

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 MALVACNA, ALBERTO MACER, MASSIMO MAZZOLA, EMANUELA
MIGLIACCIO, FRANCESCO PETROSINO, ELISABETTA PIRAS, CHIARA
PRESCIANI, FRANCESCO QUARTA, GIULIA TERRANOVA, VERONICA
ZERBA (SEGRETARIO DI REDAZIONE)

COORDINAMENTO EDITORIALE

UGO MALVACNA

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.

Rivista | dottrina
di Diritto Bancario | e giurisprudenza
commentata

SEDE DELLA REDAZIONE

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

Regole di mercato, regole sul mercato. La questione del metodo*

SOMMARIO: 1. Metodo e oggetto. – 2. Possibile definizione del metodo della scienza giuridica. – 2.1. Metodo, interpretazione e dogmatica. – 3. La permanente distinzione tra diritto pubblico e diritto privato. – 4. Regole di diritto v. regole sul mercato e regole sul diritto v. regole di mercato. – 5. Il paradosso conclusivo.

1. Metodo e oggetto

Secondo Francesco Carnelutti, la riflessione sul metodo deve muovere dall'oggetto. Nel suo libro del 1939, dedicato alla metodologia giuridica e rieditato più di recente⁸⁷, sostiene, infatti, che solo una volta delimitato l'oggetto – cioè, nella specie, cosa sia il diritto – si potrà individuare il metodo più confacente. Questo appartiene ad ogni scienza che voglia definirsi tale e così deve essere anche per la scienza giuridica. Darei per pacifico che di scienza si tratti, posto che, dopo Popper e Khun⁸⁸, la scienza non può più essere considerata la necessaria scoperta della verità⁸⁹, bensì l'applicazione di paradigmi per risolvere problemi; pertanto, anche l'opera dello studioso del diritto va qualificata come scientifica⁹⁰.

* Il presente saggio è frutto della rielaborazione della *Relazione* presentata al Convegno *Sul metodo nel diritto dell'economia*, nell'Università di Roma La Sapienza, il 15 gennaio 2025; una diversa versione è destinata alla pubblicazione negli atti.

⁸⁷ F. CARNELUTTI, *Metodologia del diritto*, Padova 1990, 19-25.

⁸⁸ Per un approfondimento circa l'influenza di questi due filosofi alla riflessione sulla metodologia giuridica, si veda A. TRAVI, *Il metodo nel diritto amministrativo e gli 'altri saperi'*, in *Diritto pubblico*, 2003, 3, 868 ss.

⁸⁹ Vi è poi chi distingue tra scienze naturali e scienze umane, in base all'oggetto dell'approfondimento. Solo i cultori delle prime sarebbero stati tradizionalmente considerati scienziati, perché studiano fatti oggettivi – cioè non modificabili dai comportamenti umani – scoprendo leggi o inventando teorie attraverso certezze matematiche, che possono essere oggetto di esperimenti per venire confermate, cfr. G.U. RESCIGNO, *Il giurista come scienziato*, in *Diritto pubblico*, 2003, 3, 835-837 e 863. Si pensi che, agli esordi degli anni '60, ancora considerava il diritto scienza perché avrebbe ad oggetto la verità G. CAPOGRASSI, *Leggendo la «Metodologia» di Carnelutti*, ora in ID., *Opere*, IV, Milano, 1959, 313.

⁹⁰ In questo senso, F. FRACCHIA, *Il giurista deve tacere sul climate change, ma deve irritarsi: problemi di confine e indicazioni metodologiche*, in *Rivista quadrimestrale di Diritto dell'Ambiente*, 2024, 1, 41.

Sebbene sia poi “straordinariamente discusso [...] quanto metodo e oggetto reagiscano l’uno sull’altro”⁹¹, mi lascerebbe molto perplessa la soluzione di partizionare il diritto per argomenti, assegnando a ciascuno un metodo⁹². Fermo restando il valore del riparto del diritto in materie, in quanto utile per razionalizzare la conoscenza e consentirne il miglior apprendimento e quindi la progressione del sapere.

Il primo problema da affrontare, dunque, è: individuato l’oggetto della nostra scienza, possiamo pensare che il metodo vari al mutare delle aree di specializzazione?

Non vi è dubbio che per rispondere ad una domanda di ricerca dobbiamo delimitare il suo oggetto, ancorché vi riuscissimo solo alla

⁹¹ Così S. ZORZETTO, *Sul metodo giuridico e prestito di modelli: il caso della better regulation*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 2021, 5, 914, in part. nota 4. Ed infatti, se non si ha chiaro cosa sia il diritto, «la sfocatura dell’oggetto disciplinare [conduce] a una progressiva “deformalizzazione delle categorie, del linguaggio, della sintassi propria del giurista” o, all’opposto, di una loro “moltiplicazione incontrollata”. Si tratta di tendenze eguali e contrarie: la prima piega la scienza giuridica al descrittivismo, riducendola a “scienza empirica”, schiacciata sul contingente e sugli accadimenti fattuali; la seconda, invece, sostituisce alle grandi costruzioni dogmatiche una specializzazione miniaturistica, figlia della complessità tecnica dell’ambito di riferimento o della magmatica polverizzazione casistica», C. CARUSO, F. CORTESE, *Alla ricerca del metodo nel diritto pubblico: una introduzione*, in F. CORTESE, C. CARUSO, S. ROSSI (a cura di), *Alla ricerca del metodo nel diritto pubblico. Vittorio Emanuele Orlando reloaded*, Milano, F. Angeli, 2020, 17-18, richiamando G. AZZARITI, *I costituzionalisti al tempo di Babele*, in *Diritto pubblico*, 2010, 749 ss. Sulla difficoltà di differenziare «il problema del *metodo* da quello dell’*oggetto* della conoscenza», si vedano anche le approfondite riflessioni di A. MOLITERNI, *Il problema del metodo e il diritto amministrativo*, in *Diritto pubblico*, 2020, 2, 469 ss.

⁹² Teme i rischi di tale impostazione il richiamato Maestro udinese, di cui dà conto in modo molto chiaro G. BOMBELLI, *La questione del metodo tra filosofia e teoria del diritto. Su qualche eredità carneltuttiana*, in *L’Ircocervo*, 2023, 1, 59: «A ben guardare, il diritto “si mostra come una sola, immensa, istituzione”, che peraltro Carnelutti (almeno qui) risolve espressamente benché problematicamente nello Stato, generando una volta di più e ricorsivamente il problema metodologico dell’unità della scienza del diritto: “l’unità dell’istituzione si risolve nella pluralità degli istituti”. Carnelutti peraltro paventa qui, in modo preveggente e per qualcuno problematico, il rischio della frammentazione dell’approccio al diritto (come effettivamente avvenuto sino allo scenario contemporaneo) in quanto violazione del terzo principio metodologico (oltre a quelli dell’immediatezza e compiutezza, anche come “metapricipi”): l’unità»; si veda anche la prefazione di N. IRTI, *La “Metodologia del diritto” di Francesco Carnelutti*, in F. CARNELUTTI, *op. cit.*, X-XI.

fine dello studio⁹³. Perciò la partizione è essenziale alla riuscita della riflessione, ma è in grado di influenzare il metodo?

