

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE

ISSN: 2279-9737

Rivista
di Diritto Bancario

dottrina
e giurisprudenza
commentata

APRILE / GIUGNO

2025

rivista.dirittobancario.it

DIREZIONE

DANNY BUSCH, GUIDO CALABRESI, PIERRE-HENRI CONAC,
RAFFAELE DI RAIMO, ALDO ANGELO DOLMETTA, GIUSEPPE FERRI
JR., RAFFAELE LENER, UDO REIFNER, FILIPPO SARTORI,
ANTONELLA SCIARRONE ALIBRANDI, THOMAS ULEN

COMITATO DI DIREZIONE

FILIPPO ANNUNZIATA, PAOLOEFISIO CORRIAS, MATTEO DE POLI,
ALBERTO LUPOI, ROBERTO NATOLI, MADDALENA RABITTI,
MADDALENA SEMERARO, ANDREA TUCCI

COMITATO SCIENTIFICO

STEFANO AMBROSINI, SANDRO AMOROSINO, SIDO BONFATTI,
FRANCESCO CAPRIGLIONE, FULVIO CORTESE, AURELIO GENTILI,
GIUSEPPE GUIZZI, BRUNO INZITARI, MARCO LAMANDINI, DANIELE
MAFFEIS, RAINER MASERA, UGO MATTEI, ALESSANDRO
MELCHIONDA, UGO PATRONI GRIFFI, GIUSEPPE SANTONI,
FRANCESCO TESAURO⁺

COMITATO ESECUTIVO

ROBERTO NATOLI, FILIPPO SARTORI, MADDALENA SEMERARO

COMITATO EDITORIALE

ADRIANA ANDREI, GIOVANNI BERTI DE MARINIS, ANDREA CARRISI,
ALESSANDRA CAMEDDA, GABRIELLA CAZZETTA, EDOARDO
CECCHINATO, PAOLA DASSISTI, ANTONIO DAVOLA, ANGELA
GALATO, ALBERTO GALLARATI, EDOARDO GROSSULE, LUCA
SERAFINO LENTINI, PAOLA LUCANTONI, EUGENIA MACCHIAVELLO,
UGO MALVAGNA, ALBERTO MACER, MASSIMO MAZZOLA, EMANUELA
MIGLIACCIO, FRANCESCO PETROSINO, ELISABETTA PIRAS, CHIARA
PRESCIANI, FRANCESCO QUARTA, GIULIA TERRANOVA, VERONICA
ZERBA (SEGRETARIO DI REDAZIONE)

COORDINAMENTO EDITORIALE

UGO MALVAGNA

DIRETTORE RESPONSABILE

FILIPPO SARTORI

NORME PER LA VALUTAZIONE E LA PUBBLICAZIONE

LA RIVISTA DI DIRITTO BANCARIO SELEZIONA I CONTRIBUTI OGGETTO DI PUBBLICAZIONE SULLA BASE DELLE NORME SEGUENTI.

I CONTRIBUTI PROPOSTI ALLA RIVISTA PER LA PUBBLICAZIONE VENGONO ASSEGNATI DAL SISTEMA INFORMATICO A DUE VALUTATORI, SORTEGGIATI ALL'INTERNO DI UN ELENCO DI ORDINARI, ASSOCIATI E RICERCATORI IN MATERIE GIURIDICHE, ESTRATTI DA UNA LISTA PERIODICAMENTE SOGGETTA A RINNOVAMENTO.

I CONTRIBUTI SONO ANONIMIZZATI PRIMA DELL'INVIO AI VALUTATORI. LE SCHEDE DI VALUTAZIONE SONO INVIATE AGLI AUTORI PREVIA ANONIMIZZAZIONE.

QUALORA UNO O ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO UN PARERE FAVOREVOLE ALLA PUBBLICAZIONE SUBORDINATO ALL'INTRODUZIONE DI MODIFICHE AGGIUNTE E CORREZIONI, LA DIREZIONE ESECUTIVA VERIFICA CHE L'AUTORE ABBIA APPORTATO LE MODIFICHE RICHIESTE.

QUALORA ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO VIENE RIFIUTATO. QUALORA SOLO UNO DEI VALUTATORI ESPRIMA PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO È SOTTOPOSTO AL COMITATO ESECUTIVO, IL QUALE ASSUME LA DECISIONE FINALE IN ORDINE ALLA PUBBLICAZIONE PREVIO PARERE DI UN COMPONENTE DELLA DIREZIONE SCELTO RATIONE MATERIAE.

SEDE DELLA REDAZIONE

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO, FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA, VIA VERDI 53,
(38122) TRENTO – TEL. 0461 283836

Diritto dell'economia e metodo*

SOMMARIO: 1. Pluralismo metodologico e razionalità del discorso giuridico. – 2. Senso della giuridicità, rigore metodologico e interpretazione. – 3. Rigore metodologico, leale collaborazione tra legislatore e interprete e certezza del diritto. – 4. Pluralismo metodologico, unità della scienza giuridica e specificità disciplinari.

1. *Pluralismo metodologico e razionalità del discorso giuridico*

Vi sono almeno due ambiti di riflessione in cui la nozione di metodo assume rilievo per il giurista.

Uno, più generale, riguarda il metodo della scienza giuridica. Le prospettive esegetica, dogmatica, ermeneutica, storicistica o comparativa¹, di analisi economica del diritto, di *law & economics*, del principialismo, valoriale, della giurisprudenza degli interessi o dei concetti si propongono come indirizzi metodologici che appartengono al bagaglio culturale del giurista positivo indipendentemente dalla propria specializzazione. Essi, cioè, attengono alla sua formazione e costituiscono gli strumenti di cui si serve o può servirsi.

Certo possono esservi contesti in cui taluno di quei metodi si fa preferire; e possono esservi persino predilezioni e, con esse, può darsi

* *Relazione al Convegno Sul metodo nel diritto dell'economia*, Facoltà di Economia, Sapienza Università di Roma, del 15 gennaio 2025.

