

Marco Cian

# La scienza del diritto commerciale

Appunti sul metodo

TRACTATUS DE  
MERCATV=

RA SEV MERCATORE  
CLARISSIMI I. C. BENVENUTI  
STRACCHAE, PATRITII ANCO-  
NITANI, COMITIS, EQVITISQVE.  
ACCESSIT NVNC PRIMVM EIVSDEM



Giappichelli

## INTRODUZIONE

*Questo breve manuale introduttivo si rivolge specialmente agli studenti dei corsi di diritto commerciale o ai giovani laureati che, conoscendo i fondamenti istituzionali della materia, si accingano ad approfondirne lo studio nella prospettiva di una più consapevole comprensione e di una meditata e rigorosa applicazione. Esso ha lo scopo di guidarli oltre il mero nozionismo e l'apprendimento elementare dei testi legislativi, verso l'acquisizione di un metodo (o, almeno, di un atteggiamento) appropriato per l'analisi degli enunciati normativi e degli istituti che compongono questo settore dell'ordinamento e verso la loro interpretazione ed integrazione secondo adeguati schemi razionali.*

*Normalmente lo studio della metodologia della ricerca giuridica è riservato all'ambito della filosofia del diritto. Tuttavia ogni giurista che si occupi di diritto positivo (sul piano della ricerca scientifica come su quello professionale) è chiamato a compiere quotidianamente un'attività di interpretazione e di integrazione della legge, che egli svolge o dovrebbe svolgere, consapevole o no che ne sia, secondo certi criteri metodologici. Poiché non si tratta di un'attività meccanica o meramente intuitiva, bensì di un'attività in cui si esprimono qualità intellettuali e valutative determinanti, la coscienza del metodo (della forma che l'esercizio di tali qualità assume) è bagaglio essenziale di essa. Allo studioso del diritto commerciale che si appresta a lasciarsi alle spalle il tempo della formazione di base e dell'apprendimento delle nozioni fondamentali della materia non può dunque mancare la comprensione di questi criteri.*

*Il manuale non ha però come obiettivo quello di compendiare le diverse teorie dell'interpretazione oggi diffuse, né quello di tracciare una storia della scienza giuridica (il che rappresenterebbe oltretutto un fuor d'opera, per il lettore e per l'autore). Lo scopo essendo invece quello di fornire, per l'appunto, una guida, si sono privilegiate certe linee di pen-*

siero, mentre ad alcuni argomenti si è accennato solo sommariamente e superficialmente e altri sono stati del tutto omessi. Il lettore deve essere cosciente del fatto che, in uno scenario in cui quelle teorie vengono declinate secondo diverse prospettive e la prassi mostra numerose sfumature, le pagine che seguono oscillano tra l'esposizione dell'essere e quella del dover essere dell'attività del giurista, inclinando in definitiva decisamente per quest'ultimo corno del binomio; e pure del fatto che l'insegnamento proposto, a proposito del diritto commerciale, è fondato sulla propria (dell'autore) esperienza quale studioso di questa materia e sul proprio convincimento scientifico. Nella misura in cui dunque l'interpretazione non è un'attività vincolata da ragioni logiche o legislative, né ci si vuole accontentare di censire gli orientamenti della letteratura e della prassi, questo insegnamento riflette fatalmente e volutamente un pensiero e una posizione personali.

Fissate tali finalità e la vocazione di questi appunti a costituirsi come premessa didattica di un discorso poi tutto di diritto positivo, concisione e, talvolta, apoditticità dell'esposizione sono state una scelta intenzionale. Anche il corredo bibliografico che interseca i diversi capitoli, di conseguenza, non ha alcuna pretesa di rappresentatività (men che meno di completezza); per mezzo di esso si è semplicemente offerta allo studente qualche indicazione attraverso la quale approfondire eventualmente i profili di volta in volta trattati e per questa ragione i riferimenti sono fortemente sbilanciati sulla letteratura in lingua italiana (con qualche omaggio ai maestri del diritto commerciale).

Nell'ottica che si è prescelta, è parso poi importante enfatizzare specialmente il carattere di rigosità e di scientificità dell'attività del giurista positivo (una affermazione del diritto come scienza, che costituisce anzi il movente e il filo conduttore di queste pagine), carattere che più difficilmente viene colto dal profano, come pure dallo studente in formazione, cui l'università sfortunatamente spesso chiede un apprendimento mnemonico, che ancor più spesso lo studente traduce in un apprendimento passivo ed acritico. Neppure sotto questo profilo ci si è soffermati troppo sui fondamenti epistemologici, e in particolare sul concetto di scienza in generale e sulla storia del pensiero filosofico in merito alla natura della ricerca giuridica; il lettore più esigente e sofisticato troverà quindi senz'altro fortemente lacunoso e assai poco "scientifico" il giudizio esposto in queste pagine; in fin dei conti, il concetto stesso di scienza è lasciato più all'intuizione che all'analisi, e riconosco che la conclusione che qui si trae in proposito la si potrebbe da

*qualcuno considerare condizionata maggiormente dalla volontà dell'autore di rivendicare il proprio ruolo culturale e sociale (quantomeno: un certo modo di intenderlo), che non da un'accurata indagine sull'idea di scienza in sé. Ad ogni modo, anche a tale riguardo, lo studente troverà tra le pagine alcuni spunti bibliografici attraverso cui, se lo vorrà, potrà revocare in dubbio la conclusione che in esse si avanza.*

