

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE

ISSN: 2279-9737

**Rivista**  
**di Diritto Bancario**

dottrina  
e giurisprudenza  
commentata

APRILE/GIUGNO

**2022**

[rivista.dirittobancario.it](http://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**

GIOVANNI BERTI DE MARINIS, ANDREA CARRISI, GABRIELLA CAZZETTA, ALBERTO GALLARATI, EDOARDO GROSSULE, LUCA SERAFINO LENTINI (SEGRETARIO DI REDAZIONE), PAOLA LUCANTONI, EUGENIA MACCHIAVELLO, UGO MALVAGNA, ALBERTO MAGER, MASSIMO MAZZOLA, EMANUELA MIGLIACCIO, FRANCESCO PETROSINO, ELISABETTA PIRAS, CHIARA PRESCIANI, FRANCESCO QUARTA, CARMELA ROBUSTELLA, GIULIA TERRANOVA

### **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 ABBA 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



## **Il diritto dell'economia nell'epoca neoliberale tra scienza e metodo\***

**SOMMARIO:** 1. Diritto dell'economia: scienza e metodo. – 2. Fonti e tecniche (neo)regolatorie. – 2.1. *Segue.* Nuovo ordine e privatizzazione dei mercati. – 2.2. *Segue.* I rimedi. – 3. Disciplina unitaria del mercato e autonomia scientifica: i mercati regolamentati. – 4. Settori pluridisciplinari e omogeneità di contenuto. I mercati bancari, finanziari e assicurativi. – 4.1. *Segue.* I mercati in trasformazione. – 5. Note conclusive.

### *1. Diritto dell'economia: scienza e metodo*

Ogni scienza soddisfa il bisogno di conoscere. L'idea stessa di scienza presuppone un sistema di apprendimento attraverso un insieme di procedure metodologiche organizzate. Il diritto dell'economia, come ogni disciplina, è quindi in parte scienza e in parte metodo.

Il metodo scientifico è la procedura che viene seguita per raggiungere il dominio di un certo numero di dati, di un insieme di nozioni che corrispondono all'oggetto della scienza considerata. Poiché il diritto dell'economia è una branca della scienza giuridica, il campo di indagine di cui si occupa appartiene al diritto.

Sul piano del metodo, non esiste una sola modalità per raggiungere la conoscenza della realtà giuridica considerata. Così come in ogni altro settore dell'area giuridica, lo studioso del diritto dell'economia combina l'analisi giuridica con fonti di conoscenza altre: analisi empirica, strutturalismo, analisi economica del diritto, neuroscienza, funzionalismo, metodi comparatistici. Senza limitazioni circa il possibile ricorso a ulteriori apporti e metodi<sup>1</sup>.

Il ridimensionamento del rilievo che il metodo presenta nel diritto come scienza, non riducibile a un "metodo speciale", induce a guardare

---

\* Lo scritto è destinato agli studi dedicati a Mauro Giusti

<sup>1</sup> Sul problema del metodo giuridico almeno L. MENGONI, *Problemi e sistema della controversia sul metodo giuridico*, in *Jus*, 1976, p. 3 ss; ID., *Diritto e valori*, Bologna, 1985; ID., *Ancora sul metodo giuridico*, in *Riv. trib. dir. e proc. civ.*, 1984, p. 321 ss.

in modo particolare ai fenomeni di cui la disciplina si occupa. Cosicché rimane aperto il problema dell'oggetto di osservazione, del fenomeno della ricerca<sup>2</sup>.

Che cosa osserva, insomma, lo studioso del diritto dell'economia?

La prima ovvia risposta alla domanda è che l'oggetto della disciplina si identifica nelle regole giuridiche concernenti il funzionamento dei mercati, lungo una linea di vertice che si muove tanto in relazione alle singole regole di disciplina dei rapporti sociali quanto pure, in termini ordinamentali, all'organizzazione delle istituzioni di governo dell'economia.

Si può così vedere come esistano effettivamente una moltitudine di fenomeni di cui si occupa il diritto dell'economia rispetto ad altre discipline giuridiche e che il *focus* dell'oggetto di ricerca non ricada in una o nell'altra delle partizioni del fenomeno giuridico in base alle quali il diritto si è tradizionalmente orientato. Così come non esiste un "metodo puro" della disciplina, neppure può accogliersi una visione riduttiva del suo oggetto.

Il diritto dell'economia presuppone l'accertamento che esiste una pluralità di modelli giuridici che governano i mercati. Modelli, questi, le cui determinanti sono definite, anzitutto, dalla dimensione multilivello delle fonti relative a un dato mercato, come pure dal ruolo dello Stato rispetto al sistema economico. Ma esso va ben oltre questo semplice accertamento, nella misura in cui vi fa conseguire una peculiare impostazione dello studio del fenomeno considerato: la quale muove non già dall'indagine di norme o istituti giuridici, bensì dall'analisi delle "esigenze regolative" di un dato mercato, per sviluppare, da quelle, una comprensione giuridica globale del fenomeno, che possa dirsi adeguata ad esse<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Del resto che il problema principale della conoscenza scientifica del diritto riguardi l'oggetto stesso di osservazione è constatazione condivisa, G. CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto*, in *Opere*, II, Milano, 1959.

