

MARCO SPERANZIN

UN'ESPERIENZA GIURIDICA: PER UN NUOVO ORDINE DELLE FONTI DEL DIRITTO COMMERCIALE *

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il ruolo (limitato) della consuetudine. – 3. Il diritto giurisprudenziale: il precedente giudiziario. – 4. (Segue). La ricerca scientifica e la dottrina notarile. – 5. (Segue). Il diritto transnazionale (con particolare riferimento all'utilizzo del diritto straniero). – 6. Altre fonti private.

1. Il tema delle fonti c.d. private o non politiche o extra-positive del diritto ha vissuto una delle fasi di maggiore fascino nel periodo storico medioevale che portò allo sviluppo, per alcuni tratti autonomo, del ramo del diritto di cui in prevalenza ci si occuperà, quello commerciale¹ (o, come forse sarebbe più opportuno dire, del diritto privato dell'attività economica²); un'autonomia (rispetto al diritto civile) tuttora molto discussa, sia dal punto di vista della legittimazione politica che del metodo, come pure delle categorie sistematiche (con particolare riferimento al rilievo da attribuirsi, al fine della costruzione di queste ultime, all'attività d'impresa)³. Dal particolare punto di vista delle fon-

*Il lavoro trova origine in una relazione nell'ambito di un convegno sulle fonti tenutasi presso la Corte d'Appello di Venezia; il titolo, richiamando lo schema interpretativo dell'esperienza giuridica, si riporta alle considerazioni sullo sviluppo storico delle fonti di P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, 1997, 22 ss.

¹ V. per tutti ancora P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, cit., 128 ss. e 225; U. SANTARELLI, *Mercanti e società tra mercanti*³, Torino, 1998, 49 ss.

² Così G.B. PORTALE, *Dal codice civile del 1942 alle (ri)codificazioni: la ricerca di un nuovo diritto commerciale*, in corso di pubblicazione in *Riv. dir. comm.*, e letto per la cortesia dell'Autore, al termine di un'ampia panoramica delle codificazioni anche in forma di progetto.

³ V. di recente, anche per tutti i riferimenti, G. OPPO, *Diritto civile e diritto commerciale*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, I, 221 ss.; G.B. PORTALE, *Il diritto commerciale italiano alle soglie del XXI secolo*, in *Riv. soc.*, 2008, 1 ss.; S. DELLE MONACHE, "Commercializzazione" del diritto civile (e viceversa), in *Riv. dir. civ.*, 2012, I, 489 ss.; M. LIBERTINI, *Diritto civile e diritto commerciale. Il metodo del diritto commerciale in Italia*, in *Riv. soc.*, 2013, 1 ss.; C. ANGELICI, *La società per azioni. Principi e problemi*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 2012, 10 ss. Per analogia discussione in Germania v. P.O. MÜLBERT, *Einheit der Methodenlehre? – Allgemeines Zivilrecht und Gesellschaftsrecht im Vergleich*, in *AcP*, 2014, 188 ss.

ti, l'autonomia del diritto commerciale ha sempre avuto evidenza: basti ricordare che, a differenza di quanto dispone attualmente l'art. 1 delle disposizioni sulla legge in generale, l'art. 1 del codice di commercio del 1882 attribuiva valore preminente, dopo le leggi commerciali, agli usi mercantili rispetto alle leggi civili⁴; e che in larga parte veniva individuata quale fonte del diritto la natura delle cose o dei fatti intesa quale pratica mercantile⁵.

L'analisi della rilevanza delle fonti risulta necessariamente condizionata dal momento storico in cui viene condotta, e presuppone una scelta, esercitata in questa sede soprattutto da due punti di vista.

In primo luogo, la discrezionalità si manifesta nella determinazione di quali siano le fonti private⁶; non è, infatti, possibile verificare che cosa possa essere oggi qualificato quale fonte del diritto, né anteporre una (comunque parziale) classificazione generale delle stesse⁷. Si reputa in ogni caso generalmente condivisibile affermare l'esistenza di un nuovo attuale *assetto pluralistico delle fonti*⁸, nonché di un *nuovo diritto privato* prodotto da privati⁹, considerando, *da un lato*, e come meglio si vedrà, che vi è una concorrenza tra fonti interne e sovranazionali, statali e private, e che, *d'altro lato*, in particolare in un momento di disordine si-

⁴ Cfr. per tutti C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale. Vol. I. I commercianti*⁵, Milano, 1922, 48 ss.; T. ASCARELLI, *Corso di diritto commerciale. Introduzione e teoria dell'impresa*³, Milano, 1962, 127 ss. Per una valutazione v. G. CIAN, *Diritto civile e diritto commerciale oltre il sistema dei codici*, in *Riv. dir. civ.*, 1974, I, 537 ss.