¹ La prospettiva storica, il dialogo tra passato e presente, e la comparazione (v., esemplare, già G. GORLA, *Il contratto. Corso di diritto privato svolto secondo il metodo comparativo e casistico*, 2 voll., Milano, 1955, anche nella rist. nella collana *La memoria del diritto*, Roma, 2023) giovano alla comprensione del diritto nel suo divenire ed essere e alla promozione della sua evoluzione (sul piano interpretativo e legislativo: cfr. G. ALPA, *Giudici e legislatori*, in *Contr. e impr.*, 2017, 1 ss.) nella consapevolezza di plurimi modelli di disciplina e delle relative premesse ideologiche e valoriali, superando i limiti del formalismo, delle formali concettualizzazioni, classificazioni, distinzioni e dicotomie, vincendo la chiusura che a esso si associa accostando alla stabilità l'apertura al mutamento [a cui guardare con atteggiamento «pluralista, democratico, rispettoso (e non 'tollerante') delle idee e dei valori altrui» (v. ID., *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, cit., spec. 379 ss.; ID., *Stefano Rodotà, innovatore del metodo giuridico*, in *Pol. dir.*, 2017, 497 ss.), ma avendo per guida i valori riflessi dalla Costituzione, dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti umani e delle libertà fondamentali (v. ID., *Giuristi e interpretazioni. Il ruolo del diritto nella società postmoderna*, Genova, 2017)].

il rischio che l'interprete possa ritenerli alternativi. Ma un giusrealismo moderato lascia emergere che nel diritto tutto si tiene² e, se non tutto, almeno molto può leggersi in differenti modi³. Specie se si accoglie la concezione di diritto come discorso imperniata sul principio di non contraddizione in cui il diritto trova fondamento logico⁴, risultando dall'interazione (o dal confronto, per via delle confutazioni a cui le proposizioni prescrittive sono esposte) di discorsi di plurimi attori (del legislatore e degli interpreti), di modo che non appartiene a un unico parlante e già per questo non può essere autoreferenziale.

L'argomentazione attinge ove conviene alla razionalità del discorso, coerentemente con la circostanza (o la tesi) che la correttezza dell'argomentazione è nell'interna razionalità del discorso dell'interprete⁵. In altri termini, il diritto nasce dal confronto di discorsi di diversi parlanti, non necessariamente contestuali⁶, la cui razionalità nel corroborare o confutare reclama un'argomentazione consapevole delle altrui ragioni⁷. Al pluralismo dei metodi, così, si affianca pure l'ordinaria esigenza di attingere conoscenze da ambiti del sapere che non sono propri della scienza giuridica, che costituisce una necessità accentuata dal progredire della complessità della realtà fattuale; e che

² V. G. ALPA, P. ZATTI, *Ritorno al futuro*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 1. Torna sull'espressione M. GRONDONA, *Vittorio Colesanti e l'eterno ritorno della giurisprudenza creativa (tra consapevolezza storica e fiducia ordinamentale)*, in *Accademia*, 2025, 317 ss.

³ Per un esempio, v. G. ALPA, *Il contratto in generale. I. Fonti, teorie e metodi*, nel *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu, F. Messineo e L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, Milano, 2014, in cui con particolare riguardo al contratto si mostra come il giurista debba tener conto degli orientamenti e dei modelli che compongono la complessiva cultura giuridica formatasi su un istituto: per coglierne (o ricostruirne) i caratteri se ne deve considerare lo sviluppo storico, i profili dogmatici, i contorni "a sfondo economico-sociale ... oltre che ... gli aspetti fattuali" (*ivi*, 7).

⁴ V. A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, Milano, 2013, 176 s. e *passim*.

⁵ V., ancora, *ID.*, *op. cit.*, 497 ss., 503 ss.

⁶ Per dirla con Giovanni Gentile se il particolare e il tutto della storia non possono che presentarsi nella forma in cui si sono irrigiditi, essi stanno "innanzi al pensiero" (G. GENTILE, *Sistema di logica come teoria del conoscere*, I, Firenze, 2003, 179 s.; *ID.*, *Teoria generale dello spirito come atto puro*, Firenze, 2003, 120); ma il (tentativo di) superamento di ciò che sta innanzi al pensiero è sempre possibile e in tale dialettismo sta la ragione dell'eternità del lavoro spirituale (*ID.*, *Sistema di logica come teoria del conoscere*, II, Firenze, 2003, 149).

⁷ Cfr. A. GENTILI, *op. cit.*, 26.

reca non infrequentemente l'esigenza ulteriore di transitare alla transdisciplinarietà quale ulteriore componente dell'apparato metodologico a disposizione del giurista⁸. Sembra dimostrarlo l'attuale condizione in cui egli versa, dovendosi confrontare con un contesto in cui il fatto è fortemente connotato da costrutti provvisti dall'informatica che qualificano nuovi oggetti, rapporti, attività, mercati, come tali normati o alla ricerca d'una disciplina; sicché una sufficiente acquisizione della conoscenza che appartiene all'informatica diviene presupposto anche dell'elaborazione di indirizzi normativi (interpretativi, *de iure condito*; oppure *de iure condendo*)⁹.

Con l'avvertenza che il diritto non mima (necessariamente) modelli provenienti da altre scienze; casomai si serve delle altre scienze, per provvedere i propri modelli¹⁰. Ossia che attingere ad altre discipline non significa confondere quello con queste, diluire il diritto in esse, perché il diritto non ha il ruolo di selezionare e legittimare modelli normativi provvisti da altre scienze. Dal punto di vista epistemologico, il diritto ha un'autonoma funzione normativa; e propri strumenti.

Nella duplice su indicata prospettiva (giusrealistica e del diritto come discorso), i metodi confluiscono in una *koiné*, in seno alla quale si può tutt'al più ritenere che il giurista di diritto positivo non possa esimersi dalla coltivazione del metodo ermeneutico¹¹. Ciò in quanto si tratta di un indirizzo suscettibile di generale, trasversale applicazione

⁸ La conoscenza offerta dalla *hard science* è, sul piano razionale, premessa indefettibile dell'elaborazione di indirizzi normativi impressi dalla morale e dal diritto: cfr. R. FABRE, *New Challenges for Knowledge: Digital Dynamics to Access and Sharing*, London – Hoboken, 2016, ch. 12.

⁹ Nell'attuale contesto (o fase) dello sviluppo tecnico e tecnologico e, di riflesso, socio-economico risulta accentuata la dipendenza (culturale) della *soft science* dalla *hard science*: ciò non implica, almeno non necessariamente, che *it was good to be "hard"*, *bad to be "soft"*; per un profilo storico della distinzione, v. S. SHAPIN, *Hard science, soft science: A political history of a disciplinary array*, 60 [2022] *History of Science* 287 ss., per il quale in futuro *the commonplace distinction might wither away*.

¹⁰ Per l'apertura del diritto ad altre discipline, v. A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, cit., 97 ss., 105, 135.