<sup>3</sup> In questa prospettiva, l'analisi della moltitudine di regole orientate a comporre i conflitti di interesse tra gli attori del mercato è funzionale a dare ordine al sistema e rispondere alle esigenze che provengono dal mercato stesso.

## 2. Fonti e tecniche (neo)regolatorie

L'ordinamento del diritto dell'economia ha subito profondi cambiamenti istituzionali per effetto della trasformazione del capitalismo, e continua a subirne nei tempi attuali di "neoliberismo". Invero, neppure è facile comprendere il reale significato dell'espressione, che evoca un fenomeno complessissimo, quanto a natura e caratteristiche, privo di una definitiva sistemazione in letteratura<sup>4</sup>. In simile prospettiva, non è poi dato identificare l'esistenza stessa di un "diritto neoliberale", se non evocando l'idea di un diritto "caratterizzato da uno *stile* neoliberale"<sup>5</sup>.

Rimanendo, allora, a livello di tendenze e caratteristiche generali del diritto dell'economia, quale "prodotto" del mondo contemporaneo, possiamo registrare una vera e propria mutazione genetica del giuridico. Mutano i soggetti attivi, mutano le modalità di produzione e funzionamento delle regole, così come gli obiettivi e le finalità, nonché la giustiziabilità delle pretese<sup>6</sup>.

Il che, per vero, non sorprende. Il diritto dell'economia è segnato da una tensione immanente tra categorie ordinanti consolidate nella tradizione giuridica e dinamiche strutturali della produzione e circolazione dei beni e servizi propri dell'economia di mercato. Tensione che si presenta in modo più intenso rispetto alle ipotesi nelle quali ricorre una diversa attività di impresa. Ogni ordinamento che coltiva l'economia di mercato ha interesse che l'esercizio dell'impresa sia conforme a determinati obiettivi e regole. Nei mercati più sofisticati, tuttavia, questo processo assume storicamente valore programmatico,

---

<sup>4</sup> Sulla complessità del fenomeno cfr. F. DENOZZA, *Regole e mercato nel diritto neoliberale*, in *Regole e mercato*, vol. II, Rispoli Farina, Sciarrone Alibrandi, Tonelli (a cura di), Torino, 2017. In particolare, sul dibattito degli ultimi anni vedi nt. 1, ove una bibliografia completa.

<sup>5</sup> Tema indagato a fondo dall'illustre autore testé richiamato. Si veda anche, AA.VV., *Esiste uno "stile giuridico" neoliberale?*, *Atti dei seminari per Francesco Denozza*, Sacchi, Toffoletto (a cura di), Milano, 2019.

<sup>6</sup> In chiave assai critica, sulla mutazione genetica del diritto nel contesto del capitalismo contemporaneo, M. R. FERRARESE, *Promesse mancate. Dove ci ha portato il capitalismo finanziario*, Bologna, 2017.

incidendo direttamente sull'organizzazione dell'impresa e sullo squilibrio del rapporto<sup>7</sup>.

A ben vedere, la concettualizzazione dei rapporti nel mercato operata dalla scienza giuridica ha dimostrato una certa resilienza, così da supportare l'affermazione dei diversi sistemi economici in tutte le fasi di "capitalismo permanente": (i) dall'economia di mercato tipica

