'umiltà del legislatore e la chiamata al giudice per rispettare la dottrina: «Inoltre, la riforma non solo si propone di rispondere alle sfide del nostro tempo, bensì per quanto sia possibile, e con la necessaria prudenza, guarda al futuro e introduce qua e là precetti e clausole generali che alla dottrina e alla giurisprudenza corrisponde dotare di contenuto preciso, col fine di migliorare il funzionamento della giurisdizione».

È altresì significativo che anche l'art. 1 della *Ley de Bases* del Codice civile del 1888 richiamasse la dottrina degli autori, affinché la si prendesse in considerazione per la stesura del codice civile, raccomandando di «raccolgere gli insegnamenti della dottrina nella soluzione dei dubbi suscitati dalla pratica», invito reiterato nella terza clausola addizionale del vigente Codice civile, in ordine ad eventuali future modificazioni.

4. Giurisprudenza spagnola ed ispano-americana: alcuni esempi

La magistratura spagnola ed ispano-americana ha sempre trovato modo di includere nelle proprie decisioni le voci delle dottrine nazionali e straniere. Di fatto, sarebbe un atto di superbia da parte dei giudici credersi autosufficienti, in grado di cogliere il significato, le virtù e i difetti della legge dalla sua mera lettura. L'art. 1.7. cod. civ., fa carico ai giudici di decidere tutte le controversie sottoposte alla loro cognizione, ma non ha proibito loro di consultare testi o di leggere articoli o saggi dottrinali. Una cosa è che non leggano gli articoli, altro è che gli sia vietato.

Resta il fatto che i giudici attingono alla dottrina degli autori in tutta la sua ampiezza (consultano articoli giuridici, manuali, frequentano conferenze), sia per rafforzare le proprie conoscenze specialistiche, sia per risolvere i casi giudiziari.

È vero che spesso i giudici nelle loro sentenze si dilungano in argomentazioni, ma omettono di citare gli autori alle cui opinioni fanno riferimento; oppure sono inclini a fare riferimenti generici ricorrendo ad espressioni quali “la miglior dottrina”, “la dottrina consolidata”, “la dottrina più avanzata”, ecc. Immagino che questa prassi abbia ragioni varie, quali ad esempio il disconoscimento dell’autore o l’irrelevanza della paternità intellettuale (il giudice è consapevole che gli viene chiesto di decidere motivando la propria decisione, ma che non interessa alle parti chi ha fornito l’apporto teorico per la sentenza), o ancora il rischio di rompere la “libertà del mercato accademico”, ecc.

Orbene, per mostrare come influisce la dottrina degli autori sulla giurisprudenza, e come questa si nutre, con garanzia di imparzialità, di solidi fondamenti per risolvere il caso concreto, valgano alcuni esempi nazionali e stranieri.

In materia di responsabilità civile la *Audiencia Provincial* di Madrid, qualche tempo fa (sent. 17 settembre 2014), metteva in evidenza in una sua sentenza la posizione conforme alla dottrina degli autori e della giurisprudenza, la quale afferma che l’ordinamento giuridico spagnolo consente al danneggiato l’esercizio cumulativo dell’azione *ex delicto* con l’azione penale, e a tale proposito segnalava: «L’esercizio congiunto di entrambe le azioni non è obbligatorio; il nostro ordinamento giuridico permette, come già detto, l’esercizio separato, successivo e, in qualche modo distinto, dell’azione civile e l’azione penale. La dottrina civile e processuale più autorevole (Gómez Orbaneja, De Angel Yaguez, Pantaleón Prieto, Yzquierdo Tolsada, Montes Penades , Vázquez Sotelo) ha criticato il diverso trattamento giuridico sostanziale e processuale che la giurisprudenza della Prima Sezione (civile) della Corte Suprema ha riservato alla responsabilità civile extracontrattuale e alla responsabilità civile *ex delicto*...». Intorno alla suddetta questione, Pantaleón Prieto, docente ordinario di Diritto Civile, ha sostenuto ripetutamente, analizzando la giurisprudenza amministrativa della Prima e Seconda Sezione della Corte Suprema, quanto segue: «[...] la cosiddetta responsabilità civile ‘derivante da reato’ e la responsabilità civile extracontrattuale hanno lo stesso fondamento (non è il reato il fondamento della prima, bensì, come quello