A mio parere, in linea di massima, la delimitazione dell'oggetto dello studio è un presupposto fondamentale di ogni ricerca giuridica, momento preliminare all'avvio di qualsiasi riflessione svolta con metodo giuridico. Il metodo resta però un fattore distinto, dotato di unitarietà e autonomia, che tendenzialmente non esce modificato o arricchito dall'oggetto. Questa preliminare conclusione mi sembra presupposto per preservare l'utilità del metodo, cioè la sua vocazione a ordinare l'oggetto cui si applica. Se ogni oggetto fosse capace di incidere sul metodo, quest'ultimo inevitabilmente scemerebbe la sua funzione ordinante e dunque finirebbe per essere un mero esercizio di virtuosismo intellettuale, privo di capacità "razionalizzante".

Il secondo problema da approfondire è il rapporto tra il metodo e l'ausilio di scienze diverse dal diritto. L'avvalersi di altre scienze umane, come l'economia, la sociologia, la filosofia, la storia, non mi pare questione di metodo – salvo diventi comparazione, su cui *infra* §§ 2.1. e 4 –, bensì di contenuti della ricerca ed è tipico di tutti i rami del diritto⁹⁴. Rileva, in un bel saggio, Giuseppe Ugo Rescigno: «un giurista che intende riflettere sul diritto commerciale deve avere una sufficiente conoscenza di economia, di finanza, di ragioneria; un costituzionalista che non ha una ottima conoscenza della storia, della politica, della sociologia, della filosofia (per lo meno della filosofia politica), è condannato a trattazioni, magari tecnicamente ottime su punti specifici, ma povere sul piano generale o sulle questioni più difficili; così via via per ciascun ramo del diritto. Quanto più un giurista conosce delle scienze umane, e si mostra capace di vedere e stabilire legami tra le acquisizioni di tali scienze ed il suo proprio specifico campo disciplinare, tanto più acuto, ricco, originale, persuasivo diverrà nella sua opera di giurista scienziato. [..Tuttavia] il centro delle sue riflessioni rimane l'esperienza giuridica: le altre discipline sono l'ambiente entro il quale colloca le sue riflessioni, non l'oggetto delle sue riflessioni».

⁹³ Come osserva G.U. RESCIGNO, *op. cit.*, 840-841.

⁹⁴ Già Carnelutti, come ricostruito da G. BOMBELLI, *op. cit.*, 54, nella *Metodologia del diritto*, invoca una «"scienza del diritto integrata" che, attenta sia alla "parte di chi tocca comandare [sia a] quella di chi tocca obbedire, deve "fare i conti [...] con altre regole, che sono le regole dell'economia, la quale sta a cavaliere, probabilmente, tra la sociologia e la psicologia"».

Forse questo non vale completamente per il diritto dell'economia e segna la grande differenza con il diritto commerciale. Per quest'ultimo, l'economia è il contesto in cui opera l'impresa⁹⁵; invece per il diritto dell'economia, nella parte in cui si occupa di regolazione economica, la regola dell'economia entra nei contenuti della norma giuridica e inevitabilmente diviene, almeno in parte, oggetto della sua riflessione. Va da sé che vi sono molti colleghi di diritto commerciale che sono ottimi studiosi di diritto dell'economia (*infra* § 5), in un'ottica di superamento della "nomenclatura disciplinare" che noi professori universitari insistiamo a volerci imporre per meri opportunismi accademici: si governano meglio settori delimitati, anziché cinque grandi settori connotati sì da peculiarità dogmatica (su cui *infra*, per la loro delimitazione, § 2.1), ma densamente popolati.

In terzo luogo, non c'è dubbio che il diritto dell'economia abbia una propria semantica creata autopoieticamente, ma questa semantica, a mio avviso, è da tener distinta dal metodo. Essa è piuttosto l'effetto della specialità dell'oggetto ed è destinata ad assumere rilevanza nell'interpretazione.

Infine, a miglior specificazione di quanto appena sostenuto, come argomenterò meglio a breve (*infra* § 2), a mio modo di vedere, il metodo non si esaurisce nell'interpretazione⁹⁶.

⁹⁵ F. VELLA, *Il pericolo di un'unica storia: il diritto (commerciale) e le nuove frontiere dell'interdisciplinarietà*, in *Orizzonti*, 2021, 2, 794, scrive: «Sul piano della ricerca, riprendendo le parole di Vincenzo Buonocore, l'esplorazione di tutte quelle piste che valorizzano "l'ambientazione", oppure secondo altri lo "scenario", e cioè il contesto economico, sociale, tecnologico, cognitivo al cui interno la norma opera e ne viene reciprocamente condizionata, meriterebbe di essere fortemente sostenuta e privilegiata». Lo stesso Autore poi specifica in nota che andrebbero privilegiate anche «le ricerche che oltre al più tradizionale sviluppo del dato storico e comparatistico si confrontano costantemente con il dato empirico, *oppure utilizzano canoni e paradigmi provenienti da altri campi del sapere*» (corsivo aggiunto da chi scrive). Quest'ultima affermazione non mi sembra assimilabile alle precedenti e mi pare condurre l'Autore a conclusioni non troppo dissimili da quelle cui io stessa giungo nella sostanza (*infra* §§ 4-5).

⁹⁶ Per tale profilo, concordo dunque con la posizione espressa da G.U. RESCIGNO, *op. cit.*

2. Possibile definizione del metodo della scienza giuridica

Il punto saliente della riflessione è dunque rispondere all'interrogativo su cosa sia la metodologia giuridica. Il metodo della scienza giuridica è l'insieme dei criteri e dei processi che conducono a risolvere un problema o quesito di diritto, alla luce del parametro della legittimità, individuando la soluzione che protegge ed enfatizza al meglio i valori costituzionalmente tutelati. La definizione risente dell'estensione della precettività dei principi costituzionali anche nei rapporti interprivati, con possibilità – ancorché sottoposta a limiti – di diretta applicazione (c.d. *Drittwirkung* nella nota dottrina tedesca)⁹⁷, in modo analogo a ciò che da tempo avviene nei rapporti di diritto pubblico. È l'effetto dell'affermarsi di un modello costituzionale che non è più solo limite all'agire, fondamento dei principi, ma anche assiologia⁹⁸, cioè indicazione dei valori da proteggere e perseguire⁹⁹.

⁹⁷ Per una ricostruzione approfondita della dottrina nazionale cfr. G. D'AMICO, *Problemi (e limiti) dell'applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)*, in *Giust. civ.*, 2016, 3, 443 ss. Per una selezione della dottrina tedesca in tema, si rinvia a E. NAVARRETTA, *Costituzione, Europa e diritto privato. Effettività e Drittwirkung ripensando la complessità giuridica*, Torino, 2017, 19 ss.; ID. (a cura di), *Effettività e Drittwirkung: idee a confronto*, Atti del Convegno, Pisa, 24-25 febbraio 2017, Torino, 2017.