---

<sup>7</sup> Da questo angolo visuale risulta paradigmatico il settore assicurativo, dove la capacità effettiva di assunzione di una pluralità di rischi omogenei da parte del soggetto assicuratore postula un'organizzazione in termini professionali d'impresa. Si tratta di una constatazione risalente, già declinata nella prospettiva del necessario legame tra professionalità e principio attuariale (la paternità della cd. «teoria dell'impresa» è da attribuire a VIVANTE, *Il contratto di assicurazione: le assicurazioni sulla vita*, III, Milano, 1887, *passim*; ID. *Trattato di diritto commerciale*, IV, Milano, 1929, 340 ss.; ID., *Del contratto di assicurazione, di pegno, di deposito nei magazzini generali*, Torino, 1936, Introduzione; poi ripresa e sviluppata, tra gli altri, da L. MOSSA, *Impresa e contratto di assicurazione nelle vicendevoli relazioni*, in *Ass.*, 1953, 148 ss.; S. SOTGIA, *La prestazione dell'assicuratore*, in *Ass.*, 1959, 365 ss.; G. FERRI, *L'impresa nella struttura del contratto di assicurazione*, in *Studi sulle assicurazioni*, Roma, 1963, 114; A. JORIO, voce «*Impresa di assicurazione (diritto commerciale)*», in *Enc. Giur.*, XVI, Roma, 1963), successivamente nella particolare prospettiva della categorizzazione del contratto assicurativo fra quelli aleatori (fondamentale il lavoro di A. GAMBINO, *L'assicurazione nella teoria dei contratti aleatori*, Milano, 1964; più recentemente cfr. G. VOLPE PUTZOLU, *Riflessioni su assicurazione e comunione dei rischi*, in *Studi in onore di P. Rescigno*, IV, Milano, 1998, 790 ss.). Per il legame fra impresa e contratto di assicurazione nella prospettiva della regolazione del mercato, in funzione del perseguimento di interessi generali sia consentito rinviare a SARTORI, *Disciplina dell'impresa e statuto contrattuale: il criterio della «sana e prudente gestione»*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2017, I, 131 ss.; cui adde O. CLARIZIA, *Contratto di assicurazione, impresa, mercato: dialoghi tra passato (l'impresa requisito del contratto) e presente (nullità di protezione ed eteroregolamentazione)*, in *Rass. Dir. Civ.*, 2017, 1211 ss.; P. CORRIAS, *Incidenza dell'impresa e conformazione del contratto di assicurazione*, in *Giust. Civ.*, 2017, 509 ss.. Girando la prospettiva al settore bancario, sono davvero numerosi gli esempi possibili: restando sulla disciplina dell'organizzazione basta pensare al corpo di regole dettato per il gruppo bancario cooperativo (*ex multis*: A. SACCO GINEVRI, *La nuova regolazione del gruppo bancario*, Torino, 2017, 169 ss.; R. SANTAGATA, «*Coesione* ed autonomia nel gruppo bancario cooperativo», in *Banca borsa tit. cred.*, 2017, I, 431 ss.; F. ACCETTELLA, *Il gruppo bancario cooperativo quale gruppo societario "legale obbligatorio"*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2019, I, 35 ss.); alla tematica dei requisiti di professionalità e onorabilità degli esponenti bancari; alla disciplina della risoluzione delle crisi bancarie (sia sufficiente il rinvio a M. SPERANZIN, voce «*Bail in (e condivisione degli oneri)*», in *Dig. Disc. priv. /Sez. Comm., Agg.*, Torino, 2017, 28 ss.).

del primo capitalismo; (ii) all'economia pianificata o dirigista, a fronte dell'evoluzione in senso pubblicistico e autoritario degli assetti politico istituzionali e dei relativi fondamenti ideologici, propria della storia dell'Europa continentale nella prima metà del XX secolo; (iii) sino all'economia mista come programmata nella nostra Carta Costituzionale<sup>8</sup>.

Nel segno della trasformazione, il capitalismo contemporaneo ha apportato radicali cambiamenti istituzionali che si sono riflessi sull'evoluzione delle misure e delle azioni che hanno caratterizzato il delicato rapporto tra poteri pubblici e attività economiche<sup>9</sup>. La spinta verso la finanziarizzazione dell'economia ha ridefinito la stessa idea di mercato non solo come ideologia ma anche come istituzione.

Le modifiche di tessuto giuridico rispecchiano, dapprima, il mutato equilibrio tra poteri pubblici e attività economiche<sup>10</sup> e, successivamente, le massive riforme europee che hanno interessato gli Stati membri della Comunità e dell'Unione. La presenza invasiva delle autorità nei processi di regolazione, organizzazione e gestione dei mercati viene soppiantata dal modello impresa-mercato in cui il ruolo del pubblico è focalizzato sulla verifica della permanenza delle condizioni idonee a garantire trasparenza del mercato, ordinato svolgimento delle negoziazioni e tutela della domanda<sup>11</sup>.

Il cambiamento si è registrato plasticamente nel contesto dei mercati bancari, finanziari e assicurativi, dove le autorità amministrative indipendenti hanno assunto un ruolo da protagonista nella definizione dell'assetto istituzionale<sup>12</sup>. Più generazioni di direttive hanno ridefinito

---

<sup>8</sup> Sulla dialettica tra capital(e)ismo e diritto, recentemente PISTOR, *The Code of Capital: How the Law Creates Wealth and Inequality*, Princeton University Press, 2019. Cfr. F. SARTORI, *Il codice del capitale. Come il diritto crea ricchezza e disuguaglianza: a proposito di un recente libro di Katharina Pistor*, in *Riv. dir. banc.*, I, 2021, pp. 623 e ss.

<sup>9</sup> ZUBOFF, *The Age of Surveillance Capitalism: The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*, Profile Books Ltd, 2019.

<sup>10</sup> A. GIUSTI, *Regolamentazione pubblica delle attività economiche e governo politico dell'economia*, in *Diritto pubblico dell'economia*, Torino, 2013, 1 ss.

<sup>11</sup> R. COASE, *The firm, the market, the law*, Chicago, 1988, trad. it., *Impresa, mercato, diritto*, Bologna, 1995.