*Questa voluta ricostruzione del discorso attorno alla natura della ricerca giuridica ha indotto d'altra parte a lasciare in ombra ulteriori aspetti che, in una prospettiva di maggiore ampiezza, avrebbero dovuto probabilmente trovare spazio in una introduzione più completa al metodo del giurista positivo, specialmente proprio di quello che si occupa di diritto commerciale: in particolare ciò riguarda la crucialità, che già Cesare Vivante rimarcava, delle competenze in campo economico e in tutti gli ambiti tecnici e scientifici a cui il dato legislativo si riferisce, in molti casi richiamando esso stesso quelle competenze (basta pensare alla contabilità d'impresa o alla disciplina delle crisi). L'impossibilità di concepire l'interpretazione della legge come ricerca autosufficiente e chiusa a qualsivoglia interazione con gli altri saperi emergerà a più riprese nelle pagine che seguono, ma non sarà trattata distintamente e di conseguenza non ne saranno affatto trattate tutte le implicazioni.*

*Ogni passaggio argomentativo svolto nel testo è infine accompagnato da esempi che si rifanno al materiale normativo del diritto commerciale (italiano). La comprensione di questi esempi presuppone dunque nel lettore una sia pur minima conoscenza della materia, sufficiente almeno per inquadrare la disposizione o l'istituto di volta in volta richiamati.*



*La posizione del problema.  
La sapienza giuridica:  
erudizione? scienza? creatività?*

Al giovane che si accosta agli studi giuridici potrebbe essere utile sottoporre preliminarmente un brevissimo quesito, chiedendogli di rispondervi con spontaneità e senza effettuare alcun tipo di ricerca propedeutica. La domanda potrebbe suonare grossomodo così: “Il diritto è una scienza?” Sarebbe evidentemente importante invitarlo anche a motivare la propria risposta.

Ho somministrato un questionario intorno a questo tema, senza alcuna pretesa di raccogliere dati statisticamente rilevanti, alle studentesse e agli studenti magistrali di Economia e a quelli della Scuola di Giurisprudenza. Il questionario verteva sul Diritto commerciale (quello era il corso frequentato: il “Diritto commerciale” istituzionale per gli studenti di Giurisprudenza, il “Diritto commerciale avanzato” per Economia), ma il senso degli interrogativi proposti avrebbe potuto riguardare qualsiasi altro settore giuridico, proprio come buona parte di quanto in queste pagine si dirà è replicabile per gli studi giuridici in generale e non concerne esclusivamente il diritto degli affari, sebbene in quest’ultimo ambito si sia in special modo sviluppata e si debba sviluppare una sensibilità particolarmente spiccata per le reciproche interconnessioni tra regola e realtà (economica) regolata, che invece in altre aree della ricerca giuridica rimane forse meno appariscente e meno determinante.

Il questionario era a onor del vero leggermente più articolato, anche se non si allontanava poi molto dal cuore del problema. Non ho chiesto solo se il diritto (commerciale) possa considerarsi una “scienza”. Volevo conoscere l’opinione degli studenti anzitutto sulla mia figura di professore universitario: non sul mio ruolo di insegnante, ma su quello di studioso, cioè di autore di opere di ricerca giuridica.

Lo studioso del diritto (commerciale) è uno scienziato? Ho suggerito anche alcune possibili alternative, confidando di non condizionare le risposte, ma semmai di chiarire il significato della domanda. È viceversa un erudito, cioè un conoscitore di norme? O piuttosto un pensatore che esprime essenzialmente la propria creatività, cioè un artefice di nuove soluzioni giuridiche, formulate sulla base della propria coscienza e consapevolezza spirituale?

Volevo poi conoscere la loro opinione sul ruolo del professionista e in particolare del giudice: uno scienziato anch'egli? Un tecnico, cioè un operatore chiamato ad applicare una regola data ad una situazione specifica? Per molti di essi, una domanda rivelatrice su ciò che si aspettavano dal proprio futuro.

Penso che questo potrebbe essere un buon esperimento da condurre anche con chi non si occupa in alcun modo di diritto. Le strutture socio-economiche contemporanee sono in effetti estremamente complesse e ogni relazione interpersonale tra i membri della comunità, come ogni condotta sociale, è sottoposta a regole; il diritto è, che ne siamo consapevoli o no, parte della nostra esistenza quotidiana, forse non in tutte le sue declinazioni (il diritto dello sport interessa solo alcune categorie di professionisti e di praticanti), ma per quel che riguarda almeno (ancorché, certamente, non solo) il diritto commerciale (che è il diritto dei rapporti economici, dunque della produzione, dei commerci, dei servizi e del sistema finanziario) la sua pervasività e la sua rilevanza nella vita di ognuno di noi sono indiscutibili (ogni volta che acquistiamo un prodotto alla cassa di un supermercato o da un artigiano, per esempio, o fruiamo dei servizi di connessione alla rete, accendiamo la luce di casa o preleviamo denaro allo sportello automatico, concludiamo un contratto o vi diamo esecuzione ed entriamo in relazione con un'impresa, secondo regole giuridiche date e decisamente articolate).