¹¹ Per un'adesione v., nuovamente, G. ALPA, *Il contratto in generale. I. Fonti, teorie e metodi*, cit., 798, per il quale i "fenomeni giuridici, gli orientamenti culturali, la prassi dell'applicazione delle regole, sono fenomeni complessi, di cui la componente testuale è solo uno dei molteplici aspetti da considerare. Conta altrettanto, se non di più, la creazione della norma, che riflette la mentalità, la cultura, l'ambiente sociale, persino l'umore, dell'interprete".

nell'interpretazione del diritto posto, che rende permeabile agli apporti culturali dell'interprete nella formulazione della norma riconoscendogli nel contempo realisticamente un ruolo sostanziale nel confezionamento delle regole¹², ma entro limiti posti dal noto canone metodologico *sensus non est inferendus, sed efferendus* e dalla collegata ricostruzione del circolo ermeneutico incentrata su una complementarità concorrente¹³ su cui si tornerà. Di talché non si dà precomprensione inserita all'interno del circolo ermeneutico, ma un pre-giudizio del decidente che si colloca all'esterno di quel circolo se egli prestabilisca liberamente l'esito applicativo per sé preferibile, dunque del tutto soggettivamente.

Ciò introduce a una considerazione di teoria generale del diritto, che costituisce un piano di riflessione comune a qualsiasi giurista di diritto positivo. In particolare, l'accennata *koiné* che risulta dal pluralismo metodologico di cui si serve il discorso giuridico non ammette degradazioni del diritto occorrendo evitare, innanzi tutto, derive creazionistiche che del diritto neghino la funzione pratica¹⁴ di provvedere la disciplina dell'umana convivenza, *i.e.* dei rapporti all'interno di una società civile. Uno scopo che in tanto si esplica appropriatamente in quanto si realizzi attraverso canoni la cui portata normativa sia preventivamente conoscibile, cioè suscettibili d'essere appresi anteriormente al compimento delle scelte individuali di condotta ch'essi mirano a conformare. Tanto più che, sul piano funzionale, sembra in fin dei conti coerente con l'idea stessa di giustizia che all'agente siano note *a priori* le conseguenze giuridiche del suo

¹² Sulla distanza tra disposizione e norma, il ricordato concorso dell'interprete, la rilevanza dell'interpretazione e il carattere discrezionale di quest'ultima, per tutti v. R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, già diretto da A. Cicu, F. Messineo e L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, Milano, 2011, a es. 177; ID., *Realismo e antirealismo nella teoria dell'interpretazione*, in *Ragion pratica*, n. 17, 2001, 43 ss.; ID., *Dalle fonti alle norme*, Torino, 2^a ed., 1992, 15 ss.; ID., *Disposizione vs. norma*, in *Giur. cost.*, 1989, 3 ss.

¹³ V., rispettivamente, E. BETTI, *L'ermeneutica come metodologia generale delle scienze dello spirito*, Roma, 1987, 121 ss., e ID., *Le categorie civilistiche dell'interpretazione*, estratto della *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, Milano, 1948, 35.

¹⁴ Sulla riscoperta della filosofia pratica, v. a es. G. CORTELLA, *Aristotele e la razionalità della prassi. Una analisi del dibattito sulla filosofia pratica aristotelica in Germania*, Roma 1987, *passim*.

comportamento¹⁵; e che pronunce randomiche liberamente confezionate *a posteriori* sulla base delle soggettive inclinazioni del giudice del fatto rischiano di trasformarla da nobile ideale in preoccupante incognita.

2. Senso della giuridicità, rigore metodologico e interpretazione

La scienza giuridica o scienza del diritto non ha nulla a che fare con la sociologia giuridica¹⁶ che può servirsi di volta in volta di rilevazioni statistiche, principi o valori per accreditare norme frutto di estemporanea originalità. La scientificità del discorso giuridico viceversa impone di confinare la creatività dell'interprete, l'apporto creativo dell'interprete che realisticamente segna la distanza tra diritto vigente e diritto vivente¹⁷ permettendogli l'interpretazione senza eccederne i limiti¹⁸.

In una prospettiva che non disperda il senso tradizionale della giuridicità, bensì conservi l'ambizione di poter continuare a pensare (anche) con uno dei suoi frutti migliori qual è l'ermeneutica¹⁹, *sensus non est inferendus, sed efferendus*²⁰. Il desiderio di un risultato applicativo²¹ prediletto e le ragioni pratiche che ne sostengono la

¹⁵ All'irretroattività delle norme giuridiche si associa la garanzia per l'agente di non essere sorpreso da conseguenze giuridiche negative non prevedibili nel momento in cui abbia tenuto il comportamento: v., con riferimento all'art. 25, co. 2, Cost., Corte cost., 26 luglio 2022, n. 198, in *Giur. cost.*, 2022, 2126 ss.

¹⁶ Cfr. A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, cit., 161, 163, 166, 167.

¹⁷ Sulla distinzione, v. L. FERRAJOLI, *Contro la giurisprudenza creativa*, in *Questione giustizia*, 2016, f. 4, 13 ss.

¹⁸ V. E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1949, 56.

¹⁹ V. D. CANANZI, *Paradossalità del diritto. Per un recupero del senso tradizionale della giuridicità*, in ID., *Estetica del diritto. Sul fondamento geologico del diritto*, con presentazione di ROBERT JACOB, Torino, 2017, 7 ss., spec. 14.

²⁰ V. E. BETTI, *L'ermeneutica come metodologia generale delle scienze dello spirito*, cit., 121 ss., ove l'avvertenza che il senso non va introdotto e imposto all'oggetto, ma da quest'ultimo ricavato.

²¹ Inteso come approdo concettualmente distinto dal e, in particolare, conseguente al risultato normativo che lo sorregge, *de iure condito* o *de iure condendo*; e che, classicamente (v. F. MODUGNO, *Le fonti del diritto*, in *Diritto pubblico* a cura di F. Modugno, Torino, 2012, 93 ss. e, ivi, 102), è il prodotto delle fonti-atto quando sia l'esito di un processo intenzionalmente rivolto alla sua creazione o, altrimenti, delle

desiderabilità non ne assicura la conseguibilità, perché il *jus conditum* può lasciarle insoddisfatte per quanto attraenti siano e ne sia auspicabile l'appagamento. In tal caso, possono – e debbono trasparentemente – addursi *de iure condendo* per promuovere il *restatement* del diritto vivente, dovendosi invece contrastare il rischio che l'interprete – specie in fase giurisdizionale – trasmuti in legislatore creando²² il presupposto normativo, eventualmente mancante, funzionale alla realizzazione del proprio obiettivo espressione di soggettiva preferenza, casomai rimodellando la disciplina positiva²³, riformandone i contenuti per

fonti-fatto il cui procedimento di formazione fa a meno di un autore che agisca con la coscienza e l'intenzione di realizzare un atto normativo.