<sup>12</sup> Cfr. in particolare, G. GITTI-P. SPADA, *La regolazione del mercato come strategia*; BERTI, *Diffusione della normatività e nuovo disordine delle fonti*; A. MERUSI, *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, G. DE NOVA, *Le fonti*

l'architettura dell'ordinamento e dettato regole analitiche che hanno scardinato la centralità della legislazione municipale. Assai frequentemente lo strumento della direttiva viene soppiantato a favore del regolamento immediatamente applicabile all'interno dei singoli Stati membri.

Il legislatore di Bruxelles non pare l'unico protagonista della scena. Si affacciano altri centri di produzione di norme giuridiche. Il ricorso a *technical standars, guidelines, best practices*, ai protocolli, ecc. intorbidisce lo scenario. Come risultato ne è conseguita una complessificazione dell'ordinamento giuridico investito da un flusso magmatico di regole, molte delle quali non determinanti, che ha accentuato l'onere complessivo della regolamentazione, sotto il profilo dei costi e delle possibili incoerenze sistematiche.

Né si tratta di un processo evolutivo che possa dirsi concluso. Guardando al presente e al futuro, le linee del mutamento si muovono nella direzione di un ulteriore adattamento del paradigma regolatorio alle dinamiche economiche e politiche globali<sup>13</sup>. Sicché non solo si registrano nuove tecniche di intervento pubblico nel mercato, ma viepiù la disciplina “privatistica” assume un ruolo di sintesi e di garanzia di interessi inerenti, non già soltanto ad assetti afferenti il rapporto tra parti private, ma la funzionalità generale del modello di mercato. Il contratto non si limita a veicolare preferenze individuali, ma a favorire la realizzazione di valori di sistema come la concorrenza e l'efficienza<sup>14</sup>. L'utilizzo del “diritto privato regolatorio” per disciplinare il mercato apre una traiettoria di indagine nuova, ché il plesso normativo non si lascia comprendere all'interno degli schemi tradizionali<sup>15</sup>.

---

*disciplina del contratto e le autorità indipendenti*, tutti contenuti in *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, Gitti (a cura di), Bologna, 2006.

<sup>13</sup> Per tutti, M. BUSSANI, *Diritto dell'Occidente. Geopolitica delle regole globali*, Torino, 2017.

<sup>14</sup> M. BARCELLONA, *Libertà contrattuale*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974, p.489; F. MESSINEO, voce *Contratto*, *Enc. dir.*, Milano, 1961; L. MENGONI, *Programmazione e diritto*, in *Justitia*, 1966, pp. 92 e ss.; P. RESCIGNO, *L'autonomia dei privati*, in *Justitia*, 1967, pp. 3 e ss.; G. B. FERRI, *L'ordine pubblico economico*, in *Riv. dir. comm.*, 1963, pp. 464 e ss.

<sup>15</sup> La letteratura sul tema è sterminata. Si vedano almeno H.W. MICKLITZ, *The Visible Hand of European Regulatory Private Law: The Transformation of European Private Law from Autonomy to Functionalism in Competition and Regulation*, *EUI Working Papers Law*, 2008/14; F. CAFAGGI, H. MUIR WATT, *The Regulatory*

### 2.1. Segue. Nuovo ordine e privatizzazione dei mercati

Nel confronto con altre realtà storiche, quella attuale mette in evidenza un tratto caratteristico di neutralità prevalente, veicolato da ricette efficientistiche che da decenni governano la cultura accademica globale<sup>16</sup>. La centralità del contratto – considerato il motore dello sviluppo economico – e il carattere individualistico del paradigma di azione sociale – in continua tensione verso la ricerca dell’ofelimità paretiana – identificano l’astratta libertà dell’individuo, positivamente definita in termini di diritto soggettivo privato quale categoria ordinante dell’economia. Ma a ben considerare, ricordava Luigi Mengoni negli Studi in onore di Asquini, il diritto soggettivo, così inteso, diventa “strumento di formazione di centri di potere economico (...), di forza incontrollata delle formazioni monopolistiche”, insomma “una non libertà per coloro, e sono i più, che partono con poche chances”<sup>17</sup>.

La lettura del processo di cambiamento dell’architettura complessiva del sistema risulta ancorata a una peculiare prospettiva di ordine culturale, che muove nella direzione della privatizzazione del mercato<sup>18</sup>. Una tendenza, nel *milieu*, che riflette la politica avviata da una parte e dall’altra dell’Atlantico rispettivamente da Margaret Thatcher e Ronald Regan. In questo contesto, un ruolo importantissimo va riconosciuto alla scuola di Chicago di Richard Posner e a quella del neoistituzionalismo economico di Williamson e Douglass. L’ideologia della neutralità mette al centro del mercato il contratto quale strumento di massimizzazione della ricchezza.