Gli esiti di un sondaggio di questo tipo sarebbero con buona probabilità interessanti. Sicuramente lo sono stati quelli del sondaggio condotto fra gli studenti. Naturalmente le risposte erano soggettivamente condizionate dall'idea che ciascun interpellato aveva di ciò che caratterizza una "scienza" come tale e in effetti un certo numero di quanti hanno classificato il diritto tra le scienze ha mostrato di avere di queste ultime un'opinione non molto distante da quella che, nei suggerimenti proposti, si avvicinava viceversa alla mia idea di erudizione (lo studioso del diritto è uno scienziato perché "conosce"

le leggi). Altri, per contro, hanno manifestato una posizione diametralmente opposta, muovendo da una concezione radicalmente positivista della scienza e tenendo la cultura giuridica al di fuori del suo perimetro perché l'attività del giurista non è sperimentale. In modo apparentemente paradossale, qualche altro studente, sulla base delle stesse premesse, ha viceversa annoverato il diritto tra le scienze argomentando dal fatto che il giurista osserva e indaga i fenomeni sociali e cerca soluzioni regolatrici, impegnandosi così in atti di sperimentazione non dissimili da quelli di chi si occupa di scienze naturali.

È chiaro che la domanda, se il diritto sia o no una scienza, è mal posta fin tanto che non si stabilisca un accordo sul significato del predicato. Ma non era questo che a me interessava. Mi premeva piuttosto cercare di capire cosa gli studenti pensassero della legge e della sua applicazione e di come proceda intellettualmente chi (il giudice, primo fra tutti) sia chiamato a stabilire quali norme regolino una determinata vicenda reale.

È a questo fine che avevo orientato le risposte, suggerendo, pur con una consapevole dose di approssimazione, le alternative dell'erudito, del tecnico e del creativo. Sotto questo profilo l'esito del sondaggio non mi ha sorpreso, mostrando una considerevole inclinazione verso queste ultime classificazioni (semmai, mi ha sorpreso la numerosità delle stesse anche tra gli studenti di Giurisprudenza, a testimonianza del fatto che, probabilmente, un corso universitario meno nozionistico e più attento a somministrare competenze metodologiche risulterebbe più valido e fors'anche più attrattivo; mentre la visione diffusa tra gli studenti delle materie economiche mi appariva più comprensibile, confermandomi peraltro della necessità di fornire anche ad essi adeguate basi metodologiche, per evitare la formazione di professionisti – non sono pochi quelli che si occupano poi di questioni giuridiche – scarsamente capaci di maneggiare i ferri del mestiere).

Per meglio accostarsi al problema, è utile prendere le mosse da una in particolare tra le idee emerse nelle risposte al questionario: quella dello studioso del diritto come un erudito, cui corrisponde la visione del giudice come un tecnico.

Prima di tutto, è però necessario rendere esplicita una premessa. Ogni interrogativo e ogni riflessione che vertano sulla natura della "sapienza" giuridica hanno valore solo relativo; questa infatti non

esiste come tale, ma solo come funzione di un determinato sistema di elaborazione e applicazione di norme; estremizzando, una comunità in cui la decisione su qualsiasi controversia fosse rimessa all'arbitrio del tiranno di turno o all'esito di una ordalia avrebbe ben poco da esprimere in termini di cultura giuridica come la possiamo intendere in rapporto ad un ordinamento moderno quale è quello al quale apparteniamo. E non è solo la questione della scientificità del diritto a manifestare carattere relativo; la stessa concezione della "sapienza" giuridica come erudizione e come tecnica suppone un dato tipo di ordinamento e non un altro (suppone l'esistenza di regole da conoscere e da applicare; nuovamente, in una comunità come quella sopra rappresentata nulla di tutto questo o ben poco sarebbe dato). La domanda se il diritto costituisca o no una scienza richiede pertanto di essere contestualizzata rispetto al modello giuridico che si intende prendere come riferimento.

D'altra parte la relatività ed anzi l'opacità sono tratti caratteristici del concetto stesso di diritto, attorno al quale il pensiero filosofico si arrovella alla ricerca dei suoi elementi fondanti e distintivi rispetto, in particolare, alla morale e al costume. Un classico della letteratura utopistica del Novecento (*The Dispossessed. An Ambiguous Utopia*, di U.K. Le Guin) rappresenta abilmente questa opacità, mettendo in scena una società apparentemente anarchica e priva di leggi e di autorità munite di poteri coercitivi, in cui il rispetto di un ferreo modello economico-produttivo è tuttavia efficacemente assicurato dal timore della disapprovazione e della conseguente emarginazione sociale che un comportamento "legalmente" lecito, ma socialmente non ortodosso, provocherebbe a carico del suo autore.

Per una sintetica e lucida riflessione sul concetto di diritto v. N. BOBBIO, *Diritto (I)*, in *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino, 1994, 59 ss.

Lasciando ad ogni modo alla filosofia il compito di cimentarsi in queste riflessioni, si può tornare al più circoscritto problema della natura dello studio del diritto, prendendo a riferimento il modello di ordinamento giuridico cui appartiene il sistema italiano, come tutti quelli dei Paesi dell'Europa continentale e l'ordinamento dell'Unione Europea come tale.