⁹⁸ Per questa distinzione G. PINO, *Costituzione come limite, costituzione come fondamento, costituzione come assiologia*, in *Diritto e società*, 2017, 1, 91 ss., il quale utilizza «le formule “costituzione come limite” (o modello della costituzione “per regole”), “costituzione come fondamento” (o modello della costituzione “per principi”), e “costituzione come assiologia” (o modello della costituzione “per valori”)), precisando che quest'ultimo idealtipo «non è chiaramente distinguibile rispetto al modello dei principi: si tratta in un certo senso di una versione potenziata, o portata all'eccesso, di quel modello». In ogni caso, «l'universo costituzionale è popolato non solo da regole o principi, ma anche da valori; questi ultimi non sono vere e proprie norme, piuttosto sono la ragion d'essere delle norme costituzionali (regole e principi), e dunque – pur non essendo entità propriamente giuridiche – rappresentano (paradossalmente) il livello più fondamentale e più autentico della costituzione», *ivi*, 106.

⁹⁹ Sembra aderente a questa opzione, M. LIBERTINI, *Qualche riflessione sull'efficacia orizzontale in diritto privato delle norme sui diritti fondamentali dei Trattati europei*, in F. CAGGIA, G. RESTA (a cura di), *I diritti fondamentali in Europa e il diritto privato*, Roma, 2019, 77, laddove scrive: «In questa prospettiva normativistica avanzata, credo si debba condividere l'idea, presente nella giurisprudenza tedesca, per cui le disposizioni di rango costituzionale (in senso lato)

La definizione di metodo proposta è foriera di molte conseguenze.

Per individuare il metodo del giurista non è più sufficiente rifarsi al morfema giuridico legittimo-illegittimo. Tra più soluzioni legittime, il giurista deve infatti scegliere quella migliore per indirizzare l'ordinamento verso la conformità ai valori costituzionali. Fin d'ora posso preannunciare che, nel diritto dell'economia, questo consente di avere lo strumento per vagliare criticamente la regola economica e contribuisce a restituire autonomia al diritto rispetto all'economia. L'affrancamento dal parametro univoco legittimo-illegittimo permette infatti di riscattare la valenza deontica del diritto, a base dei progressi di civiltà giuridica; al contempo, i principi di rango costituzionale¹⁰⁰ divengono fattori determinanti degli esiti dell'interpretazione.

In attuazione di quanto appena illustrato, un giurista attento sarà in grado di rifuggire l'ideologia efficientista che finisce per strumentalizzare il suo lavoro¹⁰¹, e sarà sempre fedele ai valori

che pongono diritti fondamentali, così come le disposizioni di principio, hanno un contenuto assiologico oggettivo da cui tutto l'ordinamento non può prescindere, in tutte le varie figure di qualificazione giuridica che si pongono all'interno dell'ordinamento stesso».

¹⁰⁰ È necessario tenere distinti i principi costituzionali dai principi della materia, sui primi cfr. G. PINO, *op. cit.*, 101 ss. I secondi contraddistinguono un settore dell'ordinamento e non sempre sono di rango costituzionale. Più in generale, sulla centralità dei principi rispetto alle regole, cfr. R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Harvard, 1977, trad. ital., *I diritti presi sul serio*, Bologna, 1982.

¹⁰¹ Sembra denunciare “ricette efficientistiche che da decenni governano la cultura accademica globale”, F. SARTORI, *Il diritto dell'economia nell'epoca neoliberale tra scienza e metodo*, in questa *Rivista*, 2022, II, 315; si veda anche l'approfondita conclusione di R. BIN, *Orlando reloaded?*, in F. CORTESE, C. CARUSO, S. ROSSI (a cura di), *op. cit.*, 397, il quale ammonisce: «spiegava Michel Foucault ormai mezzo secolo fa, la figura del giurista ha perso la sua funzione storica, ormai superata e sostituita dall'economista. Sicuramente è così, dato che ormai il buon governo non è giudicato tale secondo gli schemi della legittimazione, del rispetto di regole e principi della costituzione e delle leggi, secondo i criteri di qualificazione elaborati e applicati dai giuristi, ma per i risultati prodotti dalla sua azione, risultati che vanno apprezzati in termini numerici. È il trionfo dell'efficienza sulla legittimazione, ma è anche il trionfo di una ideologia economista sulla storia politica, anzi sulla politica *tout court*. Sembra che la scelta che fa di un governo il buon governo non sia tra obiettivi politici che incarnano valori sociali, ma solo tra strumenti efficienti per raggiungere un unico risultato, cioè quel benessere che corrisponde allo sviluppo economico. Questa è semplicemente ideologia, che purtroppo domina le facoltà di economia del mondo e, il che è molto peggio, domina le coscienze politiche e le istituzioni anche (o

costituzionali, così da avere quanto meno consapevolezza dell'influenza culturale del c.d. “*stile* neoliberale”, su cui tanto ha scritto di recente un Maestro contemporaneo come Francesco Denozza¹⁰².

In altri termini, interpretare le regole giuridiche alla luce di un modello economico significa essere succubi di una ideologia. Il compito del giurista, e in particolare dello studioso del diritto dell'economia, è valutare criticamente le regole economiche che vengono inglobate nelle norme giuridiche, in modo da aiutare la politica a rinvenire l'equilibrio ideale tra regolazione sociale e regolazione economica. Questo approccio problematico¹⁰³ diviene indispensabile se solo si pensi che in base alla visione *mainstream* il funzionamento dei mercati è spiegato attraverso modelli economici (ed econometrici) neoclassici marginalisti (talvolta corretti da piccole varianti keynesiane) fallaci e incompleti – ci piaccia o no, così è, per mancanza di modelli alternativi, suffragati dalla patente di scientificità –.

Pertanto, la mera conoscenza del modello economico, e il suo riscontro pratico, è per lo studioso di diritto dell'economia il contesto, ovvero l'ambiente, in cui si colloca il fenomeno indagato, così come la conoscenza della specifica realtà economica o ragionieristica è utile allo studioso del diritto commerciale, o la conoscenza della filosofia politica valorizza la riflessione del costituzionalista. Poi però, chi studia le

soprattutto) europee. Il trattato di Maastricht e lo statuto della Bce sono la ‘costituzione’ valoriale di questa ideologia, la quale domina l'intera dimensione organizzativa (è perciò anche giuridica) della globalizzazione».

¹⁰² Richiamato anche da F. SARTORI, *op. cit.*, 311. In particolare si rinvia, oltre a tutti i contributi del volume, a F. DENOZZA, *Lo stile giuridico neoliberale*, in R. SACCHI, A. TOFFOLETTO (a cura di), *Esiste uno “stile giuridico” neoliberale?, atti dei seminari per Francesco Denozza*, Milano, 2019, 1 ss.; ID., *Conclusioni: lo stile giuridico neoliberale e il suo superamento*, *ivi*, 411 ss.; ID., *La frammentazione del soggetto nel pensiero giuridico tardo-liberale*, in *Riv. dir. comm.*, 2014, 1, 13 ss.; ma si vedano anche F. DENOZZA, A. TOFFOLETTO, *Contro l'utilizzazione dell' “approccio economico” nell'interpretazione del diritto antitrust*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2006, 3, 563 ss.; F. DENOZZA, *Il progetto teorico dell'analisi economica del diritto antitrust e il suo fallimento*, in P. BARUCCI, C. RABITTI BEDOGNI (a cura di), *Vent'anni di antitrust: l'evoluzione dell'autorità garante della concorrenza e del mercato*, Torino, 2010, 137 ss.