L’*homo oeconomicus*, perfetto calcolatore delle proprie convenienze, costituisce l’archetipo intorno al quale riorganizzare la nuova “civiltà” giuridica. L’efficienza diventa sinonimo di sviluppo economico, là dove i lacci e laccioli degli Stati e delle loro politiche

---

*Function of European Private Law*, Edward Elgar Publishing, 2009; V. RICCIUTO, *Nuove prospettive del diritto privato dell’economia*, in Picozza, Ricciuto (a cura di), *Diritto dell’economia*, Torino, 2013, p. 255, già in R. DI RAIMO, V. RICCIUTO, *Impresa pubblica e intervento dello Stato in economia*, Napoli, 2006.

<sup>16</sup> U. MATTEI, *Efficiency in Legal Transplants: An Essay in Comparative Law and Economics*, 14 *Int’l. Rev. L. & Econ.* 3 (1994).

<sup>17</sup> L. MENGONI, *Forma giuridica e materia economica*, in *Studi in onore di A. Asquini*, Padova, vol. III, 1963, 1075, ora anche in *Diritto e valori*, Bologna, 1985.

<sup>18</sup>E. BARUCCI, F. PIEROBON, *Le privatizzazioni in Italia*, Roma, 2007.

economiche diventano freni allo sviluppo, strumenti di ostacolo alla New economy. D'altronde la *Efficient Capital Market Hypothesis* (ECMH) teorizzata da Eugene Fama assume che è lo stesso mercato a proteggere i suoi cittadini, ché tutte le informazioni sono incorporate nei prezzi degli strumenti finanziari<sup>19</sup>.

Così delineate le linee di indirizzo di apertura e integrazione dei mercati su scala globale, il sistema economico viene spogliato dei compiti affidati alla programmazione. Il dirigismo economico complessivo e le tecniche di “protezionismo finanziario” cedono a un nuovo disegno. L'attività finanziaria viene costruita come attività di impresa. Un'impresa che opera oltre i confini nazionali e deve quindi potenziarsi sul piano dimensionale, superando le barriere di specializzazione che rischiavano di comprometterne la competitività su scala internazionale.

In sintesi estrema, il diritto viene “depoliticizzato”, presentato come tecnico, tecnologico, neutrale per l'appunto. Un diritto “soffice” che si fa portatore dei valori del mercato e che trasforma radicalmente i connotati del giuridico<sup>20</sup>.

Posta la situazione descritta, è cosa facilmente comprensibile che l'autonomia del diritto, nella sua funzione formativa dell'ordine economico, risulti fortemente compromessa. Nella misura in cui esso si colloca in posizione di soggezione rispetto all'economia.

Il rapporto delineato tra regola giuridica e regola economica si infrange inoltre con la teoria delle fonti che ci viene consegnata dalla tradizione. Naturalmente, nel suo riflettersi sulla razionalità del sistema la dimensione globale del mercato viene ad assumere in sé un tratto tipico e profondo. Si smarrisce ogni riferimento alla territorialità e all'ambito spaziale di esercizio dell'intervento sul sistema economico<sup>21</sup>. L'impianto concettuale consolidato perde qualsiasi credibilità descrittiva. Il modello kelseniano si scioglie intorno ai nuovi centri di produzione di regole giuridiche. Fondo monetario

---

<sup>19</sup> E.F. FAMA, *Efficient Capital Market. A Review of Theory and Empirical Work*, 25 *Journal of Finance*, 382 (1970).

<sup>20</sup> U. MATTEI, *Efficiency in Legal Transplants: An Essay in Comparative Law and Economics*, cit.

<sup>21</sup> Alla tematica in generale, come ad alcune sue declinazioni nella realtà operativa, sono dedicati i contributi contenuti nel volume AA. VV., *I luoghi dell'economia. Le dimensioni della sovranità*, Antonucci, De poli, Urbani, (a cura di), Torino, 2019.

internazionale, Banca mondiale, Banca centrale europea, Autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati, ecc. sono gli attori che organizzano le libertà economiche attraverso protocolli, linee guida, comunicazioni.

## 2.2. Segue. *I rimedi*

Anche il tema dell'*enforcement* si organizza intorno a modelli istituzionali assai distanti da quelli che caratterizzano la dicotoma tradizionale “pubblico-privato”. Interesse pubblico e interesse privato si sovrappongono nell'acquisita consapevolezza che l'*enforcement* privato è idoneo a modificare il comportamento degli attori di mercato in chiave di deterrenza e regolazione<sup>22</sup>. È noto che l'idea stessa di rimedio è intimamente connessa alla situazione giuridica che intende tutelare. Nella diversità metodologica dei diversi ordinamenti, un diritto esiste in quanto c'è un rimedio e solo se c'è un rimedio il diritto esiste: *ubi ius ibi remedium, ubi remedium ibi ius*. Del resto, i rimedi non sono formule declamatorie ma vere e proprie “istituzioni sociali”, per usare la felice formula di Wright, che dotano di forza gli interessi soggettivi rendendoli situazioni giuridiche<sup>23</sup>. Rispondono cioè alla concreta esigenza di tutelare coloro che hanno subito o temono di subire un'ingiustizia e, per l'effetto, si identificano con l'essenza stessa del diritto.