Anche una seconda precisazione va fatta. La materia giuridica può essere studiata da diverse prospettive. Quantunque in misura

parziale, le stesse risposte offerte dagli studenti al questionario loro somministrato mostrano questa polisemia (e una certa confusione sui compiti del ricercatore, anche se certo non generalizzata). Il diritto può essere indagato come fenomeno storico, cioè come sistema di corpi disciplinari vigenti e di istituzioni operanti in una data regione e in una data epoca. Ad esempio, l'esame delle migliaia di documenti incisi con i caratteri cuneiformi e risalenti alle civiltà succedutesi a partire dal terzo millennio a.C. nell'area mesopotamica e del Vicino Oriente (a partire dal celeberrimo Codice di Hammurapi, passando attraverso i blocchi normativi accolti nel Pentateuco biblico, per giungere ai testi contrattuali, amministrativi e d'altro contenuto disseppelliti durante gli scavi compiuti in epoca moderna) offre uno spaccato estremamente interessante e dettagliato, sotto il profilo storico, per la ricostruzione della realtà economica del tempo, rendendo testimonianza dell'antica elaborazione di operazioni negoziali a tutti noi ben note, come il prestito di denaro, la costituzione di società, la compravendita di terreni, la prestazione di servizi professionali. Il diritto può essere poi studiato, unitamente al concetto di giustizia, nella sua essenza di prodotto intellettuale e di espressione comunitaria dello spirito umano, cioè da un punto di vista filosofico. Oppure come fenomeno sociale, indagandone il ruolo nelle dinamiche relazionali, le condizioni della sua formazione e della sua attuazione, gli effetti, la percezione del suo valore nei diversi contesti, insomma da un punto di vista sociologico. Ogni norma giuridica o complesso di norme si presta inoltre ad essere valutata in un'ottica di politica del diritto, e così, da un punto di vista prospettico (in vista della sua elaborazione) o a posteriori (successivamente alla sua entrata in vigore), in base agli obiettivi perseguiti e agli effetti concretamente attesi o prodotti, contaminandosi allora l'analisi giuridica con numerose, altre discipline, come sono l'economia, la psicologia, la biologia, ancora la sociologia, e via dicendo.

Per un quadro delle diverse prospettive da cui il fenomeno "diritto" può essere indagato v. K. LARENZ-C.W. CANARIS, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, III ed., Berlin, 1995, 11 ss.

Alcune delle risposte ricevute dai miei studenti, a proposito delle ragioni per cui lo studio del diritto dovrebbe considerarsi scientifico, andavano esattamente in una di queste direzioni. In realtà io avevo in

mente altro: precisamente, lo *studio avente ad oggetto le disposizioni giuridiche come enunciati*, dunque la *determinazione del significato e della portata applicativa di un dato testo legislativo* e la *ricostruzione del trattamento giuridico di una data tipologia di eventi e situazioni*; e, nella prospettiva del professionista e del giudice in particolare, l'attività di applicazione delle stesse norme, che si potrebbe più genericamente definire di statuizione nel caso concreto.

Era della natura di questa "sapienza" e di questa attività che mi interessava cogliere la percezione che avevano gli studenti. Alla sua messa a fuoco sono dedicate le pagine che seguono.

Senza anticipare alcunché delle riflessioni che cercheremo di condurre, è bene concludere questa breve introduzione con una rivendicazione del valore di civiltà che deve essere riconosciuto al fenomeno che da millenni si manifesta in ogni società umana e che corre sotto il nome di "diritto".

Oggi questa sapienza non gode sempre di grande favore nell'opinione comune. Anche tralasciando la scarsa considerazione in cui la stessa comunità scientifica spesso tiene i giuristi, quasi a non comprendere o a non volersi sforzare di comprendere la natura dei loro studi, è diffuso un certo sentimento di diffidenza nei confronti della legge e di chi la pratica. La figura dell'Azzeccagarbugli manzoniano è notissima e rappresenta tutt'altro che una semplice e occasionale caricatura letteraria. Un'aura di pedanteria e di polvere circonda il giurista e talvolta un sentimento di sospetto o di disistima, come per un abile manipolatore di cavilli, che custodisce gelosamente un linguaggio oscuro e sa piegarlo al proprio interesse; oppure come per un ciarlatano, che si picca di essere perito di questioni in realtà alla portata di chiunque. Il confronto con il favore riservato all'arte e con la fiducia riposta nelle scienze naturali e in quelle di più moderna maturazione come le scienze economiche è impietoso: tutto ciò che compone l'universo giuridico gode di una fama generalmente modesta.

È, però, un'immagine profondamente ingenerosa e decisamente inesatta. La legge è fondamento della civiltà e del suo progresso, e nei confronti di essa, di chi l'ha scritta e di chi l'ha applicata la società umana è debitrice per molti dei traguardi che nei secoli ha raggiunto. L'esistenza di una disciplina delle relazioni comunitarie e delle azioni degli individui è testimoniata per iscritto sin dagli albori della storia (il Codice di Hammurapi, vecchio di quasi quattro mil-