della seconda, il danno attribuibile al responsabile mediante il criterio adeguato di imputazione) e la stessa finalità (funzione puramente indennitaria; non è necessario assegnare né alla prima né alla seconda alcuna funzione penale). L'ordinamento, per ragioni di economia processuale e in base al fatto che 'ogni colpa penale' è 'colpa civile', abilita semplicemente il Giudice penale, nei casi di sentenza di condanna (o, eccezionalmente, nei casi previsti dall'articolo 20 del Codice Penale [articoli 118 e 119 del Codice Penale vigente], a pronunciarsi su questioni risarcitorie puramente civili. La duplice disciplina stabilita dai Codici civile e penale, che si spiega per ragioni storiche (la codifica penale precedette quella civile), non significa che esistano due azioni di diversa natura. Non siamo davanti a un concorso di azioni [...], ma davanti a un concorso di norme regolatrici di una sola pretesa [...]; e, pertanto, il Giudice, penale o civile, che decide sulla suddetta azione di responsabilità aquiliana unica può individuare (iura novit curia) la norma del Codice civile o penale sulla quale meglio si possa fondare la pretesa indennitaria del querelante. [...] In breve: aspettando la suddetta regolazione unitaria, si deve affermare in maniera precisa che non c'è ragione alcuna che giustifichi un regime giuridico differente tra la responsabilità civile 'derivante da reato' e la responsabilità civile extracontrattuale, semplicemente perché sono esattamente la stessa cosa (Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, núm. 3, septiembre/diciembre de 1983, pp. 793 y 794)».

In un'altra decisione (STS 9 luglio 1994), analizzando il tema complicato del nesso di causalità nella responsabilità civile, il *Tribunal Supremo* osserva: «Tra il comportamento dell'attore e il danno subito deve esistere una relazione di causalità, che costituisce un presupposto della responsabilità, di tale forma che la relazione di causalità deve rimanere provata. Come ha dichiarato la Prima Sezione della Corte Suprema, "costituirà sempre requisito ineludibile l'esigenza di una relazione di causalità tra la condotta attiva o passiva (azione o omissione) del convenuto e i danni prodotti, di tale forma che la responsabilità si annulli se il nesso causale espresso non ha potuto concretizzarsi, poiché è sconosciuta la causa dell'evento dannoso». Il danneggiato, pertanto, dovrà avvalorare necessariamente la connessione causale tra la condotta dell'attore e il danno subito. La dottrina ha osservato che «dato che la lettera dell'articolo 1902 sembra rendere responsabile il soggetto negligente di tutti i danni causati da una sua azione o omissione, e risultando ovvio che non avrebbe senso

renderlo responsabile di qualsiasi eventuale conseguenza della sua condotta, per lontana o inaspettata che sia, è comprensibile che hanno tentato di trovare un concetto giuridico di causalità, la cui applicazione eviterà un risultato tanto sconveniente»⁶.

In seguito, in occasione dell'impugnativa di alcuni accordi sociali, l'*Audiencia Provincial* de La Coruña (sent. 10 marzo 2008), in chiaro accordo con le posizioni della dottrina scientifica, dichiarò che «la dottrina degli autori afferma che non meritano la qualifica di termini processuali, ma di termini sostanziali, i termini disposti dalle leggi sostanziali affinché l'interessato, nel periodo di tempo di durata degli stessi, eserciti l'azione davanti agli organi giudiziari (parere assunto dalla maggioranza della dottrina processuale: v., tra gli altri, Garberí Llobregat, J., “Comentario a los artículos 130-136 de la LEC”, in “Los procesos civiles. Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil con formularios y jurisprudencia”, vol. II, Ed. Bosch, Barcelona, 2001, p. 88). Nello stesso senso, tra i civilisti, Díez-Picazo, “Comentarios a las reformas del CC”, vol. I, Ed. Tecnos, Madrid, 1977, pp. 272-273) e Yzquierdo Tolsada, “Comentario al artículo 5 del CC”, in “Comentarios al Código civil”, J. Rams, Coord., vol. I, Ed. J. M^a Bosch, Barcelona, 2000, p. 165)».