⁵ Cfr. C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale. Vol. I. I commercianti*², cit., 68 ss.; A. ASQUINI, *La natura dei fatti come fonte del diritto*, in *Arch. giur. Serafini*, 1921, 129 ss.; L. MOSA, *I problemi fondamentali del diritto commerciale*, in *Riv. dir. comm.*, 1926, I, 236 ss.; in senso critico A. SCIALOJA, *Le fonti e l'interpretazione del diritto commerciale*, in *Annali dell'Università di Perugia*, 1907, n. 36. Di recente v. la ricostruzione e i riferimenti di L. PELLICCIOLI, *La "natura delle cose" nel diritto commerciale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2013, 601 ss.

⁶ In particolare intendendo quelle estranee alle leggi e ai regolamenti governativi, mentre si farà qualche riferimento alle fonti secondarie diverse dai regolamenti governativi: v. *ultra*, n. 6.

⁷ V. per tutti di recente per un quadro generale N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Torino, 1993, 173 ss.; R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, in *Trattato Cicu-Messineo*, continuato da Mengoni, Milano, 1998, 57 ss.; N. LIPARI, *Le fonti del diritto*, Milano, 2008, 20 ss.; la *Prefazione alla seconda edizione* del volume di A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*², in *Commentario Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 2011, in particolare LXIV ss.; M. SICLARI (a cura di), *Il pluralismo delle fonti previste dalla Costituzione e gli strumenti per la loro ricomposizione*, Napoli, 2012, 3 ss.; A. MORRONE, *Fonti normative*, Bologna, 2018, 23 ss.

⁸ Cfr. sul pluralismo delle fonti, anche per ulteriori riferimenti, P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, cit., 229 ss.; v. anche di recente J. KRYNEN, *Le théâtre juridique. Une histoire de la construction du droit*, Parigi, 2018.

⁹ Cfr. ancora P. GROSSI, *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, in *Foro it.*, 2002, V, 156 ss.; più di recente T.E. FROSINI, *Diritto comparato e diritto globale*, in *Diritto: storia e comparazione. Nuovi propositi per un binomio antico*, a cura di M. BRUTTI-A. SOMMA, Berlino, 2018, 209 ss.

stematico, è accresciuto il ruolo del precedente giudiziario nella partecipazione al processo di produzione del diritto (c.d. giurisprudenza normativa). In questa sede, pertanto, è possibile soffermarsi solo su alcune delle fonti non legislative del diritto commerciale (per lo più fonti-fatto o fatti normativi¹⁰), che sono ritenute compatibili rispetto al diritto statale¹¹, e delle quali si intende verificare la rilevanza nella giurisprudenza e nella prassi: in particolare, dopo alcuni cenni alla consuetudine, verranno esaminati: il precedente giudiziario; la ricerca scientifica e le massime notarili; il diritto transnazionale; le vere e proprie fonti private (norme tecniche; codici di condotta o di disciplina; statuti e patti parasociali).

In secondo luogo, e ciò rappresenta un ulteriore ambito di discrezionalità che si utilizza nella perimetrazione tematica, occorre considerare la difficoltà di individuare una nozione di diritto commerciale che risulti onnicomprensiva o comunque idonea a consentire un discorso unitario sulle fonti. Il diritto commerciale, inteso quale complesso normativo relativo all'impresa come attività organizzata e non come diritto dei singoli atti, è considerato, già lo si ricordava, un settore che, per alcuni, è tale da rivendicare, rispetto al diritto applicabile ai proprietari non imprenditori, un'applicazione di norme differenziate¹²; secondo altri, richiede altresì la creazione di categorie concettuali necessariamente diverse da quelle del diritto civile generale¹³. In ogni caso, la nozione di diritto commerciale risulta (anche radicalmente) diversa nei vari ordinamenti: ad esempio nel diritto inglese ricomprende principalmente il diritto dei contratti commerciali e dei titoli negoziabili; nel diritto tedesco il vero e proprio *Handelsrecht* non comprende l'intero diritto societario o quello industriale¹⁴. Inoltre è una nozione mobile, mutevole nel tempo (es.: il diritto marittimo vi faceva storicamente parte; dopo il 1942, a seguito dell'autonoma codificazione, non ne è più, invece, considerato parte), e caratterizzata da una progressiva e accentuata specializzazione, la quale a sua volta ha prodotto ef-

¹⁰ A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*², cit., 171 ss., ove analisi delle conseguenze di tale qualificazione.

¹¹ Sulla compatibilità delle fonti private rispetto al diritto statale si concentra l'analisi di M. LIBERTINI, *Le fonti private del diritto commerciale. Appunti per una discussione*, in *Riv. dir. comm.*, 2008, I, 610 ss., il quale ne afferma la piena compatibilità.

¹² V., anche per ulteriori riferimenti, G.B. PORTALE, *Il diritto commerciale italiano alle soglie del XXI secolo*, cit., 11 ss.

¹³ V. già L. MOSSA, *I problemi fondamentali del diritto commerciale*, cit., 236 ss.; successivamente in particolare P. FERRO-LUZZI, *I contratti associativi*, Milano, 1971; di recente C. ANGELICI, *La lex mercatoria e il problema dei codici di commercio*, in *Giur. comm.*, 2010, I, 372 ss.