lenni, non è neppure il testo giuridico più antico a noi pervenuto) e risale senz'altro alle culture precedenti; la civiltà greco-romana e poi l'Occidente europeo e nordamericano (per menzionare solo le esperienze a noi più vicine) hanno realizzato conquiste straordinarie, che sono state consacrate nella legge, attuate dai giudici, coltivate e promosse dai giuristi, conquiste che oggi si possono celebrare nei testi costituzionali moderni e nelle convenzioni internazionali che proteggono i diritti fondamentali della persona, sanciscono l'eguaglianza di ogni essere umano, garantiscono la democrazia. D'altro canto anche le discipline più tecniche, meno suggestive e senza dubbio riservate alla competenza degli esperti, come quelle che concernono i rapporti di famiglia, i mercati finanziari o i contratti con i consumatori, sono strumenti indispensabili per assicurare un ordinato e proficuo sviluppo dei processi economici, civili e amministrativi che si dipanano in una società complessa e fluida come quella contemporanea e non solo in questa; non è immotivata la fama che si meritò l'imperatore Giustiniano, il quale, nel VI secolo d.C., promosse la compilazione di un'opera monumentale, destinata a raccogliere e a riordinare l'intera sapienza giuridica romana (il *Corpus iuris civilis*) e a diventare la pietra miliare su cui si fondò sotto molti aspetti la società europea dei secoli a venire; come la celebrità guadagnata da Napoleone non solo per le sue campagne militari, ma anche per le opere di codificazione cui attese e che ancora oggi costituiscono la base dell'ordinamento francese, oltre ad avere ispirato la modernizzazione di numerosi altri ordinamenti, tra cui quello italiano.

È dunque con questa consapevolezza che si deve affrontare la conoscenza del "diritto": non cultura minore, futile, o addirittura odiosa, ma valore fondamentale di civiltà ed espressione più alta, e necessaria, dello spirito umano.



## *Le imperfezioni della materia giuridica*

L'idea della sapienza giuridica come erudizione e della giustizia (quella che si somministra nelle aule dei tribunali) come tecnica, cioè come applicazione, essenzialmente meccanica, di regole date, è sicuramente diffusa specie nell'opinione comune (e non solo, come si è appena visto). Essa si fonda sulla percezione, tipica degli ordinamenti moderni specialmente di matrice continentale, dell'esistenza di un apparato di leggi estremamente articolato e con un tasso di dettaglio elevato; oppure sul convincimento che questo esista.

Un simile convincimento induce a formulare una sorta di tranquillizzante equazione, in base alla quale ad ogni fatto o situazione sociale (cioè ad ogni realtà che richieda una risposta giuridica) corrisponde una regola elaborata e scritta proprio per esso. Al giudice, presa contezza della realtà su cui deve pronunciarsi, basta conoscere (o, al limite, sapere dove trovare) la regola ad essa relativa e il gioco è fatto.

Questo modo di pensare all'ordinamento giuridico e al lavoro del giurista non richiede che si creda (nessuno lo potrebbe) che, per ogni situazione reale considerata nella sua individualità storica, sia rinvenibile un enunciato normativo la cui unica ragion d'essere consista nella regolazione di quella situazione e di nessun'altra: nessuno potrebbe immaginare, in altre parole, che tra l'insieme delle situazioni e degli accadimenti che si manifestano nella realtà e l'insieme delle leggi si delinei una relazione di corrispondenza biunivoca, dovendosi in ogni caso accettare che una norma disponga, in via generale, per tutte le situazioni storiche che tra loro coincidono (la norma che attribuisce il diritto di voto al compimento del diciottesimo anno è destinata a valere per tutte le donne e per tutti gli uomini che, di volta in volta, abbiano raggiunto questa età). Il fondamento di questa concezione dell'ordinamento e della sapienza giuridica sta piuttosto

nella supposta elementarità del processo di abbinamento della norma alla realtà e della realtà alla norma.

Un pensiero di questo tenore ha progenitori illustri. Jeremy Bentham dedicò alla legge ideale alcune pagine, individuandone le caratteristiche cruciali nella *completezza* e nella *chiarezza*. La prima garantirebbe l'interezza della risposta giuridica nello svolgersi della vita sociale; non potendosi peraltro disporre di una regola per ogni fatto storico, la completezza verrebbe assicurata dalla possibilità di dettare disposizioni che si riferiscano alle manifestazioni della realtà considerandole per categorie. La chiarezza, per parte sua, garantirebbe la certezza (cioè la preconoscibilità e l'unicità) della risposta giuridica per tutte le manifestazioni del reale appartenenti alla medesima specie, senza lasciare al giudice alcun margine di discrezionalità e dunque alla decisione alcun margine di opinabilità.

J. BENTHAM, *General View of a Complete Code of Laws*, in *The Works of Jeremy Bentham*, ed. by J. Bowring, Edinburgh, 1838-1843, III, 205 ss.

Una simile concezione del diritto sembra svalutare definitivamente l'importanza della cultura giuridica; o, per meglio dire, la ricolloca in una dimensione diversa da quella della comprensione del significato e della portata della disposizione come enunciato, la quale non richiederebbe in effetti alcuno sforzo intellettuale e certamente non un'analisi scientifica; la dimensione propria della cultura giuridica diventerebbe invece quella della *formulazione della norma*, quando dovrebbe esprimersi la capacità di tendere agli obiettivi della completezza (dunque di classificare adeguatamente per specie le manifestazioni della realtà) e della chiarezza (e dunque di selezionare opportunamente il lessico).

Scritta bene la legge, al giudice competerebbe un'*operazione sillogistica* piuttosto semplice: ricondotto il fatto storico sottoposto al suo giudizio alla categoria normativa di appartenenza, non gli resterebbe che applicare la relativa disposizione, rendendo concreta (= operante nel caso concreto) la risposta giuridica che essa formula in via generale ed astratta. Nel diciottesimo secolo, Cesare Beccaria, a proposito del processo penale, si poneva esattamente in linea con queste posizioni: "In ogni delitto si deve fare dal giudice un sillogismo perfetto: la maggiore dev'essere la legge generale; la minore, l'azione conforme, o no, alla legge; la conseguenza, la libertà o la pena".