Il tema, che si presterebbe a tutt'altra trattazione, assume particolare rilievo nel contesto dello studio del diritto dell'economia. L'apparente uniformità delle soluzioni normative declamate in ambito europeo, che pare non lasciare spazio all'affermarsi di modelli istituzionali di mercato diversi, conduce infatti alla conclusione che le differenze ordinamentali si colgono nel settore dei rimedi. Ordinamenti dotati di strumenti rimediali efficaci tendono ad escludere operatori opportunisti e infedeli e, di converso, ad attrarre investitori e capitali. Correlativamente, ordinamenti non adeguatamente attrezzati attirano società dal basso valore reputazionale, che pregiudicano la credibilità del mercato con l'inevitabile dispersione di capitale. Si viene a

---

<sup>22</sup> Sviluppo il tema in F. SARTORI, *Informazione economica e responsabilità civile*, Padova, 2011.

<sup>23</sup> C. WRIGHT, *The Law of Remedies as a Social Institution*, in *University of Detroit Law Journal*, 18 U. Det. LJ, 376 (1955).

delineare così un curioso fenomeno di “arbitraggio rimediale”.

Da questo angolo visuale, lo sviluppo tecnologico favorisce l'immissione nel mercato di servizi che si accompagnano a rischi “strutturali”. L'esperienza nel settore finanziario ha dimostrato l'inadeguatezza dei modelli di tutela compensativa fondati sul paradigma assorbente dello scambio degli equivalenti e dell'indifferenza commutativa. Un modello che mal si adatta a tipologie di danni che non lasciano “indifferenti” i cittadini del mercato. È proprio il settore del diritto dell'economia che può costituire un banco di prova della funzione distributiva dell'apparato rimediale. I costi sociali che si accompagnano all'agire economico richiedono un ripensamento generale del rimedio risarcitorio. In una prospettiva di protezione di un assetto distributivo dato. I tempi sono, insomma, maturi per un radicale passo in avanti che ci liberi dall'eredità della tradizione e favorisca scelte di *public policy* nella ricostruzione dei modelli di protezione<sup>24</sup>.

### 3. *Disciplina unitaria del mercato e autonomia scientifica: i mercati regolamentati*

Nel contesto delineato, un indice di tendenza merita di essere rimarcato. Il quadro giuridico disegnato dalle nuove fonti del diritto appare omogeneo sul piano dell'autonomia di disciplina<sup>25</sup>. Iniziano così a definirsi degli ordinamenti autonomi del diritto dell'economia che rispondono a precise scelte di politica del diritto. In più settori si ravvedono regole e meccanismi istituzionali omogenei, prendono forma nuove categorie e concetti veicolati da un linguaggio comune.

Così impostato – in termini generalissimi – il tema dell'oggetto del diritto dell'economia, si tratta di identificare quelle “discipline di mercato” che si sono emancipate da un approccio all'analisi giuridica dell'attività economica di tipo autoreferenziale, poiché tutto organizzato intorno a domande di ricerca che vertono su – e si riducono

---

<sup>24</sup> Si tolleri ancora un riferimento a F. SARTORI, *Ideologie e tecniche della (ri)codificazione del diritto privato*, in *The Cardozo Electronic Law Bulletin*, 2019/25, n. 1 (2019).

<sup>25</sup> Puntute le note di F. CAPRIGLIONE, *Riflessioni a margine del diritto dell'economia. Carattere identitario ed ambito di ricerca*, in *Riv. trim. dir. ec.*, n. 3, I, 2021, pp. 385 e ss.

a – le categorie dogmatiche consolidate nell’ambito della tradizione, a partire dalla dicotomia diritto pubblico-diritto privato. Discipline unitarie, a ben considerare, che contrassegnano l’autonomia (pluri)disciplinare di un settore e che, come tali, vanno considerate autonomamente dal punto di vista scientifico: se i mercati vengono normati con schemi nuovi richiedono nuove concettualizzazioni rispetto a quelle originate dalle branche del diritto privato, pubblico e commerciale.

Il processo di emancipazione, che di per sé giustifica il rilievo dell’autonomia scientifica, è lento e complesso. Tanto è vero che siamo ancora agli albori di questo fenomeno. È con il sintagma *mercati regolamentati* che si identifica l’avvenuta autonomia della partizione settoriale e si segnala la natura unitaria del sistema giuridico del mercato, composto da un complesso di nozioni, principi, proposizioni, regole e sanzioni connessi tra loro. L’importanza è tale da giustificare una trattazione apposita dal punto di vista scientifico al pari delle scienze giuridiche tradizionali.

È corretto quindi dire che l’oggetto del diritto dell’economia quale disciplina scientifica attiene alla struttura giuridico-normativa dei mercati: tanto quelli attualmente regolati, quanto pure quelli “regolandi”, e cioè tali da esprimere un’esigenza regolativa non assolta dalla disciplina generale del diritto civile e commerciale.