²² Sulla creatività dell'interprete esiste un'ampia letteratura: con particolare riguardo alla creatività della giurisprudenza, in luogo d'altri v. il volume collettaneo a cura di G. ALPA, *I precedenti. La formazione giurisprudenziale del diritto*, nella *Giur. sist. di dir. civ. e comm.*, 2 voll., Torino, 2000. Conviene qui accennare che un conto è registrare la creatività interpretativa e altro conto è legittimarla, stabilendo gli eventuali limiti entro i quali non si traduce in arbitrio (cfr. S. CHIARLONI, *Ruolo della giurisprudenza e attività creative di nuovo diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, 1 ss. e, ivi, 3). Tra gli estremi, da un lato, del positivismo ideologico e del neopositivismo normativistico a cui è connaturato il postulato della preesistenza delle norme giuridiche alla descrizione fattane dalla scienza giuridica e al sillogismo giudiziale (quale metodo di sussunzione logica esclusivo dell'argomentazione giurisprudenziale: cfr. R. SACCO, *L'interpretazione*, ne *Le fonti del diritto italiano*. 2. *Le fonti non scritte e l'interpretazione*, nel *Tratt. dir. civ.*, diretto da R. Sacco, Torino, 1999, 165 ss.) e, dall'altro lato, del positivismo scientifico-descrittivo e del realismo giuridico nordamericano che riconoscono ruoli significativi, rispettivamente, alla scienza giuridica e alle Corti già nella fase della posizione delle regole giuridiche, vi è spazio per posizioni intermedie e gradate. Per queste ultime, generalizzando, la creazione del diritto tende a trasformarsi in arbitrio allorché la regola operativa, detta giuridica e come tale ricondotta al diritto, non è enunciata in esito ad un processo ermeneutico che - ancorché articolato, non orientato soltanto alla fonte scritta e al suo testo e, tra l'altro, condizionato dalla precomprensione dell'interprete e dal contenuto del bagaglio che lo accompagna - ha riguardo alle fonti del diritto secondo l'accezione in cui lo si assuma, bensì senza poter essere ricollegata a elementi che trovino legittimazione in esse, sì che l'interprete non interpreta, ma pone senz'altro una regola assumendo le vesti del legislatore e costituendosi in fonte del diritto (cfr. Sacco, *L'interpretazione*, cit., 239, 292, e, sul processo ermeneutico e la ricchezza di contenuti della valigia dell'interprete, 202 ss.).

²³ Cfr. G. D'AMICO, *"Regole di validità" e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Napoli, 1996; e M. MELI, *Autonomia privata, sistema delle invalidità e disciplina delle intese anticoncorrenziali*, Milano, 2001, 178, a proposito del tentativo di fare della rescissione codicistica lo strumento con cui trattare i contratti a valle di un'intesa anticoncorrenziale, secondo un'opzione che

renderla adeguata al bisogno e, così, congedandosene. Nell'accennata prospettiva, s'impone di salvaguardare la rilevanza del mondo del testo²⁴ e la contemporanea presenza del dato positivo e dell'interprete²⁵, che si precisa nel condizionamento che il primo esercita sul secondo, *alias* subordinazione di questo a quello sia pure all'interno di un rapporto di complementarietà concorrente in cui trova riconoscimento il ruolo attivo dell'interprete nella formulazione della norma²⁶. Entro tale limite, il pre-giudizio consistente nella scelta dell'esito applicativo orientata da motivazioni metagiuridiche anteposta alla considerazione del dato normativo in cui consiste il diritto è precomprensione che partecipa all'interpretazione; altrimenti è eccentrico rispetto a quest'ultima e tende a risolversi in un'euristica o, peggio, in *biases* cognitivi.

Ciò anche in considerazione del rilievo che assume la certezza del diritto specie, ma non solo nell'ottica della regolamentazione dell'economia²⁷. Specie, ma non solo perché, in più generale

accompagnandosi alla riduzione a equità del rapporto è tendenzialmente alternativa al risarcimento del danno, *massime* in relazione al sovrapprezzo, che è viceversa lo strumento ora persino previsto e disciplinato dal legislatore eurounitario e da quello domestico.

²⁴ V. P. RICOEUR, *Dal testo all'azione. Saggi di ermeneutica*, Milano, 2004, 108, e, nuovamente, E. BETTI, *L'ermeneutica come metodologia generale delle scienze dello spirito*, cit., 121 ss. Cfr. N. IRTI, *I 'cancelli delle parole'*, Napoli, 2015; e, poi, ID., *I 'cancelli delle parole' (intorno a regole, principi, norme)*, in ID., *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, 57 ss.

²⁵ Cfr. D. CANANZI, *Paradossalità del diritto. Per un recupero del senso tradizionale della giuridicità*, cit., 14.

²⁶ Il riferimento è alla "complementarietà concorrente" che, nella prolusione al corso di diritto civile pronunciata il 15 maggio 1948 da E. BETTI, *Le categorie civilistiche dell'interpretazione*, cit., 35 (v. pure ID., *Storia e dogmatica del diritto*, ne *La storia del diritto nel quadro delle scienze storiche*, Atti del I Congresso Internazionale della Società italiana di Storia del Diritto, Firenze, 1966, 105 ss., ora in ID., *Diritto Metodo Ermeneutica. Scritti scelti*, a cura di G. Crifò, Milano, 1991, 573 ss. e, ivi, 585), si precisa nel "circolo di reciproca e continua rispondenza, fra il vigore della legge (o fonte di diritto) onde si desumono le massime della decisione, e il processo interpretativo che se ne fa nella giurisprudenza e nella scienza giuridica".

²⁷ V. B. WARDHAUGH, *Competition, Effects and Predictability: Rule of Law and the Economic Approach to Competition*, Oxford – New York, 2020, *passim*; e A. SCIARRONE ALIBRANDI, *I giudici e la certezza del diritto dell'economia*, ne *I giudici e l'economia*, a cura di L. Ammannati, P. Corrias, F. Sartori, A. Sciarrone Alibrandi, Torino, 2018, 3 ss.

prospettiva, la certezza del diritto forma oggetto d'un principio che appartiene a quelli generali del diritto unionale²⁸, il che impone di attribuirgli portata normativa, tenuto altresì conto che è strumentale all'attuazione e all'effettività delle norme comunitarie²⁹; è principio direttamente applicabile in seno alle decisioni della *CJEU* oltre che principio interpretativo da essa impiegato³⁰; è ritenuto comune alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri dell'UE³¹, nonché funzionale ad accrescere la fiducia nell'Unione europea³².

Sono circostanze che concorrono a far emergere la normatività del principio in considerazione anche nell'esperienza domestica, il quale dunque configura la certezza del diritto facendone affiorare la natura di obiettivo a cui vincola l'interprete, al quale impone di raggiungerlo o, almeno, di perseguirlo con impegno e serietà, unitamente ai corollari del principio medesimo.