C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Milano, 1973 (a cura di G. D. Pisapia), 18. Su questo processo intellettuale, che si definisce sillogismo giudiziale, torneremo brevemente anche più avanti.

La *conoscenza del diritto* consisterebbe quindi in una mera archiviazione di dati normativi (la mera erudizione, come qualcuno appunto anche tra i nostri studenti ha supposto). È interessante osservare che su queste basi si porrebbero le premesse per una completa automatizzazione del giudizio, cui un software non troppo elaborato potrebbe infatti tranquillamente procedere. L'informatica giuridica è un territorio in piena espansione e uno dei campi in cui essa viene sviluppandosi è proprio quello della computerizzazione delle decisioni giudiziarie. Non è possibile qui sconfinare in questo territorio, ma la consapevolezza di quali sarebbero le proiezioni della concezione del diritto da cui abbiamo preso le mosse nella sfera delle tecnologie digitali è importante.

Per una ricognizione delle diverse dimensioni in cui si sviluppano gli studi e le ricerche nel settore dell'informatica giuridica v. G. SARTOR, *Il diritto nell'informatica giuridica*, in *Riv. fil. dir.*, 2015 (speciale), 71 ss. Per considerazioni più specifiche sulla computerizzazione delle decisioni v. A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *BioLaw Journal*, 1/2019, 63 ss.; P. MORO, *Algoritmi e pensiero giuridico*, in *Medialaws*, 3/2019, 11 ss.; H. PRAKKEN-G. SARTOR, *Law and logic: A review from an argumentation perspective*, in *Artificial Intelligence*, 227 (2015), 214 ss.

La realtà è però ben diversa da quella che le considerazioni di Jeremy Bentham potrebbero suggerire. Completezza e chiarezza restano un ideale cui tendere senz'altro, ma per definizione non raggiungibile, il che rende l'equazione di partenza, nei termini sopra descritti (un fatto = una norma "a portata di mano"), un'equazione fallace.

Vi sono infatti due elementi di *imperfezione intrinseca della materia giuridica*, che riguardano l'uno la dimensione linguistica (dunque proprio la chiarezza), l'altro la dimensione quantitativa (e dunque la completezza).

LA DIMENSIONE LINGUISTICA. – Nella prima, la necessità di ricorrere ad un codice linguistico per descrivere un fenomeno (un evento, uno stato) della realtà (ogni disposizione è formata da parole) lascia *margini di approssimazione* che sono al limite riducibili, ma mai azzeccabili. Senza entrare nel merito della teoria del linguaggio, è sufficiente osservare che codice descrittivo e realtà descritta non sono

grandezze omogenee: il primo *rappresenta* la seconda, non è la seconda; la *significa*, il che induce l'esigenza di coglierne il *significato*, cioè di ricostruire la relazione tra enunciato e oggetto descritto, in modo che l'enunciato rimandi all'oggetto.

Giustamente, Bentham evocava l'importanza della scelta del lessico, al fine di evitare le opacità che, proprio nella ricostruzione di questa relazione, formule linguistiche inappropriate potrebbero generare. Ma questa scelta produce effetti positivi solo fino a un certo punto, cioè non consente di rimuovere la *necessità di interpretare la disposizione*; l'idea che quest'ultima possa risultare univoca e possa presentare oggettivamente (al giudice; a chiunque sia chiamato ad applicarla) uno e un solo significato (quindi richiamare una e una sola, precisa manifestazione della realtà) è illusoria.

Un esempio può giovare a comprenderne il motivo.

L'art. 2473-*bis* c.c. stabilisce la legittimità della previsione, nell'atto costitutivo di una società a responsabilità limitata, di ipotesi di esclusione del socio (con conseguente espulsione del socio dalla società stessa). La formula adottata, testualmente, è la seguente: "L'atto costitutivo può prevedere specifiche ipotesi di esclusione per giusta causa del socio".

Il notaio, richiesto dai clienti (che intendono costituire una newco per avviare un'attività di ristorazione) di introdurre nel relativo atto costitutivo una clausola di questo tenore, si interroga sulla possibilità di prevedere, quali ipotesi di esclusione, l'esercizio, da parte di uno dei soci, di un'attività concorrente con quella societaria, oppure la rivelazione a terzi, da parte dello stesso, di dati aziendali sensibili.

L'interesse dei clienti verso simili previsioni è intuitivo: il socio che, in ipotesi dopo avere acquisito nell'ambiente della ristorazione locale una certa qual reputazione proprio grazie alla sua partecipazione alla società, avviasse un'attività parallela in proprio, potrebbe sottrarre clientela alla prima e replicarne le iniziative promozionali o avvantaggiarsi del *know how* che continuasse a maturare proprio grazie alla sua posizione all'interno della società. Analogamente, il socio che, avendo accesso alla documentazione della società, divulgasse a terzi informazioni rilevanti (ad un fornitore, ad esempio, dati sulle offerte concorrenti presentate alla società da altri fornitori), arrecerebbe a quest'ultima un danno, per impedire il riprodursi del quale l'espulsione del socio dalla società stessa parrebbe un rimedio sicuramente efficace.