¹⁰³ Per dirla con le parole di M. RAMAJOLI, *Il confronto tra pensiero sistematico e pensiero problematico*, in F. APERIO BELLA, A. CARBONE (a cura di), *Il confronto nel metodo giuridico*, Napoli, 2023, 97 ss.

regolazioni economiche è chiamato ad addentrarsi molto di più nella dinamica di funzionamento della regola economicistica, senza limitarsi a subirla.

L’approccio proposto consente, in chiave più sintetica, attuale e “pregnante”, la sintesi tra teoria e pratica, tanto evocata dalla dottrina classica, in quanto il problema da risolvere è tratto dalla realtà, sempre più complessa e al confine tra più scienze.

2.1 *Metodo, interpretazione e dogmatica*

Sicuramente la teoria dell’interpretazione fa comunque parte della metodologia giuridica, in quanto ci indica la “modalità” per giungere alla soluzione del problema. Come è stato scritto¹⁰⁴, il metodo ha un momento filologico (conoscitivo di norme, giurisprudenza, dottrina e prassi), uno logico, uno argomentativo, tenuti insieme dal formante interpretativo che li sa attraversare. Nondimeno, già dicevo che non condivido però la posizione riduzionista che fa coincidere il metodo con l’interpretazione giuridica¹⁰⁵. A riprova, basti pensare alla comparazione, capace di incidere su ogni fase del processo metodologico, senza esaurirsi nell’interpretazione. A mio avviso, infatti, la comparazione attiene al metodo. Essa rappresenta una peculiare modalità di applicazione del momento filologico quando si analizzano ordinamenti stranieri o l’evoluzione storica di un istituto, e pure del momento logico e argomentativo quando si mettono a confronto saperi diversi come diritto ed economia. In entrambi i casi, essa genera specifiche tecniche interpretative.

D’altro canto, non possiamo trascurare come l’interpretazione sia riconducibile al sistema generale del diritto, e pertanto è fattore di omogenizzazione delle diverse branche dell’ordinamento, o sub-sistemi a voler usare la terminologia di Luhmann¹⁰⁶. Quindi, se il metodo non solo comprendesse, ma coincidesse con l’*ars interpretandi*, difficile

¹⁰⁴ G.U. RESCIGNO, *op. cit.*, 841 ss.

¹⁰⁵ N. BOBBIO, voce «Metodo», in *Noviss. Dig.*, III ed., vol. X, Torino, 1968, 602 ss.

¹⁰⁶ N. LUHMANN, *Sistema giuridico e dogmatica giuridica*, Bologna, 1978, su cui si tornerà meglio in seguito, *infra* § 4 e in particolare nota 59.

sarebbe fondare la pluralità dei metodi giuridici¹⁰⁷, che peraltro ritengo comunque scientificamente molto difficile da provare¹⁰⁸. Di più, se il metodo coincidesse con l'interpretazione, diverrebbe lampante l'incapacità del metodo di segnare i confini degli ambiti giuridici¹⁰⁹ e anzi, inevitabilmente, diritto pubblico e diritto privato risulterebbero unificati dall'unità del metodo¹¹⁰. Ed io sono ancora fra coloro che sostengono la distinzione tra diritto pubblico e diritto privato (*infra* § 3). Ne rinvento però il fattore differenziale, non nel metodo, bensì nella dogmatica, la quale pure, come spiegherò a breve, non coincide con il primo, sebbene “ordini” anche i criteri tradizionali di interpretazione delle norme. Essa resta infatti distinta dall'essenza dell'interpretazione: si limita a conferirle delle “forme”, che ne consentono poi la diffusione e la migliore applicazione.

Ad ogni modo, la scientificità del metodo giuridico risiede, a mio avviso, proprio nell'essenzialità dei distinti momenti indicati all'inizio di questo paragrafo, sui quali l'interpretazione va ad incidere. Logica e argomentazione, oltre ad essere permeate dall'interpretazione giuridica,

¹⁰⁷ Sulla questione della pluralità o unità del metodo giuridico giova ricordare la nota polemica tra Sabino Cassese e Andrea Orsi Battaglini, sfociata nella creazione della rivista *diritto pubblico*, cfr. A. ORSI BATTAGLINI, *In limine*, in *Diritto pubblico*, 1995, I ss.; nonché S. CASSESE, *Alla ricerca del sacro Graal. A proposito della rivista Diritto Pubblico*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1995, 3, 789 ss.

¹⁰⁸ Ciò non significa non condividere che «l'approccio metodologico varia nel corso del tempo (anche riproponendosi variamente), secondo le ideologie, di volta in volta, dominanti (o concorrenti), che, a loro volta, riflettono i mutamenti socio-economici e sono da questi influenzate», così A. TUCCI, *Il diritto dell'economia: “dispute metodologiche e contrasti di valutazione”*, in *Riv. dir. comm.*, 2021, 4, 743, il quale pure ritiene «non [...] appagante» e «storicamente fragile» «il tentativo di individuare l'autonomia scientifica e didattica di un settore degli studi giuridici sulla base di peculiarità metodologiche».

¹⁰⁹ Lo ammette anche F. FRACCHIA, *Lo spazio della pubblica amministrazione. Vecchi territori e nuove frontiere. Un quadro d'insieme*, in *Dir. economia*, 2023, 2, 278-279, il quale, come vedremo, cerca di individuare un regime specifico del diritto amministrativo, che poi finisce per essere sussunto nel metodo, per non condannare «il diritto amministrativo all'indistinzione nei confronti di altri rami del diritto», *ivi*, 262.

¹¹⁰ Sembra addivenire a questa conclusione S. AMOROSINO, *Diritto dell'economia pubblico e privato*, Roma, 2012; ma si vedano anche le ulteriori valutazioni sul metodo nel più recente ID., *Le dinamiche del diritto dell'economia*, Pisa, 2018, 9 ss.

rappresentano “aperture laterali” attraverso cui dialogare con altre scienze, diversificando il metodo, o meglio, determinandone un’evoluzione.

Attraverso queste “fasi” – filologica, logica, argomentativa e interpretativa –, il giurista svolge la propria attività scientifica consistente nel procedere alla qualificazione giuridica dei fenomeni sottoposti, costruendo le forme entro cui organizzare la realtà esaminata e generando le categorie dogmatiche e il sub-sistema, ovvero la branca del diritto, in cui queste si innestano¹¹¹.

Il processo elaborativo della dottrina, derivante dall’interpretazione, riveste un ruolo essenziale e costituisce la dogmatica¹¹². È tuttavia noto che quest’ultima sia stata investita da una profonda crisi epistemologica¹¹³, con una conseguente ridefinizione dei suoi confini e un progressivo affrancamento da un eccesso di astrattismo teorico.

¹¹¹ Condivide che il diritto dell’economia si avvalga delle «categorie ordinanti consolidate nella tradizione giuridica» F. SARTORI, *op. cit.*, 311.