La giurisprudenza spagnola attinge inoltre, per elaborare le proprie decisioni, alla fonte di uno dei giuristi e maestri civilisti più eminenti del XX secolo, il sivigliano Federico De Castro. Quindi, in un tema come quello dello scioglimento di un matrimonio e della liquidazione del regime patrimoniale dei beni dove si dibatteva dell'applicabilità di una legislazione statutaria, i magistrati dell'*Audiencia Provincial* di Madrid (sent. 15 novembre 2011) dichiaravano quanto segue: «Questo progetto non è nuovo anche se la questione già è stata risolta da questo Ill.mo Tribunale Provinciale nella sentenza del 10 maggio 1993, nella quale, senza voler entrare in ripetizioni superflue, viene stabilito: “Così diceva Federico de Castro della sua validità: lo statuto del Baylio⁷ ha conservato il suo carattere statutario nonostante la clausola derogatoria finale del Codice Civile, perché aveva acquisito nel diritto civile antico una posizione privilegiata. E, conclude il suddetto autore, l'art. 12 del Codice Civile non

⁶ F. PANTALEÓN PRIETO, *Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación*, in *Centenario del Código Civil*, vol. II, Madrid, 1991.

⁷ In vigore in alcune città della regione dell'Extremadura e a Ceuta. Particolare costume che stabilisce un determinato regime economico matrimoniale, in base al quale tutti i beni dei coniugi, acquistati sia prima che dopo l'unione matrimoniale, diventano beni comuni e, in caso di divorzio o separazione, vengono equamente divisi tra le due parti.

intaccava gli statuti territoriali; anche gli statuti municipali e regionali ancora in territorio castigliano sfuggirono all'acquisizione del Diritto Comune, come tra gli altri il diritto consuetudinario coniugale costituito dallo Statuto del Baylio» (sent. 3/12/2002). E infine, analizzando un contratto di prestito, e la capacità di agire per la sua stipula, si rilevava che «Le incapacità giuridiche speciali e le interdizioni devono essere espresse nel corpo di legge e non possono essere né indotte né presunte. Tutte le prescrizioni limitative della capacità sono di interpretazione restrittiva. La presunzione in favore della capacità è iuris tantum, cioè si suppone la capacità fino a prova contraria (Federico de Castro y Bravo, Diritto Civile spagnolo, vol. II)».

L'influenza diretta della dottrina sulla giurisprudenza e successivamente sulla legislazione, in particolare sul potere di creazione del diritto dei giuristi, è rinvenibile nella decisione dell'*Audiencia Provincial* di Madrid del 14 giugno 2005, in tema di *leasing*, ove analizzando l'azione revocatoria per occultamento di beni si osserva che «l'inefficacia non può andare oltre quella strettamente necessaria per salvare il danno economico del creditore azionista. Su questo aspetto quantitativamente limitato dell'inefficacia revocatoria esiste una schiacciante unanimità dottrinale, e vi è consenso anche in giurisprudenza. Nella giurisprudenza più recente, si può ritrovare un riferimento al carattere quantitativamente limitato dell'inefficacia revocatoria, e in fine, della misura cautelare: la sentenza TS del 28 novembre del 1997, RA 8430, afferma che “quando si esercita l'azione rescissoria con la tutela degli articoli 1111 e 1291 e successivi del Codice Civile, si deve tenere in conto solo il possibile danno del credito del creditore azionista, e per questo solo per lui sarà di beneficio la rescissione che, nel suo caso, si decreta in una misura sufficiente per sanare il danno da lui subito”. Come afferma Jordano Fraga, nel suo libro “L'acciòn revocatoria o pauliana” il primo compito, dunque, per applicare il riferito limite quantitativo, è quello di fissare il valore economico del danno del creditore azionista, ossia l'importo del credito che sia anteriore all'atto impugnato e che deve ancora essere pagato.

L'altro fattore che insieme alla quantità del danno economico del creditore attore deve essere tenuto in considerazione per fissare, in ogni caso, il valore quantitativo dell'inefficacia revocatoria, e infine quella della misura cautelare, è il valore dell'oggetto dell'atto pregiudizievole impugnato, ossia il valore del bene alienato. Ma, come afferma Jordano Fraga

“è sufficiente che la quantità del danno economico del creditore azionista sia inferiore al valore dell’oggetto dell’atto impugnato, affinché l’inefficacia di questo atto rispetto al creditore si limiti a questa cifra inferiore [...] è la sentenza revocatoria quella che stabilisce l’inefficacia, relativa e limitata, dell’atto debitorio impugnato; sarà questa stessa sentenza che, alla luce delle prove assunte nel giudizio revocatorio, determinerà la cifra del danno economico del creditore azionista, e, in riferimento ad essa, il valore quantitativo esatto dell’inefficacia dell’atto concretamente impugnato. Risulta quindi evidente che, se l’oggetto dell’alienazione impugnata è costituito da vari beni, il cui valore totale è sensibilmente superiore al valore del danno economico del creditore azionista stabilito dalla sentenza revocatoria, la limitazione quantitativa di questa condiziona la posizione del creditore azionista [...] il quale non potrà mai ottenere una cifra superiore a quella del danno economico».