Il problema che si delinea agli occhi del professionista è linguistico: le due tipologie comportamentali prese in esame costituiscono o no "giusta causa" di esclusione? In altri e più generali termini: cosa significa "giusta causa" di esclusione?

La considerazione che, sulla scorta delle osservazioni di Jeremy Bentham, parrebbe plausibile formulare è che la disposizione è "difettosa", in quanto ricorre ad un'espressione linguistica vaga e per questo foriera di dubbi interpretativi.

Sarebbero stati risolti i dubbi del notaio, se l'enunciato fosse stato formulato "meglio"?

È bene osservare che, in questo momento, non interessa il fatto di avere trovato uno spazio all'interno del quale, nella decisione, possa insinuarsi un'attività non consistente in una mera operazione automatica di applicazione della norma. Il notaio, qui (non diversamente dal giudice che fosse chiamato a pronunciarsi sulla conformità o meno all'art. 2473-bis di una clausola di esclusione del socio concorrente, contenuta nell'atto costitutivo di una specifica società), ha un compito che non è meramente tecnico; il suo processo decisionale non può essere puramente meccanico e si apre ad una componente valutativa. Ma tutto questo non interesserebbe, se fosse semplicemente l'effetto, per così dire patologico, di una (presunta) difettosità della legge. Il punto è: una disposizione formulata diversamente (= in termini più precisi) sarebbe in condizione di ricondurre il compito del notaio (e del giudice) nell'alveo della pura operazione applicativa automatica?

Potrebbe in effetti apprezzarsi maggiormente una disposizione che enunciasse analiticamente le ipotesi in cui l'esclusione del socio è legittima, ricorrendo a formule che potrebbero suonare grossomodo come le seguenti: "L'atto costitutivo può prevedere la facoltà di esclusione del socio che: 1) eserciti un'attività concorrente con quella societaria; 2) riveli a terzi informazioni e dati relativi alla società; 3) ...".

Sennonché una disposizione di questo tenore (anche al netto delle difficoltà che deriverebbero dalla necessità di stilare un elenco potenzialmente molto lungo, alla luce del fatto che sono assai numerosi gli scenari economici in cui può profilarsi l'interesse all'espulsione di uno dei soci) non risolverebbe il problema. Non sarebbe, a onor del vero, meno "difettosa" dell'altra, sotto il profilo della ambita chiarezza.

La questione si sposterebbe, sul piano linguistico, da una espressione all'altra. Il notaio (che non volesse limitarsi a replicare nella clausola statutaria la formula legislativa, scaricando però allora il problema interpretativo sulla società e sul giudice, quando fossero chiamati a valutare la rilevanza di una specifica iniziativa imprenditoriale di uno dei soci) dovrebbe chiedersi cosa significhi "attività concorrente". Il progetto imprenditoriale sotteso alla costituzione della newco, ad esempio, prevede l'apertura, in sede locale e con una progressiva espansione geografica nell'ambito della regione, di una catena di ristoranti specializzati in pietanze tipiche del territorio. Ora, l'avvio in proprio di una pizzeria, da parte di uno dei soci, costituirebbe un'attività "concorrente"? E l'apertura di una rosticceria per la vendita, per asporto, di pietanze locali? E di un ristorante viceversa con cucina internazionale?

Nessuno, credo, potrebbe sensatamente immaginare di chiedere al legislatore di affinare ulteriormente il dettaglio della disposizione, selezionando quali fra questi comportamenti potrebbero legittimare l'inserimento nell'atto costitutivo della società di una clausola di esclusione e quali no. Tanto più che ogni specificazione evocherebbe comunque ulteriori problemi interpretativi, non facendo altro che spostare questi ultimi ad un gradino più basso (cosa significherebbe "pietanze tipiche del territorio", ad esempio?), in un gioco senza fine.

Un secondo esempio. Un aspirante ristoratore si rivolge al proprio dottore commercialista (o legale) di fiducia, chiedendo di essere assistito nell'adempimento degli obblighi pubblicitari e contabili relativi all'avvio di una attività di ristorazione cui si prefigge di dare corso, avvalendosi dell'aiuto della moglie e, come camerieri, dei tre figli di un suo lontano parente, appena giunti in città.

Poiché gli obblighi in questione variano, a seconda che l'impresa esercitata sia "piccola" o meno, il consulente è chiamato preliminarmente a valutare, sulla base del progetto imprenditoriale illustratogli, le dimensioni dell'attività di ristorazione programmata dal cliente. La valutazione deve procedere dal disposto dell'art. 2083 c.c., il quale stabilisce che "sono piccoli imprenditori ... coloro che esercitano un'attività professionale organizzata prevalentemente con il lavoro proprio e dei componenti della famiglia". Perciò davanti al professionista si profilano almeno due interrogativi: cosa significa "famiglia"? cosa significa "prevalentemente"?

Almeno a proposito della prima espressione, la disposizione potrebbe apparire "difettosa". Parrebbe cioè essere stato adottato un linguaggio inutilmente vago, che si sarebbe potuto più efficacemente sostituire con un lessico più rigoroso. Altre disposizioni, in effetti, lo fanno proprio con riferimento alle relazioni familiari: ad esempio l'art. 2399 c.c. sancisce l'ineleggibilità in seno all'organo di controllo di una società di un elenco di persone che contiene "il coniuge, i parenti e gli affini entro il quarto grado degli amministratori della società". Anche l'art. 2083 avrebbe potuto ricevere dunque una formulazione più precisa, facendo ricorso proprio a un elenco di questo tipo.