¹⁴ Cfr. C. ANGELICI, *La lex mercatoria e il problema dei codici di commercio*, cit., 362; G.B. PORTALE, *Il diritto commerciale italiano alle soglie del XXI secolo*, cit., 2 ss.; ID., *Dal codice civile del 1942 alle (ri)codificazioni: la ricerca di un nuovo diritto commerciale*, § 1 ss.

fetti negativi sull'autonomia dello stesso diritto commerciale inteso come disciplina unitaria¹⁵.

Si è quindi operata la scelta di occuparsi, all'interno del diritto commerciale, delle fonti del diritto societario, per quanto facendo riferimento non solo, come spesso accade, alle società di capitali (in relazione alle quali si presterà particolare attenzione alla s.r.l.¹⁶); ma anche alle società di persone¹⁷. In questi ambiti, infatti, la mancanza di un processo di armonizzazione europea lascia spazio *da un lato* ad un maggior numero di interventi legislativi, anche molto recenti¹⁸; *d'altro lato*, e in conseguenza anche di ciò, ad una maggiore circolazione dei modelli¹⁹.

La rilevanza del momento storico nella definizione delle fonti (e per quanto qui interessa: private o extra-positive) si riflette, come noto, non solo nell'ambito del diritto commerciale ma, per quanto qui interessa, nell'ambito dell'intero diritto

¹⁵ V. F. D'ALESSANDRO, *Relazione di sintesi*, in 1882-1982. *Cento anni dal codice di commercio*, Giuffrè, Milano, 1984, 291 ss.; v. anche F. DENOZZA, *Norme, principi e clausole generali nel diritto commerciale: un'analisi funzionale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, 379 ss.

¹⁶ In quanto con riferimento ad esse, e a differenza delle s.p.a., non si applicano molte delle direttive europee comunitarie in materia societaria, che costituiscono la base del processo di armonizzazione all'interno dell'Unione europea; processo che, peraltro e come noto, è per lo più di armonizzazione minima, con rilevanti problemi interpretativi sul ruolo delle fonti: v. in generale J. KÖNDGEN, *Die Rechtsquellen des Europäischen Privatrechts*, in K. RIESENHUBER (Hrsg.), *Europäische Methodenlehre*³, Berlin-München-Boston, 2015, 111 ss.; con specifico riferimento al diritto societario K. KROLOP, *Europäisches Gesellschaftsrecht*, ibidem, 426 ss.; S. GRUNDMANN, *Europäisches Gesellschaftsrecht*², Heidelberg-München, 2011, 8 ss., che plaude (v. 33, Rn. 75) alla limitazione dell'armonizzazione alla sola s.p.a., in virtù della concentrazione dell'investimento e del ruolo imprenditoriale dei soci nella s.r.l.; M. HABERSACK-D.A. VERSE, *Europäisches Gesellschaftsrecht*⁴, München, 2011, 47 ss.; nella dottrina italiana v., per tutti, M. BENEDETTELLI, *Introduzione al diritto internazionale privato ed europeo delle società*, e L. ENRIQUES-A. ZORZI, *L'armonizzazione europea del diritto degli Stati membri in materia societaria: profili generali*, in *Diritto societario europeo e internazionale*, diretto da M. BENEDETTELLI-M. LAMANDINI, Milanofiori Assago, 2017, rispettivamente 22 ss. e 179 ss.

¹⁷ Del resto anche dal punto di vista storico, che come si è detto e si dirà è uno dei profili fondamentali in una qualunque analisi delle fonti, si tende a ridurre la rilevanza della contrapposizione tra le due classi di società: v. U. SANTARELLI, *Mercanti e società tra mercanti*³, cit., 125 ss.

¹⁸ Cfr., per riferimenti, con riferimento alla s.r.l. G.B. PORTALE, *La parabola del capitale sociale nella s.r.l. (dall'"importancia quasi-sacramental" al ruolo di "ferro vecchio"?)*, in *Riv. soc.*, 2015, 815 ss.; A. BARTOLACELLI, *Armonizzazione, concorrenza e convergenza tra ordinamenti: evidenze dal diritto delle società a responsabilità limitata in Europa e in Italia*, in *Percorsi di diritto societario europeo*³, a cura di E. Pederzini, Torino, 2016, 139 ss.; con riferimento alle società di persone v. M. SPERANZIN, *La responsabilità dei soci per le obbligazioni sociali: profili sostanziali e concorsuali*, in *Riv. dir. fall.*, 2017, I, 313 ss.; sottolinea la mancanza di una ricostruzione storica comparata del diritto europeo delle società di persone H. FLEISCHER, *Auf den Spuren des römischen Erbes im modernen Personengesellschaftsrecht: ein historisch-vergleichender Streifzug*, in *JZ*, 2019, 53 ss.

¹⁹ Sul fenomeno della circolazione dei modelli è d'obbligo il riferimento a R. SACCO, *Circolazione e mutazione dei modelli giuridici*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ., II*, Torino, 1988, 365 ss.