Lo studio dei diversi modi di organizzazione giuridica di questi mercati rappresenta il referente della nostra disciplina accademica. Naturalmente lo studioso del diritto dell’economia avrà molto da discutere con il privatista, il commercialista e il pubblicista. Ma il primo coltiva un determinato campo di conoscenze diverse da quelle coltivate dalle scienze classiche e utilizza a tal fine un proprio *corpus* di teorie e di dottrine. Da questo angolo visuale, la disciplina del diritto dell’economia è chiamata a verificare il processo di affermazione del diritto in un dato mercato. Sicché le spiegazioni e le concettualizzazioni elaborate dalle branche tradizionali del diritto lasciano spazio all’analisi delle regole operazionali effettivamente messe in pratica da chi nel mercato opera. Le stesse fonti del diritto, si è ricordato, non si prestano ad un’analisi gerarchica di kelseniana memoria ma vengono a rilevare in quanto meccanismi istituzionali orientati a raggiungere determinate decisioni giuridiche. E questo vale per la legislazione, la regolazione di secondo livello, la *soft law*, il sistema di aggiudicazione delle corti, i

meccanismi di intervento delle autorità di vigilanza. Il discorso giuridico utilizza una grammatica diversa da quella sviluppata intorno alle categorie concettuali della costruzione giuridica classica. Nei mercati più avanzati sul piano del sapere accademico questo dato risulta esplicito. Le regole vivono nelle pieghe di una terminologia tecnica, specialistica, che è ormai invalsa nel linguaggio “comune”.

#### 4. *Settori pluridisciplinari e omogeneità di contenuto. I mercati bancari, finanziari e assicurativi*

Va pure detto che in taluni mercati si registra da tempo l'avvenuta “indipendenza”. Non a caso sono proprio questi “territori”, caratterizzati da una completezza giuridico-economica, che costituiscono fertile campo di indagine degli studiosi del diritto dell'economia. Su questo crinale si registrano i risultati più proficui sia sul piano dell'attività scientifica sia su quello della didattica.

L'accento cade tonico sul mercato bancario, finanziario e assicurativo<sup>26</sup>. Gli studi attengono alla disciplina unitaria dell'attività svolta dalle imprese bancarie, finanziarie e assicurative in un contesto di pubblica utilità che non viene alterato dalla struttura organizzativa e proprietaria. In questo senso, l'attività di impresa è caratterizzata da vincoli funzionali alla luce dell'interesse perseguito. La regolazione dell'economia utilizza una tecnica che si sviluppa intorno al binomio “impresa-contratto”. I negozi del mercato possono essere perfezionati esclusivamente da un imprenditore qualificato la cui organizzazione sia fondata su una struttura che garantisca la solvibilità dell'impresa. La quale, custode della ricchezza nazionale, deve essere in grado di adempiere, nelle condizioni più avverse, alle obbligazioni assunte con la clientela. L'impresa dona l'anima al contratto e ne determina la disciplina. La riserva di attività, le limitazioni dell'oggetto sociale, il sistema delle autorizzazioni e dei controlli *ex post*, la *disclosure* al mercato, la speciale organizzazione e i requisiti patrimoniali sono la cifra della *governance* delle imprese bancarie, finanziarie e assicurative. Lo statuto contrattuale riflette questa dimensione e assurge a sintesi della convergenza tra interessi generali e individuali. La

---

<sup>26</sup> IBIDEM, ove si parla di “*un campo di elezione (come rilevasi dalle declaratorie ministeriali) nei settori bancario, finanziario e assicurativo*”, 410.

regolazione del contratto diviene strumento di regolazione del mercato e viceversa<sup>27</sup>.

In questo contesto, i guardiani del nuovo ordine sono le autorità indipendenti il cui obiettivo è tutelare gli interessi pubblici e della collettività. Esse sono dotate di incisivi poteri di vigilanza informativa, ispettiva e sanzionatoria. Ma soprattutto di un potere di regolamentazione pervasivo che si estende a tutti gli aspetti dell'organizzazione e dell'attività dei soggetti vigilati: assetto strutturale, modalità di governo, sistemi di controllo dei rischi, trasparenza delle condizioni negoziali e correttezza dei comportamenti. Un potere che viene esercitato in funzione di interessi generali, quelli cioè della protezione della clientela, della stabilità, efficienza e competitività del sistema finanziario.

Il riassetto normativo che ha interessato siffatti mercati si è sviluppato, con velocità diverse, lungo una traiettoria comune. Lo sforzo di emancipazione della materia può dirsi felicemente compiuto. La disciplina del mercato assicurativo ricalca, sotto molteplici profili, quella elaborata nel bancario e nel settore dei servizi di investimento. I tre statuti di disciplina condividono finalità e principi generali in tema di vigilanza. Le tecniche di regolazione sono le stesse e si articolano nell'emanazione di provvedimenti normativi che si inseguono e si sovrappongono, coerentemente al processo di omogeneizzazione che contraddistingue, nell'oggi, il fenomeno bancario, finanziario e assicurativo<sup>28</sup>.