Sarebbe risultato allora meno "difettoso"? Sotto il profilo della "precisione" senz'altro sì. Ma nel giudicare un enunciato normativo si deve tenere conto anche di altri profili. L'obiettivo di questa disposizione è l'alleggerimento (fra l'altro) degli obblighi documentali per le imprese che non si avvalgono di un apparato produttivo autosufficiente e che invece poggiano in misura determinante sull'intervento nel processo produttivo dell'imprenditore ed eventualmente di persone che con lui collaborano fondamentalmente per il legame personale che reciprocamente li unisce. In questa prospettiva, un maggior grado di precisione linguistica (ad esempio, il riferimento al coniuge e ai figli) avrebbe permesso di avvicinarsi maggiormente all'obiettivo della chiarezza, ma avrebbe probabilmente reso la norma meno efficace nella realizzazione degli obiettivi economico-sociali perseguiti. L'imprenditore coadiuvato dai genitori non meriterebbe lo stesso trattamento? Anche qui, l'inserimento di questi ultimi nell'elenco non risolverebbe il problema, ma lo sposterebbe (e l'imprenditore coadiuvato dai fratelli?). La scelta lessicale adottata nell'art. 2083 non è dunque generica inutilmente: precisione semantica ed efficienza funzionale non sempre sono obiettivi convergenti e il legislatore è costretto a scegliere a quale finalità dare la precedenza.

Gli esempi qui formulati possono essere riguardati da un punto di vista astratto o concreto: nella prima prospettiva, si presentano come esempi di un problema interpretativo (cosa significa "giusta causa"? cosa significa "famiglia"?), nella seconda, di fronte ad uno specifico quadro familiare e alla redazione di una specifica clausola statutaria, come

esempi di un problema di qualificazione giuridica di una concreta manifestazione della realtà (i fatti non vanno solo accertati nel loro manifestarsi, ma anche qualificati). Sull'intreccio tra i due profili v. per tutti D. CANALE-G. TUZET, *La giustificazione della decisione giudiziale*, II ed., Torino, 2020, 36.

Negli studi dedicati ai profili linguistici del testo normativo il limite dell'opacità di quest'ultimo è ben noto. Persino espressioni apparentemente inequivoche lasciano spazio a dubbi: siamo certi che il concetto di "morte" (art. 2284 c.c.: "In caso di morte di uno dei soci, gli altri devono liquidare la quota agli eredi") o di "animale" (art. 2135 c.c.: "È imprenditore agricolo chi esercita una delle seguenti attività: ... allevamento di animali") siano precisi? In ogni caso non è pensabile che l'intero ordinamento giuridico poggi su espressioni linguistiche prive di zone d'ombra, e questo basta a rendere vana ogni speranza di realizzare l'ideale della chiarezza assoluta del diritto, nella formulazione delle leggi. Forse molte opacità potrebbero essere evitate se per ogni specifica manifestazione della realtà si potesse disporre di una disposizione dedicata, la quale potrebbe riferirsi alla prima direttamente, senza transitare attraverso la descrizione di una classe di manifestazioni individuate per specie; ma poiché questa disponibilità non esiste, non è neppure il caso di insistere in questa direzione.

Sebbene nella letteratura che si è occupata di questi argomenti sia ancora presente l'idea (tipica di certo formalismo giuridico) che i testi normativi presentino un significato proprio e univoco, che il giurista si limita ad accertare e riconoscere, risulta oggi senz'altro assai più diffuso il convincimento che la *vaghezza* costituisca una caratteristica ineliminabile del linguaggio normativo.

Sul formalismo giuridico (espressione che ha peraltro anche accezioni diverse da questa) v. G. TARELLO, voce *Formalismo*, in *Noviss. Dig. it.*, VII, Torino, 1968, 571 ss., part. 577 ss.; E. DICIOTTI, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, 1999, 509 ss.; P. CHIASSONI, *Law and economics. L'analisi economica del diritto negli Stati Uniti*, Torino, 1992, 282 ss.; G.R. CARRIÒ, *Sull'interpretazione giuridica*, in *L'analisi del ragionamento giuridico*, a cura di P. Comanducci e R. Guastini, II, Torino, 1989, 141 ss. Ancora assai di recente, la voce più autorevole espressasi a difesa dell'esistenza di un significato letterale del testo, su cui si creerebbe un affidamento semantico della comunità, è quella di N. IRTI, *Riconoscersi nella parola*, Bologna, 2020.

Sulla vaghezza e ambiguità del testo, invece, v. C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano, 1990; R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, in *Tratt. di dir. priv.*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 1993, 345 ss.; F. MODUGNO, *Interpretazione giuridica*, Padova, 2009, 108 ss.; K. LARENZ-C.W. CANARIS, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, III ed., Berlin, 1995, 33 s.; G.R. CARRIÒ, *Sull'interpretazione giuridica*, in *L'analisi del ragionamento giuridico*, a cura di P. Comanducci e R. Guastini, II, Torino, 1989, 127 ss.; H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, Torino, 1965 (trad. it. di *The Concept of Law*, London, 1961), 146 ss.; H.L.A. HART,