Questo modo di procedere, come già si segnalava, non è sconosciuto alla giurisprudenza ispanoamericana di indubbia tradizione romanista. Solo due esempi, per non dilungarmi, illustrano questo procedimento:

In data 27 settembre 2012, la sala 1 della Camera Nazionale d’Appello civile di Buenos Aires, in materia di convegno di liquidazione della società lucrativa riferiva: «un punto che da tempo sta occupando la dottrina e la giurisprudenza è quello della possibilità per i coniugi di stringere accordi di liquidazione della società coniugale. È innegabile che è possibile stringerli dopo aver emesso la sentenza di separazione personale o di divorzio, dunque la società coniugale già è sciolta e non incontra i divieti degli art. 1218 e 1219 del Codice Civile. È però innegabile che gli accordi di liquidazione della società coniugale non possono essere stabiliti quando vige ancora il contratto matrimoniale, prima dell’avvio delle azioni finalizzate alla dichiarazione di divorzio o della separazione personale (conf. Borda, Guillermo, “Trattato di Diritto Civile”, vol. 1, p. 342)».

Alcuni anni prima, la *Sala Plena* della Corte costituzionale della Colombia, nell’ambito di un giudizio di incostituzionalità degli art. 3, 46 e 48 della legge 472 del 1998 sull’esercizio di azioni popolari e di gruppo (sent. 8 giugno 2004), affermava: «Tuttavia, la Corte ha dichiarato che la nozione di “condizioni uniformi” rispetto alla stessa causa, propria del regime legale di azioni di gruppo, dovrebbe essere interpretato in conformità con la

Costituzione, come elemento strutturale di responsabilità. La considerazione di base qui non è nuova: la nozione di causalità o di nesso causale deve essere interpretata in conformità con il principio di effettività dei diritti; considerazione questa, che è legata alla necessità che il giudice dell'azione del gruppo verifichi la natura degli elementi di responsabilità, non solo attraverso il prisma della sua realtà naturalistica, ma anche attraverso le sue implicazioni nella società post-industriale e la concezione solidale della Carta (CP art 1). Ciò significa che, in accordo con la moderna dottrina di responsabilità extracontrattuale, l'elemento di causalità non debba essere studiato come un fenomeno puramente naturale, ma essenzialmente giuridico, e allo stesso modo, che le particolarità degli interessi che sono protetti (interessi di gruppo con oggetto divisibile) e dei fatti dannosi (in generale diversi e complessi) obblighino a una particolare interpretazione di questo elemento della responsabilità, secondo la nota esigenza legale dell'esistenza di condizioni uniformi (per lo sviluppo di questa tesi si veda Ignacio Cuevillas Matozzi "La relación de causalidad en la órbita del derecho de daños", Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, p. 54 ss.)».

5. Conclusioni

Ora, i diversi esempi menzionati dimostrano che la dottrina e i criteri elaborati dagli studiosi del diritto rappresentano elemento fondamentale e decisivo per la costituzione di un diritto vivo e reale: a) in quanto ispirano la sua creazione apportando idee e soluzioni per il futuro; b) in quanto promuovono criteri per l'interpretazione e/o la applicazione corretta e adeguata della norma giuridica; c) in quanto migliorano l'applicazione giudiziale fornendo modelli e opinioni critiche che conducono a una sua eventuale rettifica.

Quindi, non deve sorprenderci l'inclusione nella dottrina tra le fonti reali, da parte di Geny⁸, quando affermava che se l'attività teorica dei giuristi si presenta con maggiore garanzia di imparzialità al riparo da ogni considerazione relativa alle circostanze concrete e, al contrario, la sua funzione pratica, sempre immediata ai fatti, ha migliori possibilità di valutare la natura delle questioni e pensare alla loro soluzione con più precisione, la complementarità tra le due è ciò che porta il diritto alla sua completa realizzazione, e senza di esse, le leggi più dettagliate e consolidate in un testo formale rimarrebbero imperfette ed incomplete. Già

⁸ V. F. GENY, *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*, Reus, Madrid, 1902, p. 418.