²⁸ V., a es., A. TRYFONIDOU, *Discrimination on the Ground of Sexual Orientation and Gender Identity*, in S. Vogenauer, S. Weatherill (eds.), *General Principles of Law: European and Comparative Perspectives*, Oxford - Portland, 2017, 365 ss. e, ivi, 367; A. GAMPER, *Legal certainty*, in W. Schroeder (ed.), *Strengthening the Rule of Law in Europe: From a Common Concept to Mechanisms of Implementation*, Oxford - Portland, 2016, 80 ss.; E. PAUNIO, *Law, Language and Communication: Legal Certainty in Multilingual EU Law: Language, Discourse and Reasoning at the European Court of Justice*, London, 2013, *passim*; A. H. TÜRK, *Judicial Review in EU Law*, Cheltenham - Northampton, 2009, 129 s.

²⁹ Tra gli altri, v. A. WARD, *Effective sanctions in EC law: a moving boundary in the division of competence*, in *Eur.L.J.*, 1995, 205 ss. e, ivi, 214 s.

³⁰ Lo ricorda E. PAUNIO, *op. cit.*, p. 64.

³¹ Oltre che riflesso dalla Cedu e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: cfr. la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, *Un nuovo quadro dell'UE per rafforzare lo Stato di diritto* (o *A new EU Framework to strengthen the Rule of Law*), 11 marzo 2014, COM (2014) 158 *final*.

³² Cfr. la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, *Uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia al servizio dei cittadini* (o *An area of freedom, security and justice serving the citizen*), 10 giugno 2009, COM (2009) 262 *final*, § 4.2.2, nonché la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *L'agenda giustizia dell'UE per il 2020: rafforzare la fiducia, la mobilità e la crescita nell'Unione*, (o *The EU Justice Agenda for 2020 – Strengthening Trust, Mobility and Growth within the Union*), 11 marzo 2014, COM (2014) 144 *final*.

3. Rigore metodologico, leale collaborazione tra legislatore e interprete e certezza del diritto

La certezza in discorso, infatti, se è pretesa dalla *rule of law* siccome nella prima si rispecchiano alcune condizioni della seconda³³, ha a sua volta implicazioni che si traducono in *sub-principles*³⁴ che includono, tra l'altro³⁵, il principio di legalità³⁶ che alla *legal certainty* è connesso³⁷ in quanto ne è componente seppure non esclusivo³⁸; e, appunto, la prevedibilità della regola del caso, del contenuto degli atti applicativi del diritto che la estrinsecano, per l'anzidetta ragione che un elevato grado di predicibilità è necessario per presagire le conseguenze giuridiche d'un comportamento³⁹. La calcolabilità, d'altro canto, si accompagna ai requisiti della conoscibilità e dell'intelligibilità, da un lato, e dell'affidabilità, dall'altro, ché da quelli dipende⁴⁰.

³³ Sul nesso tra *legal certainty* e *rule of law*, v. pure A. PECZENIK, *On law and reason*, 2nd edn., Dordrecht, 2009, p. 24 ss.

³⁴ Cfr., a es., Corte CEE, 12 luglio 1962, cause riunite n. 42/59 e n. 49/59, in *Racc.*, 1962, p. 99; Corte UE, 12 luglio 2012, causa n. 284/11, ECLI:EU:C:2012:458; TRIDIMAS, *The general principles of EU law*, 2nd edn., Oxford, 2006, p. 242 ss.

³⁵ Si aggiungono, a es., il divieto dell'interpretazione *contra legem* (v. le conclusioni dell'Avvocato Generale presso la Corte di giustizia del 15 maggio 2012 nella causa n. C-79/11, ECLI:EU:C:2012:297) e l'obbligo d'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea (*inter alia*, v. Corte CE, Grande sezione, 22 giugno 2010, cause riunite n. 188/10 e n. 189/10, in *Racc.*, 2010, p. 5667).

³⁶ Sul *legality principle*, tra le altre, v. Corte CE, 12 dicembre 1996, cause riunite n. 74/95 e n. 129/95, in *Foro it.*, 1997, IV, c. 1 ss.; e Corte CE, Grande Sezione, 3 maggio 2007, causa n. 303/05, in *Racc.*, 2007, p. I – 3633.

³⁷ Sulla connessione tra *legality principle* e *legal certainty*, v. a es. Corte CEE, 10 ottobre 1989, causa n. 201/88, in *Racc.*, 1989, p. 3109, e Corte CE, 12 dicembre 1996, cause riunite n. 74/95 e n. 129/95, cit., p. 1 ss.

³⁸ Cfr. L.F.M., BESSELINK, F. PENNING, S. PRECHAL (eds.), *The eclipse of the legality principle in the European Union*, Alphen aan de Rijn, 2011, *passim*, e Murphy [C.C.], *The Principle of Legality in Criminal Law under the ECHR*, in *EHRLR*, 2010, 192 ss.

³⁹ Per il riferimento alla *predictability*, v. tra gli altri E. PAUNIO, *op. cit.*, 51, e A. GAMPER, *Legal certainty*, cit., 81.

⁴⁰ Il diritto è “certo” se “(a) conoscibile e intelligibile, (b) affidabile e (c) calcolabile” per A. H. BERGMANN, *Teoria della certezza del diritto*, Torino, 2023, *passim*, secondo la sintesi che dell'articolata teoria dell'A. offre R. GUASTINI, *Prologo*, *ibidem*, XXI ss. e, ivi, XXI.

Da questo angolo visuale, conviene alla certezza che la creatività sia contenuta entro i confini dell'interpretazione che non ammette al libero sfogo di desideri⁴¹, bensì deve mantenersi all'interno del circolo ermeneutico⁴² non essendovi interpretazione al di fuori di un rapporto di leale collaborazione tra legislatore e interprete⁴³. E, per quanto il testo vada interrogato⁴⁴, il limite è ecceduto se l'interprete si appropri di prerogative paralegislative, specie se siano ad altri assegnate⁴⁵, e inventi la regola mediante l'autoproduzione di un artefatto consistente in un ibrido legisprudenziale⁴⁶ oltre le eventualità in cui sia chiamato dal legislatore a dare contenuto a espressioni (clausole generali e principi) indeterminate.

Il principio normativo della certezza del diritto induce, in primo luogo, a non compiacere le correnti antiformalistiche che tendono a legittimare un potere creativo del giudice fino al punto di rappresentarlo

⁴¹ Cfr. G. ALPA, *I principi generali. Una lettura giusrealistica*, in *Giust. civ.*, 2014, 957 ss. e, ivi, 960.

⁴² Cfr., nuovamente, E. BETTI, *L'ermeneutica come metodologia generale delle scienze dello spirito*, cit., 121 ss.; ID., *Le categorie civilistiche dell'interpretazione*, cit., 35; e G. ALPA, *I principi generali. Una lettura giusrealistica*, cit., 960.

⁴³ Cfr. C. LUZZATI, *L'interprete e il legislatore. Saggi sulla certezza del diritto*, Milano, 1999, 87 ss.