Senza scendere oltre nello specifico, ciò che merita di essere sottolineato è che il campo di indagine qui tracciato risulta unitario e la distinzione tra diritto pubblico e privato - che affonda le radici in una tradizione secolare ed ha caratteri molto formali - si scioglie alla luce

---

<sup>27</sup> Il tema del rapporto tra contratto e mercato è approfondito da IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 1998. Si vedano anche V. BUONOCORE, *Contratto e mercato*, in *Giur. comm.*, 2007, I, pp. 270 e ss., nonché F. CAPRIGLIONE, *Introduzione*, in *I contratti dei risparmiatori*, F. Capriglione (a cura di), *Istituti di diritto civile*, collana diretta da G. Alpa, Milano, 2013, pp. 1 e ss.

<sup>28</sup> Per averne un tangibile riscontro pratico v. ad es. P. CORRIAS, *Le aree di interferenza dell'attività bancaria e assicurativa tra tutela dell'utente ed esigenze di armonizzazione del mercato finanziario*, in *Giust. Civ.*, 2013, 2015, 617 ss.; come pure, da un diverso angolo visuale, A. SCIARRONE ALIBRANDI, *Prodotti "misti" e norme a tutela del cliente*, in *Società, banche e crisi d'impresa*. Liber Amicorum Pietro Abbadessa, Torino, 2, 2014, 2413 ss.

di un processo di trasmutazione che tende a far sfumare i confini di una distinzione obsoleta e assorbita dal criterio della materia oggetto di regolamentazione, quello del diritto dell'economia<sup>29</sup>.

#### 4.1. Segue. *I mercati in trasformazione*

Chi dica che il campo di indagine del diritto dell'economia coincide con i tre mercati richiamati ha tuttavia una visione riduttiva del suo oggetto. A poco a poco ci siamo avvicinati, infatti, ad altri mercati che si sono sviluppati seguendo il medesimo vertice orientativo della completezza giuridico-economica della disciplina. Larga attenzione inizia ad essere dedicata al mercato dell'energia, a quello farmaceutico e sanitario, delle telecomunicazioni, della rete e dei servizi, ecc., i cui statuti disciplinari si sono emancipati dalla dicotomia tradizionale. Le linee di sviluppo, *mutatis mutandis*, sono tributarie degli archetipi che si registrano nei mercati *mainstream*: fonti, meccanismi istituzionali, autorità di regolazione, modelli di *enforcement*, ecc.

L'ampiezza delle esperienze acquisite nello studio dei fenomeni più familiari può essere messa a regime, come effettivamente inizia ad essere, nella comprensione e nella ricerca di una molteplicità di modelli giuridici che condividono i tratti essenziali di quelli che godono della primogenitura della ricerca. Non si tratta qui di formulare equazioni troppo semplici, e quindi ingenui, né di alimentare una disputa a favore o contro l'allargamento dell'ambito della scienza, bensì di affermare che a fronte della similitudine del "sistema giuridico del mercato" è il diritto dell'economia a fornire la migliore conoscenza dei modelli.

#### 5. *Note conclusive*

In questa prospettiva si colloca il sapere accademico del diritto dell'economia che diventa, così, specifico settore disciplinare (: IUS/05). L'analisi scientifica e l'attività didattica sono orientati alla migliore intelligenza dei modelli giuridici che danno forma all'ordine autonomo dei mercati.

---

<sup>29</sup> AA. VV., *Il declino della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato*, Atti del IV Congresso nazionale SIRD, Benacchio, Graziadei (a cura di), *Quaderni della Facoltà di Giurisprudenza*, 24, Trento, 2016.

Lo studio e l'insegnamento del diritto dell'economia possono giovare di innumerevoli metodi. Nondimeno, il diritto dell'economia rimane una scienza che si sviluppa intorno all'osservazione dei modi concreti di funzionamento dei mercati e delle relative regole operazionali. Il plesso normativo non si lascia comprendere all'interno degli schemi codicistici tradizionali, né con riferimento al diritto comune dei contratti, né tantomeno con riguardo alle categorie classiche del diritto commerciale. Nemmeno in aiuto soccorrono le costruzioni concettuali elaborate dalla scienza pubblicistica. Si apre, insomma, una traiettoria di indagine nuova che osserva regole organizzate intorno a un principio funzionalistico, che muove nella direzione di garantire l'effettività del mercato nel rispetto dei valori e degli interessi generali sottesi. Da questo angolo visuale va ricercata coerenza e unità dogmatica. Lo scienziato del diritto dell'economia pensa con schemi concettuali nuovi, è libero dalle vecchie categorie ordinanti in una dimensione di accertato declino della stessa distinzione tra diritto pubblico e privato.