¹¹² Ricorda come «lo sviluppo della dogmatica nel contesto giuspubblicistico tedesco ha consentito alla scienza giuridica di ritagliarsi uno spazio di autonomia dal legislatore nella ricostruzione del sistema e, al tempo stesso, di guida e orientamento della giurisprudenza», A. MOLITERNI, *op. cit.*, 474. Nondimeno, «sarebbe arbitrario ritenere che esista un unico modo di intendere il pensiero sistematico, fermo restando che la sua cifra distintiva è assegnare una priorità assoluta al mondo dei concetti. Sarebbe arbitrario parimenti ritenere che il termine “sistema giuridico” abbia un significato univoco, universalmente valido», così M. RAMAJOLI, *Il confronto tra pensiero sistematico e pensiero problematico*, cit., 98.

¹¹³ Ne dà conto M. RAMAJOLI, *L’esigenza sistematica nel diritto amministrativo attuale*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2010, 2, 350 e più di recente ID., *Il confronto tra pensiero sistematico e pensiero problematico*, cit., 104 ss., evidenziando come la crisi del pensiero sistematico sia la causa dell’emersione del pensiero problematico, il quale «porta con sé alcuni corollari in ambito giuridico: la consapevolezza della mutevolezza storica delle categorie, la necessità osservare il funzionamento concreto degli istituti, la porosità della frontiera tra i vari rami del diritto e l’importanza di considerare maggiormente le altre scienze che giuridiche non sono». Tuttavia, l’A. evidenzia «che fra problema e sistema sussista una relazione non di alternatività, bensì di convivenza e di compenetrazione, perché solo in tal maniera si riescono a cogliere tutti i pregi dei diversi modi di pensare giuridicamente. [...] Ciò che è criticabile non è tanto l’idea di sistema – dal momento che l’esigenza sistematica è un’esigenza di carattere universale, perché corrisponde a un bisogno reale di coerenza e di sintesi –, quanto la ben distinta idea che il sistema debba essere completo e definitivo».

Ciononostante, essa continua a essere funzionale al progresso della scienza giuridica.

Quindi la dogmatica si realizza grazie all'adozione di un metodo scientifico e per questo si colora di scientificità. Essa è però l'effetto dell'utilizzo di un metodo e non il metodo stesso¹¹⁴.

Allo stesso tempo non mi convince la soluzione di chi ritiene che la complessità e pluralità delle fonti possa divenire fattore differenziale del metodo giuridico da applicare¹¹⁵. Esemplicando: le branche del diritto che conoscono una codificazione, come il diritto privato, il diritto penale o il diritto processuale civile o penale, per la ricostruzione delle fonti, cioè per esaurire il momento filologico, si avvarrebbero di un metodo diverso dalle branche del diritto che mancano di una codificazione in senso tecnico, fondandosi sullo studio di disparate leggi: è questo il caso del diritto amministrativo e del diritto dell'economia. A me pare che qui la differenza sia quantitativa e non qualitativa. È indubbio che il lavoro ordinante e interpretativo diventi più complesso¹¹⁶ quando non si possa risolvere un quesito giuridico avvalendosi del supporto di un codice, dotato di una sua lineare sistematica. Tuttavia, l'essenza del momento filologico tale resta. In assenza di codificazione ottocentesca, l'interpretazione sarà un poco più complicata e incerta, senza però mutare natura.

Di recente è stato autorevolmente sostenuto che il metodo è «cosa caratterizza il diritto [...] e che cosa esso rappresenta». «Spetta al metodo giuridico sostanzialmente realizzare la “costruzione” del regime

¹¹⁴ Diversamente, ritiene che individuare i principi di un dato ambito del diritto attenga al metodo, e pertanto ritiene sussistere «tanti metodi ugualmente legittimi praticati nell'ambito di una comunità giuridica pluralistica», G. ITZCOVICH, *Vittorio Emanuele Orlando, i confini del diritto pubblico e la dottrina giuridica di oggi*, in F. CORTESE, C. CARUSO, S. ROSSI (a cura di), *op. cit.*, 25 ss.

¹¹⁵ M. MAZZAMUTO, *Il confronto con la dottrina classica*, in F. APERIO BELLA, A. CARBONE (a cura di), *op. cit.*, 48 ss.

¹¹⁶ Registra il fenomeno, ascrivendolo in gran parte al diritto europeo e riconducendolo all'accentuazione dell'«onere complessivo della regolamentazione», F. SARTORI, *op. cit.*, 314, nonché 316, senza ritenerlo rilevante per la determinazione del metodo. L'A. osserva anzi che il rapporto tra regola giuridica e regola economica, come delineatosi nella attuale economia di mercato di stampo neoliberale, «si infrange [...] con la teoria delle fonti che ci viene consegnata dalla tradizione».

giuridico»¹¹⁷. Il metodo sarebbe volto ad indicare ciò che distingue la singola branca del diritto, ad esempio la discrezionalità nel diritto amministrativo, piuttosto della costituzionalità nel diritto costituzionale. Ancora una volta, a me questo pare l'oggetto dello studio o comunque il suo esito, più che il "come", o al massimo il paradigma connotante quell'oggetto, e dunque sempre questione di contenuto, quindi di oggetto, e non di processo conoscitivo¹¹⁸.

Ritengo che grazie al metodo si costruisca la dogmatica. L'autonomia o peculiare caratterizzazione di una dogmatica fonda un sub-sistema¹¹⁹, distinto dagli altri. Ad oggi, a me pare che l'autonomia della dogmatica valga solo per il riparto: diritto pubblico-diritto privato-diritto internazionale-diritto penale-diritto processuale. Gli altri settori, secondo le plurime articolazioni dei saperi settoriali, prendono a prestito le categorie dogmatiche elaborate in questi sub-sistemi¹²⁰.

3. *La permanente distinzione fra diritto pubblico e diritto privato*

A mio avviso, la distinzione tra diritto pubblico e diritto privato attualmente si regge non su un differenziale di metodo, tendenzialmente univoco per la scienza giuridica salvo l'eccezione che a breve affronterò, ma sulla specificità delle categorie/concetti giuridici e del relativo sistema in cui si innestano¹²¹.

¹¹⁷ F. FRACCHIA, *Il giurista deve tacere sul climate change, ma deve irritarsi: problemi di confine e indicazioni metodologiche*, cit., 44, richiamando M.A. MORAES ALBERTO, *Métodos do Direito Administrativo: entre a discricionarietà e a constitucionalidade*.

¹¹⁸ F. FRACCHIA, *Lo spazio della pubblica amministrazione. Vecchi territori e nuove frontiere. Un quadro d'insieme*, cit., 263, ammette comunque che «l'interpretazione del diritto si legittima in virtù di una argomentazione giuridica».

¹¹⁹ G. PINO, *op. cit.*, 95, evidenzia come ciascuna delle branche autonome del diritto presenta «le proprie "logiche", i propri istituti caratteristici e i propri principi ispiratori (i "principi generali" a cui fa riferimento l'art. 12 delle preleggi, nell'interpretazione tradizionale di quella locuzione)».

¹²⁰ Denuncia la difficoltà di rinvenire istituti tipici del diritto dell'economia G. DI GASPARÈ, *La genesi del diritto dell'economia*, in *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, III ed., Padova, 2017, 3 ss., spec. 7.