⁴⁴ V. L. MENGONI, *La polemica di Betti con Gadamer*, nei *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1978, 125 ss.; G. ZACCARIA, *Ermeneutica e giurisprudenza. I fondamenti filosofici nella teoria di Hans Georg Gadamer*, Milano, 1984, 44, 48; C. CASTRONOVO, *Luigi Mengoni: dalla dogmatica alla coscienza del metodo*, in *Jus*, 2002, 63 ss. e, ivi, 77.

⁴⁵ Tenuto tra l'altro conto che persino il ruolo paralegislativo della Consulta (per tutti, v. P. CALAMANDREI, *Corte Costituzionale e autorità giudiziaria*, in *Riv. dir. proc.*, 1956, I, 8 ss., spec. 39) è dibattuto (cfr. G. REPETTO, *Recenti orientamenti della Corte costituzionale in tema di sentenze di accoglimento manipolative*, in *Aa.Vv.*, *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, III, Genova, 2020, 153 ss.).

⁴⁶ Sul problema della legisprudenza, v. J. COHEN, *Towards Realism in Legisprudence*, 59 [1950] *Yale L.J.* 886 ss., e ID., *Legisprudence: Problems and Agenda*, 11 [1983] *Hofstra Law Rev.* 1163 ss. Cfr. N. LUHMAN, *Il diritto della società*, Torino, 2002, 282, e il volume a cura di F. Ferraro e S. Zorzetto, *Exploring the Province of Legislation: Theoretical and Practical Perspectives in Legisprudence*, Cham, 2022.

artefice di originali ideazioni riducibili all'archetipo del *judge-made law*⁴⁷ nel significato originale della locuzione⁴⁸ e delle sue varianti⁴⁹.

Lo stesso canone esorta, in secondo luogo, a non indulgere alla fattualità del diritto fino al punto di assumere che sia il fatto a esprimere la propria regola secondo giustizia⁵⁰, ossia sulla base di un prevalente criterio che ammette e, anzi, comporta stime indotte dalle personali convinzioni, credenze, sensibilità di chi compie la valutazione che è esercizio della virtù che funge da indefinito parametro.

Un criterio che è apprezzamento soggettivo che non consiste, ossia non si risolve nella passiva accettazione degli effetti determinati *stricto iure*⁵¹ e può, quindi, comportare il rifiuto (degli esiti dell'applicazione) delle norme giuridiche e la sostituzione di queste ultime. Un criterio che può pertanto tradursi in verdetti volutamente, consapevolmente intesi a discostarsi da quelle, cioè in atti di volontà non collaborativi, bensì rivaleggianti con la legislazione e il legislatore (le sue proposizioni, *rationes*, *policies*), che costituiscono manifestazione di un creazionismo massimalista dell'“interprete” del fatto e delle esigenze ch'esso pone da lui alquanto liberamente divise, ordinate, soddisfatte.

Il canone della certezza del diritto, in terzo luogo, spinge a riconoscere che componente essenziale della certezza giuridica è il

⁴⁷ V. P. COMANDUCCI, *L'interpretazione delle norme giuridiche. La problematica attuale*, in *Interpretazione e diritto giudiziale. I. Regole, metodi, modelli*, a cura di M. Bessone, Torino, 1999, 15 ss.

⁴⁸ Che non ha tanto a che fare con lo *stare decisis* del *common law*, ma soprattutto con la fonte eminentemente giurisprudenziale di esso, che fa del *judge-made law* un *ex-post-facto law* idoneo a generare solo aspettative deboli e incerte in capo ai consociati (v. J. BENTHAM, *A Comment on the Commentaries and A Fragment of Government*, a cura di J.H. Burns e H.L.A. Hart, Oxford, 1977, rist. 2008, 48 ss.). Cfr. D. LIEBERMAN, *The Province of Legislation Determined: Legal Theory in Eighteenth-Century Britain*, Cambridge, 1989, 232.

⁴⁹ Segnatamente, *judicial legislation* o *judiciary law*: v. J. AUSTIN, *Lectures on Jurisprudence, or the Philosophy of Positive Law*, a cura di R. Campbell, London, 1885, a es. 35 e 646 risp. Cfr. P. CHIASSONI, *Da Bentham a Kelsen: sei capitoli per una storia della filosofia analitica del diritto*, Torino, 2016, 49.

⁵⁰ Cfr. P. GROSSI, *L'«invenzione» del diritto*, Roma-Bari, 2017 e N. LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017.

⁵¹ Cfr. A. PAGLIARO, *Giustizia*, nel *Dizionario di politica*, a cura del Partito nazionale fascista, vol. II, Roma, Treccani, anno XVIII e.f. (1940), 333 ss. e, ivi, 336.

controllo razionale della discrezionalità interpretativa⁵², che sembra potersi assegnare ai compiti della scienza giuridica.

Ciò che appare opportuno vincere è la degradazione del diritto che ne indebolisca la funzione normativa – primaria sul piano pragmatico – di fornire un quadro di regole di (razionale⁵³) disciplina di rapporti e, dunque, di convivenza in seno a una società civile⁵⁴. Il che non impone soltanto – come si è dianzi osservato – di contrastare l’abuso della creatività dell’interprete che degrada il diritto a un prodotto da lui liberamente ideato, frutto di estemporanea originalità massime se riflette, più o meno esplicitamente, un prototipo del tutto personale di giustizia, esponendo ad atti dal contenuto imprevisto che sono solo formalmente applicativi. Impone altresì cautele, sul piano metodologico, fin dalla selezione degli indirizzi.

Un positivismo moderato⁵⁵, in proposito, solleva da drastiche scelte partigiane definitive; e, del resto, sembra coerente con, se non preteso dal quadro normativo che caratterizza alcune materie e campi e che progressivamente si è dilatato. Si allude a quelli che formano oggetto di un’estesa e minuta regolamentazione di origine comunitaria e che includono ampi settori appartenenti al diritto dell’economia, sull’esempio offerto dalla disciplina del mercato dei capitali.

⁵² V. R. GUASTINI, *Prologo*, cit., XXIII.

⁵³ V. A. GENTILI, *Il ruolo della razionalità cognitiva nelle invalidità negoziali*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 1105 ss., e cfr. A. ZOPPINI, *Funzione del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, in *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, a cura di M.R. Maugeri e A. Zoppini, Bologna, 2009, 9 ss.

⁵⁴ Indipendentemente, parrebbe, dal dissenso tra chi le reputa rivolte ai consociati e chi accoglie la prospettiva kelseniana in cui si distingue tra norme primarie rivolte agli organi dell’applicazione e secondarie che i consociati desumono dalle prime: in proposito, v. G. PINO, *Norma giuridica*, in *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, a cura di G. Pino, A. Schiavello e V. Villa, Torino, 2013, 144 ss. e, ivi, 159, anche per ulteriori riferimenti.