Giovanni Nevizzano consigliava al giudice di cercare, prima di qualsiasi cosa, la *communis opinio doctorum* e, una volta trovata, attenersi.

Nel momento che stiamo vivendo dovremmo smettere di sostenere che l'attività accademica e scientifica è limitata a una funzione meramente descrittiva, perché in realtà svolge anche un'importante compito di indirizzo; in questo modo, nell'ordinamento giuridico spagnolo e nella grande maggioranza dei paesi del nostro contesto culturale, anche se i giudici se ne stanno in silenzio, per imperativo legale (es. in Italia)⁹, si attua la celebre affermazione di Sesto Pomponio, che si trova nel suo *Enchiridium*: «constare non potest ius, nisi sit aliquis iuris peritus per quem possit cotidie in melius produci» (il diritto non può esistere se non grazie a un giurista che giorno dopo giorno lo migliori, lo faccia progredire).

Tale importanza della dottrina degli autori è applicabile anche all'ambito giuridico-sociale a cui ha fatto riferimento l'ex giudice della Corte Costituzionale Italiana Gustavo Zagrebelsky, che scrisse al inizi degli anni 90, in riferimento ai giudici europei e alla preoccupazione che questi non stessero compiendo con responsabilità ciò che le nuove circostanze esigevano: «Nei paesi dell'Europa continentale, senza escludere nessuno, la passività prima che le esigenze di trasformazione che si impongono con forza nella magistratura, producendo un sentimento generale di insoddisfazione, i giudici non stanno rispondendo alle aspettative che la società ripone in loro»¹⁰.

E in questo campo, a mio giudizio, torna a giocare un ruolo importante anche la dottrina, con le sue analisi giuridico-sociali e cercando soluzioni adatte ai problemi che affliggono la nostra società, offrendo alla giustizia una interpretazione realista e giusta del diritto. Pensiamo al tema dello sfratto in Spagna, a come si impone l'applicazione della “dazione in pagamento” per evitare che le persone, una volta consegnato il bene che in quel momento era sopravvalutato, debbano successivamente subire un'ipoteca. I giudici non possono vivere in una sfera di cristallo, isolati dai problemi sociali.

⁹ L'articolo 118 delle disposizioni di attuazione del c.p.c. italiano fa divieto al giudice di citare nella sentenza autori giuridici; tuttavia la norma non prevede sanzioni, e la sua violazione non integra ad ogni modo alcun vizio del provvedimento giudiziale.

¹⁰ G. ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 11. ed., Trotta, Madrid, 2018.

In questo contesto viene segnalato da Nicolò Lipari¹¹ che la teoria e la pratica giuridica incontrano una necessaria integrazione. Davvero la scienza – assunta nella pienezza della sua dimensione teorico-pratica – è l'unica vera fonte del diritto. In conclusione, non appare concepibile un diritto che non sia giurisprudenziale, che non si formi grazie alla riflessione casistica operata dai giuristi¹², ed anche lo statuto della Corte Internazionale di Giustizia all'art. 38 rinvia alla dottrina degli autori più qualificati delle varie nazioni, come mezzo sussidiario per la determinazione delle norme giuridiche.

Spero, ancora una volta, di essere riuscito a convincervi di questa relazione indispensabile che oggi deve esistere tra la dottrina e la giurisprudenza.

Abstract

The doctrine of the jurists, although it could not be considered a formal source of Law, takes on a fundamental role in the creation, the progressive development, and the reform of the law. All of this occurs through its teachings and works, with the formation of those jurists that will be future legislators and judges. Furthermore, many legislative reforms are due to the doctrine, as it acts as a force that generates legal judgements and affects the conscience of the legislators so that they understand the necessity of reform on the way to shaping social reality in a determined moment. Thus, its decisive influence in the field of law is given by the *auctoritas* of its authors, jurists, universities, and centers that promote study and practice of Law.

Cadice, novembre 2020.

¹¹ N. LIPARI, *Dottrina e giurisprudenza quali fonti integrate del diritto*, in *Jus Civile*, 2016-4, Torino, p. 298.

¹² V. G. GILIBERTI, *Elementi di storia del diritto romano*, Torino, Giappichelli, 2001, p. 84.