¹²¹ Il giurista non si limita infatti a descrivere la realtà, ma è chiamato a «creare le categorie dogmatiche entro cui organizzarla e qualificarla», R. BIN, *op. cit.*, 396. Per la ricostruzione del concetto di sistema nella sua evoluzione storica, M. RAMAJOLI, *L'esigenza sistematica nel diritto amministrativo attuale*, cit., 353 ss., la quale

Non manca chi rileva come la autonomia del diritto pubblico sia nell'individuazione di propri principi rispetto alla branca privatistica¹²². Del resto, la stessa dottrina classica (Orlando, Romano, Ranelletti, Cammeo) riconduce l'autonomia del diritto pubblico dal diritto privato alla presenza di un sistema retto da propri principi¹²³. In realtà, è proprio l'omogenizzazione dei principi – che con l'avvento delle carte costituzionali tende a trovare in queste un nucleo unitario di uniformazione – a rendere oggi più sfuocata¹²⁴ la tradizionale distinzione tra diritto pubblico e diritto privato¹²⁵, sebbene permanga la

riconduce all'eredità Gianniniana, segnatamente alla sua «carica di decostruzione» (peraltro rinvenibile non solo nella scienza giuridica italiana, ma anche in quella tedesca, francese e spagnola), l'irriducibilità dell'universo giuridico al pensiero sistematico, evidenziando come «la direzione seguita dalla scienza giuridica degli ultimi cinquant'anni non è stata *verso il*, ma *via dal* sistema».

¹²² M. MAZZAMUTO, *op. cit.*, 26 e 31, 43 ss. L'A. precisa: «ciò non significa che sia pregiudizialmente da escludere che principi di derivazione privatistica possano avere un rilievo. Era questo un assunto chiaramente esplicitato sia da Orlando, sia da Romano, unitamente all'idea che taluni principi, pur sorti in ambito privatistico, siano o diventino “comuni” ad entrambi i sistemi».

¹²³ *Ibidem*, 41.

¹²⁴ Non manca in dottrina chi abbia rilevato che «anche ad ammettere che la distinzione tra diritto pubblico e diritto privato conservi oggi lo statuto di ‘grande dicotomia’, come ritenuto da Bobbio, resta il fatto che ogni trasformazione di grande impatto che abbia investito il diritto e la politica negli ultimi centocinquanta anni è stata pensata nei termini di una crisi di tale distinzione», G. ITZCOVICH, *op. cit.*, il quale evidenzia un punto di incontro: le Costituzioni, conformandole ai diritti fondamentali, hanno infatti pubblicizzato il diritto privato, mentre «la *deregulation*, le politiche di contrazione della sfera pubblica e le riforme strutturali associate al neo-liberalismo, la diffusione del *new public management* e di forme di *governance* mista pubblico-privato, la contrattualizzazione del pubblico impiego e la risarcibilità degli interessi legittimi» hanno privatizzato il diritto pubblico. Analoghe valutazioni si rinvencono in G. RESTA, *Poteri privati e regolazione*, in *Enc. dir., I tematici*, vol. V, Milano, 2023, 1025. Rileva come la risarcibilità degli interessi legittimi e l'attribuzione al giudice amministrativo del potere di condannare l'amministrazione al risarcimento del danno «hanno minato alla base il dualismo su cui poggiava l'edificio del sistema tradizionale», già M. RAMAJOLI, *L'esigenza sistematica nel diritto amministrativo attuale*, cit., 348, evidenziando «l'intreccio poco limpido tra pubblico e privato» di molte figure organizzative complesse introdotte dal legislatore, con richiami al noto lavoro di G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003.

¹²⁵ Rimette al sistema delle tutele, il principale lavoro di riunificazione del pubblico e del privato F. SARTORI, *op. cit.*, 317, poiché «Interesse pubblico e interesse privato si sovrappongono nell'acquisita consapevolezza che l'*enforcement* privato è

differenza delle categorie giuridiche e del sistema in cui si innestano. Si accentua la differenza dipendente dal punto di osservazione: l'uno più attento all'interesse privato e dunque egoistico del singolo, l'altro più sensibile alla tutela dell'interesse pubblico e dell'interesse generale.

È noto che una caratteristica tipica del diritto amministrativo sia l'interpretazione fondata sui principi – resa necessaria dall'assenza di una codificazione sistematica –, oltre alla centralità della fonte pretoria, chiamata a dare ordine alla frammentarietà della legislazione speciale. Tale tratto si riscontra anche nel diritto dell'economia, dove però, oltre all'interpretazione per principi, ha progressivamente assunto centralità l'interpretazione promanante dalle autorità amministrative indipendenti. Queste ultime hanno infatti acquisito un ruolo preminente anche grazie all'ampio ricorso alla cosiddetta *soft law*, mediante la quale sono sempre più frequentemente chiamate a esprimere interpretazioni autentiche, svolgenti una funzione unificante analoga a quella delle sentenze. Come già accennato, si tratta, in ogni caso, di elementi descrittivi che connotano le discipline senza però implicare una differenziazione nei metodi scientifici adottati.

In definitiva, la distinzione tra diritto pubblico e diritto privato si fonda sulla dogmatica, indispensabile per razionalizzare l'oggetto dello studio «ed evitare di “ricominciare ogni volta da capo”»¹²⁶. È pur vero che, oggi, la parte preponderante di questo lavoro di razionalizzazione è stata svolta dai fondatori delle varie branche del diritto, pertanto si tratta di fare un'opera di manutenzione e attualizzazione di tali conoscenze¹²⁷. Per questo si aprono gli spazi per far approdare il lavoro dottrinale ad altri compiti, come quello di guidare i mutamenti sociali in una logica di maggiore efficacia delle norme¹²⁸.

idoneo a modificare il comportamento degli attori di mercato in chiave di deterrenza e regolazione», richiamando F. MEZZANOTTE, *I poteri privati nell'odierno 'diritto dello sviluppo economico'*, in *Politica del diritto*, 3, 2018, 511.

¹²⁶ F. FRACCHIA, *Lo spazio della pubblica amministrazione. Vecchi territori e nuove frontiere. Un quadro d'insieme*, cit., 272.

¹²⁷ In merito, si rimanda a quanto già detto *supra*, alla nota 28, nelle osservazioni di M. RAMAJOLI.

¹²⁸ Riferendosi alla letteratura tedesca in tema, A. MOLITERNI, *op. cit.*, 745, spec. nota 42, ricorda come la scienza giuridica non sia «più solamente concentrata a razionalizzare il sistema, ma anche e soprattutto chiamata ad “indirizzare” i cambiamenti a livello sociale e le stesse decisioni amministrative e normative,

Nondimeno, sebbene destituita della originaria centralità, perché data ormai per acquisita, della dogmatica non si può fare a meno, se non al prezzo di appesantire moltissimo il lavoro del giurista e di rendere le sue risultanze ancora più incerte¹²⁹. D'altra parte, il fatto che la dogmatica sia quasi "data per scontata", rende forse di "minor rilevanza" tener distinto il diritto pubblico dal diritto privato.