⁵⁵ V. a es., N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, nuova ed., Torino, 1979, 285.

4. *Pluralismo metodologico, unità della scienza giuridica e specificità disciplinari*

Un positivismo moderato solleva dal parteggiare, per esempio, per la giurisprudenza dei concetti⁵⁶ o per quella degli interessi⁵⁷ anziché escludere gli eccessi. Come quelli che indussero persino chi – dopo che si manifestarono l’una e l’altra inclinazione metodologica – si fece cantore del diritto libero⁵⁸ a biasimare il realismo nordamericano llewellyniano⁵⁹ che, specie nelle sue manifestazioni più estreme, comporta una degradazione del diritto in ciò affiancato, per esempio, dalla *Economic Analysis of Law*⁶⁰ e dai *critical legal studies*⁶¹.

In questa prospettiva, emergono i limiti della *Economic Analysis of Law* (EAL) e della *Law and Economics* (L&E) sebbene⁶² sia la seconda a farsi preferire, poiché appare più prossima almeno all’interdisciplinarietà⁶³. L’EAL ha velleità egemoniche sul piano metodologico; e inoltre, specie nelle proposte più radicali come quella della Scuola di Chicago⁶⁴, l’ambizione che l’argomento economico

⁵⁶ *Begriffsjurisprudenz* nella satira di von. Jhering, *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, Leipzig, 1884, 337.

⁵⁷ L’*Interessenjurisprudenz* per cui, secondo l’indirizzo della scuola di Tubinga che ebbe nell’esperienza statunitense il proprio profeta in Roscoe Pound (per Cahn [E.N.], *Review*, a L. R. SICHES et al. (eds.), *Latin-American Legal Philosophy*, Cambridge [Mass.], 1948, 48 [1948] *Colum. L. Rev.* 973 ss. e, ivi, 974), il diritto, l’attività della scienza giuridica e dei giudici debbono badare ai reali interessi in gioco (v. G. FASSÒ, *La filosofia del diritto dell'Ottocento e del Novecento*, Bologna, 1988, 238; P. HECK, *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, Tübingen, 1932).

⁵⁸ V. H. KANTOROWICZ, *Aus der Vorgeschichte der Freirechtslehre*, Mannheim – Berlin – Leipzig, 1925.

⁵⁹ V. ID., *Some Rationalism About Realism*, 43 [1943] *Yale L.J.* 1240 ss.

⁶⁰ Sulla distinzione tra *Economic Analysis of Law* (EAL) e *Law and Economics* (L&E), v. G. CALABRESI, *The Future of Law and Economics. Essays in Reform and Recollection*, New Haven, 2016, 1 ss.

⁶¹ O analisi critica: per un quadro cfr., a es., D. KENNEDY, *Critical Theory, Structuralism and Contemporary Legal Scholarship*, 21 [1986] *New Eng. L. Rev.* 209 ss., e M. KELMAN, *A Guide to Critical Legal Studies*, Cambridge, 1987.

⁶² Secondo la distinzione che ne offre G. CALABRESI, *The Future of Law and Economics. Essays in Reform and Recollection*, cit., 1 ss.

⁶³ V. P. CSERNE, M. MAŁECKA (eds.), *Law and Economics as Interdisciplinary Exchange: Philosophical, Methodological and Historical Perspectives*, London, 2019.

⁶⁴ Cfr. R.A., POSNER, *Economic Analysis of Law*, New York, 1973.

offerto e tratto da una tra le teorie economiche s'imponga al legislatore e al giudice e che, dunque, il discorso che lo impieghi sia prescrittivo nei loro confronti vincolandoli all'attuazione del modello normativo che con esso si delinea⁶⁵. Aspirazioni o tendenze che sono censurate, anche da chi non nega l'utilità del metodo, ritenendo che ne rivelino l'erroneità nella misura in cui esclude altri punti di vista, obliterando la differenza tra economia e diritto, tra economista e giurista che "deve applicare i modelli etici e di giustizia" anziché fare preponderante, se non esclusivo uso del parametro (o criterio) dell'efficienza per forgiare il discorso prescrittivo nei diversi ambiti riguardati dal diritto, prospettandone un prototipo che, per la limitata prospettiva e la natura del termine di raffronto prescelto per la messa a fuoco, appare inadeguato a penetrare ambienti culturali esterni alla tradizione anglosassone⁶⁶. Si reputa eccessivamente ristretta l'ottica in cui l'*EAL* muove⁶⁷, per il limite conseguente alla scelta d'un unico, costante parametro di valutazione, declinato nel "denaro, benessere, disponibilità a pagare"⁶⁸; o per la negazione dell'appartenenza dell'efficienza ai principi etici primari⁶⁹; o per la ritenuta indeterminatezza della nozione di efficienza⁷⁰.

⁶⁵ Cfr., a es., R. COOTER, *Law and the Imperialism of Economics: An Introduction to Economic Analysis of Law and a Review of the Major Books*, 29 [1982] *UCLA L. Rev.* 1260 ss.; e A.A. LEFF, *Economic Analysis of Law: Some Realism About Nominalism*, 60 [1974] *VA. L. Rev.* 451 ss., che, sebbene riconosca un *positive contribution of the movement in legal scholarship*, ne critica il *circular reasoning*.

⁶⁶ V. G. ALPA, *Interpretazione economica del diritto* ("Economic Analysis of Law"), in *Noviss. Dig. it., Appendice*, IV, Torino, 1983, 315 ss. e, ivi, 318, spec. in relazione a R. DORFMAN, *The Economics of Products Liability: A Reaction to McKean*, 38 [1970] *U. Chi. L. Rev.* 92 ss. e, ora, ID., *Economic Theory and Public Decisions: Selected Essays of Robert Dorfman*, Cheltenham, 1997; in senso analogo, già G. ALPA, *L'analisi economica del diritto nella prospettiva del giurista*, in *Interpretazione giuridica e analisi economica* a cura di G. Alpa, F. Pulitini, S. Rodotà, e F. Romani, Milano, 1982, 1 ss.

⁶⁷ Cfr. altresì F. I. MICHELMAN, *Reflections on Professional Education, Legal Scholarship, and the Law-and-Economics Movement*, 33 [1983] *J. Legal Educ.* 197 ss., spec. 201

⁶⁸ V. B. H. BIX, *Teoria del diritto. Idee e contesti*, ed. it. a cura di A. Porciello, Torino, 2016, 288 s.

⁶⁹ V. R. DWORKIN, *Is Wealth A Value?*, 9 [1980] *J. Legal Stud.* 191 ss., spec. 194 s.

⁷⁰ V. D. KENNEDY, *Cost-Benefit Analysis of Entitlement Problems: A Critique*, 33 [1981] *Stan. L. Rev.* 387 ss., spec. 392 s.

L'*EAL* sembra che implichi una tale degradazione del diritto perché, in seno a tale indirizzo, il diritto risulta appiattito su uno dei diversi ordinamenti normativi, con un esito di suo avvilitamento che accomuna l'orientamento in considerazione a quello che abbraccia i *critical legal studies*. L'analisi critica, da un versante assai lontano se non opposto, propone di risolvere il ragionamento giuridico nel politico negando differenze e chiamando il giudice compiere le proprie scelte sulla base dei valori politici facendone così un militante⁷¹. Entrambe le inclinazioni nutrono il nichilismo giuridico assecondando l'idea che la *regula iuris* possa essere (o senz'altro sia) mero frutto delle personali preferenze dell'interprete. E, in questo senso, costituiscono indirizzi che appaiono persino più radicali rispetto agli approdi maggiormente massimalisti del realismo nord-americano⁷² che, muovendo dai precursori⁷³ e passando per Dewey e Cardozo, giunse ai giu-scettici⁷⁴ e al più estremo Jerome Frank⁷⁵.

⁷¹ Cfr. V. VARANO, V. BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale*, I, 4^a ed., Torino, 2010, 370.

⁷² Su cui v. G. MINDA, *Postmodern Legal Movements: Law and Jurisprudence at Century's End*, New York – London, 1995; Aa.Vv., *Il diritto come profezia. Il realismo americano: antologia di scritti*, a cura di S. Castignone, M. Ripoli, C. Faralli, Torino, 2002; G. TUZET, *Il diritto non è una macchina*, in *Diritto & questioni pubbliche*, 2009, 401 ss.; W. TWINING, *Karl Llewellyn and the Realist Movement*, 2nd edn., New York, 2012.

⁷³ Spec. O. W. HOLMES, *The Path of the Law*, 10 [1897] *Harv. L. Rev.* 457 ss., che evidenziò il rilievo dei giudici in seno al processo di creazione del diritto ["The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by law", ivi, 461; analogamente, ma con riferimento alle proposizioni della scienza giuridica, A. ROSS, *On Law and Justice*, London, 1958, 41; cfr. K. SEELMANN, *Filosofia del diritto*, Napoli, 2006, 72] e R. POUND, *The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence*, 25 [1912] *Harv. L. Rev.* 489 ss., che tenne a battesimo la *sociological jurisprudence* e, con essa, l'idea del diritto come fenomeno sociale insistendo sulla distinzione tra *law in action* e *law in book*.

⁷⁴ Hutcheson, Oliphant, Hewitt, Radin e, soprattutto, per il diritto come cespuglio di rovi, l'icastico K.L. LLEWELLYN, *The Bramble Bush: On Our Law and Its Study*, New York, 1930, che è critico del formalismo giuridico, nega che il diritto discenda dalle *paper rules* e avverso pure alla regola del precedente; e ID. *The Normative, the Legal and the Law-Jobs: The Problem of Juristic Method*, 49 [1940] *Yale L. J.* 1355, anche nella trad. it. ID., *Il normativo, il giuridico e i compiti del diritto*, a cura di M. Croce, Macerata, 2021.

⁷⁵ J. FRANK, *Law and the Modern Mind*, London, 1930; v. pure K.L. LLEWELLYN, *Some Realism about Realism — Responding to Dean Pound*, 44 [1931] *Harv. L. Rev.*

Ciò introduce al secondo ambito di riflessione in cui la nozione di metodo assume rilievo per il giurista e che riguarda la connotazione delle singole discipline a cui il giurista positivo può elettivamente dedicarsi. L'interrogativo è se a uno specifico metodo si possa predicare capacità individualizzante d'una particolare disciplina, settore, ambito di studio del diritto positivo⁷⁶.

A me non pare che una tale connotazione possa dipendere da considerazioni quantitative. Non mi pare che l'ascrizione di un discorso giuridico su un peculiare istituto a una data disciplina piuttosto che a un'altra possa farsi dipendere dal differente grado di approfondimento⁷⁷. Al di là di speciali esigenze di semplificazione del discorso per finalità e uditorio, l'approfondimento è connaturato alla scientificità.

Anche in una prospettiva qualitativa, peraltro, mi sembra che tendenzialmente alcuno dei metodi di cui il giurista di diritto positivo può servirsi manifesti attitudine a qualificare unicamente una specifica disciplina di diritto positivo. I comparatisti, per esempio, praticano la sistemologia che attiene al fine e all'oggetto dell'applicazione del metodo comparativo. L'analisi economica del diritto, per parte sua, è stata storicamente ascritta al diritto privato; comunque è metodo che i privatisti tradizionalmente impiegano, per esempio nell'area della responsabilità civile. Ottimo paretiano e (governo delle) esternalità sono interessi diffusamente coltivati.

La tendenziale carenza in capo a ciascuno dei vari metodi (scientifici disponibili per il giurista di diritto positivo) della sicura capacità di associarsi (bi)univocamente a una (sola) disciplina e, così, di

1222 ss., scritto, in realtà, secondo G. GILMORE, *The Ages of American Law*, 2nd edn, New Haven – London, 2014, 178, insieme a Frank; sulle divergenze tra i due e Pound, v. G. TARELLO, *Il realismo giuridico americano*, Milano, 1962, cap. 1.

⁷⁶ In argomento, con specifico riguardo al diritto dell'economia, cfr. almeno M. PASSALACQUA, *Regole di mercato, regole sul mercato. La questione del metodo*, in *Riv. dir. banc.*, 2025, I, 247 ss.; F. SARTORI, *Il diritto dell'economia nell'epoca neoliberale tra scienza e metodo*, in *ivi*, 2022, I, 309 ss.; e F. CAPRIGLIONE, M. SEPE, *Riflessioni a margine del Diritto dell'economia. Carattere identitario ed ambito della ricerca (Considerations alongside the Economic Law. Identity character and scope of the research)*, in *Riv. trim. dir. ec.*, 2021, I, 385 ss.

⁷⁷ Cfr. R. LENER, P. CORRIAS, *Prefazione*, nel *Manuale di diritto dell'economia. I mercati finanziari e dell'energia*, a cura di P. Corrias e R. Lener, Torino, 2024, XV s. e, *ivi*, XVI.

caratterizzarla senza alternativa non solo non toglie che, come si è già accennato, possono esservi contesti in cui taluno di quei metodi si fa preferire, ma neppure esclude che la coltivazione di un particolare metodo non possa mancare nella ricerca propria di una specifica disciplina. Ma senza vincoli di esclusività.