4. *Regole di diritto v. regole sul mercato e regole sul diritto v. regole di mercato*

Il titolo di questo saggio, come il lettore avrà constatato, intende evocare la nota distinzione Carneluttiana tra regole del diritto e regole sul diritto, che a questo punto della ricostruzione giova riprendere per addivenire a prime possibili conclusioni. «Le regole del diritto sono mutevoli per definizione, quelle sul diritto, che sono il risultato della scienza giuridica, sono permanenti e stabili e permettono, pertanto, a questa scienza di avanzare una pretesa di scientificità al pari di quella delle scienze naturali»¹³⁰.

Oggi le regole sul diritto coincidono con la dogmatica, di cui sopra ho già detto.

Le regole sul mercato o discipline del mercato¹³¹ sono concettualmente troppo ovvie e settoriali – nel senso che variano da un

prospettando anche modifiche dell'ordinamento alla luce della verifica dei *risultati raggiunti* (corsivo aggiunto da chi scrive).

¹²⁹ Sulla base delle motivazioni illustrate nel testo, non posso condividere la tesi di F. SARTORI, *op. cit.*, 321-323, secondo cui la «distinzione tra diritto pubblico e privato – che affonda le radici in una tradizione secolare ed ha caratteri molto formali – si scioglie alla luce 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».

¹³⁰ F. VIOLA, *Regole sul diritto e regole del diritto. Rileggendo la Metodologia del diritto di Francesco Carnelutti*, in *L'Ircocervo*, 2023, 1, 561.

¹³¹ Per una ricostruzione recente e completa dei poteri conformativi pubblici sull'impresa – c.d. regolazione sociale – si veda S. DEL GATTO, *Poteri pubblici, iniziativa economica e imprese*, Roma, 2019; nonché, per significatività, tra i tanti più risalenti contributi si segnalano G. AMATO, *L'interesse pubblico e le attività economiche private*, in *Politica del diritto*, I, 1970, 448 ss.; A. TRAVI (a cura di), *La cornice amministrativa delle attività imprenditoriali*, Firenze, 1997; N. IRTI, *Economia di mercato e interesse pubblico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, 2, 435 ss.

settore merceologico o di servizio all'altro – per essere qui trattate. Ben inteso, ciò non significa che non sia spesso estremamente complesso ricostruirne i contenuti, per l'alto tecnicismo dei modi di funzionamento dei singoli mercati.

Il punto dolente è indagare cosa siano le regole di mercato. Più facile appare iniziare col dire cosa non sono. Le regole di mercato non vanno confuse con gli esiti dell'approccio di studio noto come *Law and Economics*¹³², né con l'Analisi economica del diritto¹³³, dove il giurista comparatista pone a confronto la scienza giuridica con le acquisizioni della scienza economica per incrementare la conoscenza del suo sapere, anche cogliendone gli elementi differenziali rispetto all'altra scienza¹³⁴.

¹³² Con riferimento al diritto pubblico comparato, molto condivisibile l'osservazione di E. MOSTACCI, *La comparazione giuridica, tra diritto ed economia*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2024, spec. 754-755, secondo cui «in via generale, come messo in luce, gli studi del periodo precedente al fallimento di *Lehman Brothers* trattano la materia più propriamente economica come una sorta di premessa: l'ordine di mercato – alla cui istituzione e al cui funzionamento provvedono le norme giuridiche – è un dato di fatto che il giurista è chiamato a conoscere al limitato fine di comprendere le finalità perseguite dal legislatore e il contesto in cui le disposizioni sono chiamate a produrre i loro effetti tipici. In tale fase, a differenza di quanto accade nel settore affine della comparazione giusprivatistica, neppure trova grande seguito l'approccio che suole essere chiamato di *law & economics*, sia per le sue fondamenta essenzialmente microeconomiche, che mal si prestano a interpretare comportamenti collettivi e dinamiche istituzionali, sia per la particolare pregnanza degli aspetti assiologici e l'inderogabilità delle situazioni giuridiche di tono fondamentale».

¹³³ Per la distinzione tra *Law and Economics* ed *Economic Analysis of Law*, si rinvia a G. CALABRESI, *The Future of Law and Economics. Essays in Reform and Recollection*, New Haven and London, 2016, 1 ss.; G. CALABRESI, F. FIMANÒ, V. OCCORSIO (a cura di), *Il futuro del law and economics. Saggi per una rimeditazione ed un ricordo*, Milano, 2018; G. CALABRESI, *Law and economics ed economic analysis of law. Il ruolo del giurista*, *ivi*, 7ss.; G. ALPA, *Il futuro di Law & Economics: le proposte di Guido Calabresi*, in *Contr. Impr.*, 2016, 3, 597 ss. Per una significativa critica a questo tipo di approccio efficientistico F. DENOZZA, *Norme efficienti. L'analisi economica delle regole giuridiche*, Milano, 2002.

¹³⁴ Per la considerazione del diritto comparato come una meta-scienza, posto che non ha valenza applicativa, non proponendosi di risolvere un problema concreto, F. CORTESE, *Il confronto con la comparazione*, in F. APERIO BELLA, A. CARBONE (a cura di), *op. cit.*, 111 ss. E. MOSTACCI, *op. cit.*, 742, ammette che il diritto comparato è la manifestazione della «necessità di integrare la conoscenza del dato più specificamente giuridico con il contributo di altri saperi», ricordando che «tra le discipline maggiormente oggetto di sconfinamenti a opera del giuscomparatista sta certamente l'economia politica»; il medesimo sottolinea che «lo studio non può quindi

Si può proseguire con il dire cosa le regole di mercato non possono essere. Infatti, «la scienza si definisce come strutturalmente incompetente a rivelare un'oggettività impossibile da conseguire, nessun sistema, neppure quello del diritto, può farsi banale, rassicurato e agevolato portavoce di accertamenti oggettivi frutto di "osservazioni" del sistema della scienza»¹³⁵. Ormai sappiamo che «pur se probabilmente la scienza ha la verità oggettiva come proprio orizzonte di fondo, essa non è però in grado di accertarla, perché il risultato scientifico dipende dal punto di osservazione. Anche la geometria, come dimostrato dalla relatività generale, dipende da certi assunti: vero è che le rette parallele non si incontrano, ma ciò è "vero" soltanto nella geometria euclidea»¹³⁶.

Come si fa ogniqualvolta una domanda sia troppo difficile per rinvenire una risposta lineare, non ci resta che provare a esemplificare. Troviamo alcuni esempi di regole di mercato e poi vediamo come si pongono rispetto alla regola giuridica per capire se sussiste un'inferenza con il metodo.

Gli esempi che intendo fare sono quattro.

Il primo è di notoria conoscenza e per questo si rivela utile per agevolare l'esposizione: si tratta infatti della nozione di mercato rilevante.

Il resto dell'esemplificazione trae spunto da recenti riflessioni della scuola pisana, così da cogliere anche l'occasione per dare conto alla comunità scientifica degli esiti dei nostri studi. Si tratta di contributi in tema di disciplina degli extraprofiti bancari¹³⁷; di requisito minimo per i fondi propri e le passività ammissibili (Mrel) nella disciplina di prevenzione delle crisi bancarie¹³⁸ (che è poi il tema della regolazione

prescindere del tutto da una conoscenza minima di nozioni tipiche dell'economia politica, mentre la *valutazione critica del dato giuridico* deve per forza anche passare nel campo normalmente arato dall'economista» (corsivo aggiunto da chi scrive).

¹³⁵ F. FRACCHIA, *Lo spazio della pubblica amministrazione. Vecchi territori e nuove frontiere. Un quadro d'insieme*, cit., 280-281.

¹³⁶ *Ivi*.

¹³⁷ T. FAVARO, *Verso la regolazione economica degli extraprofiti bancari. Apparenze e realtà*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2024, 1, 10 ss.

¹³⁸ D. VESE, *Gli interessi pubblici nelle crisi bancari. Per una nuova analisi giuridica dell'ordinamento europeo del credito*, Padova, 2024.

del rischio¹³⁹); nonché di regolazione attraverso l’innesto di sistemi di intelligenza artificiale nelle piattaforme digitali di *e-commerce*¹⁴⁰.

Venendo al primo esempio di regola di mercato, possiamo constatare che nel diritto antitrust la nozione di mercato rilevante è completamente rimessa all’economia. Nondimeno, come è stato ben spiegato in dottrina¹⁴¹, la scienza economica in questo caso si rivela essenziale a delineare le condizioni, i presupposti e il nucleo delle regole per lo svolgimento dell’attività imprenditoriale: la regola giuridica contiene una regola economica. Questa è la tipicità della c.d. regolazione dei mercati¹⁴².

Da notare che il nucleo economicistico della regola giuridica non è assolutamente certo. Al giurista il difficilissimo compito non solo di conoscere la letteratura economica, a base teorica dei contenuti della regola giuridica (e per riuscire nell’intento occorre una preparazione peculiare), ma di saperla giudicare criticamente, quanto meno rispetto all’“irritazione” – direbbe Luhmann – con il sistema giuridico, volendo richiamare, solo a fini descrittivi, la sua già menzionata teoria dei sistemi¹⁴³. Si tratta cioè, una volta ben compresa la disciplina economica, di evincere tutte le implicazioni che essa ha sulla disciplina

¹³⁹ Su cui di recente A. BARONE, *Vigilanza bancaria e gestione del rischio*, in A. MAGLIARI (a cura di), *Il meccanismo unico di vigilanza. Un bilancio dopo i primi dieci anni*, Napoli, 2024, 199-202.

¹⁴⁰ M. PASSALACQUA, *Quando la regolazione si fa algoritmo: IA e piattaforme digitali per gli acquisti pubblici*, in corso di pubblicazione.

¹⁴¹ F. MERUSI, *Il giudice amministrativo fra macro e micro economia*, in *Lo Stato*, 2018, 10, 436, rielaborazione della Relazione dal medesimo svolta nel primo Convegno trentino dell’Associazione dei Docenti di Diritto dell’economia, tenutosi nel 2017.

¹⁴² Per la nozione e la sua distinzione dalla regolazione sociale, si rinvia ad A. ZITO, *Mercati (regolazione dei)*, in *Enc. dir., Annali*, vol. III, Milano, 2010, 805 ss., come più di recente ripresa, in chiave privatistica, da G. RESTA, *op. cit.*, 1008 ss.

¹⁴³ Tanto ben indagata da F. FRACCHIA, *Lo spazio della pubblica amministrazione. Vecchi territori e nuove frontiere. Un quadro d’insieme*, cit., 249 ss. e spec. 253 ss., il quale spiega abilmente l’“irritazione” luhmanniana, essendo interessante «indagare come si “irritino” vicendevolmente, si allineino e si accoppino i diversi sistemi sociali»; «la parte dell’accoppiamento interna al sistema è irritazione (o perturbazione o disturbo), che viene vagliata dalle strutture specifiche dello stesso: irritazione che, pur derivando da un influsso esterno, rimane costruito proprio del sistema». Si veda anche F. FRACCHIA, M. OCCHIENA, *Le norme interne: potere, organizzazione e ordinamenti. Spunti per definire un modello tecnico-concettuale generale applicabile anche alle reti, ai social e all’intelligenza artificiale*, Napoli, 2020.

giuridica, in modo da poter cogliere vizi e virtù della “trasposizione” e capire se la regolazione economica in questione sia idonea a proteggere gli interessi meritevoli e (in definitiva) i valori costituzionali sottesi¹⁴⁴. Si tratta di un compito giuridico indispensabile, che sarebbe fuorviante far svolgere agli economisti o agli scienziati politici o ai sociologi, come, in realtà, sta avvenendo nelle facoltà di giurisprudenza delle più prestigiose università americane¹⁴⁵. Se si tollera che il giudizio di valore idoneo a selezionare più soluzioni legittime lo esprima l’economista o un diverso specialista, il ruolo del giurista resta dimezzato. Ovviamente questa conseguenza, in astratto, appare del tutto ininfluenza. Nondimeno, il suo risvolto concreto è che il rispetto dei valori costituzionali non può che uscirne falsato, in quanto si tende ad applicare la dottrina *mainstream* della Scuola di Chicago, fondamento della formazione economica di base anche di sociologi e scienziati politici. Ebbene, al di là delle posizioni individuali di vicinanza o meno a tali orientamenti culturali, immagino che la maggior parte degli studiosi di diritto converrà che «lo spazio giuridico di valutazione e di decisione» non debba restare completamente assorbito dai *diktat* efficientisti della scuola economica dominante¹⁴⁶.

¹⁴⁴ Sembra ammettere questo «spazio di manovra», F. FRACCHIA, *Lo spazio della pubblica amministrazione. Vecchi territori e nuove frontiere. Un quadro d’insieme*, cit., 282-283, riflettendo sulla «scelta, alla luce di un interesse pubblico (ad esempio la finalità pro-concorrenziale in relazione a taluni mercati), di uno dei modelli o protocolli scientifici (o economici) forniti dal sistema diverso dal diritto», come nel caso della decisione discrezionale operata da *Arera* nella individuazione e nella disciplina dei criteri utili a determinare una tariffa. L’Autore infatti esclude «che il momento applicativo di una regola tecnica a un fatto complesso sia riconducibile al potere discrezionale, esso va qualificato come operazione scientifica (che ha senso alla luce della semantica della scienza)».

¹⁴⁵ «Mentre alle origini dell’affermazione del modello universitario americano nella fine dell’Ottocento aveva assunto un rilievo decisivo l’obiettivo di introdurre un modello rigoroso e concettuale di formazione del giurista (di derivazione tedesca e fondato sulla trasmissione di saperi da parte di esperti, sulla diffusione di *casebooks* e sull’attenzione all’analisi concettuale)», fra le tante modifiche, segnala la «crescente assunzione da parte delle *law schools* americane di “non giuristi” (economisti, filosofi, scienziati della politica)», A. MOLITERNI, *op. cit.*, 477-478. In ogni caso, al di là della fondatezza delle argomentazioni che vogliamo rinvenire, non dovremmo lasciare che la legge venga interpretata e applicata dagli economisti.

¹⁴⁶ Giova in realtà precisare che allo stato attuale, anche negli USA, la dottrina della scuola di Chicago, soprattutto in materia antitrust, è considerata in termini critici da una parte importante della scienza giuridica, diffondendosi la teoria affermata da

A me pare che la soluzione proposta consenta di reagire al più attuale problema epistemologico del diritto, ben rilevato in dottrina, quando si afferma: «l'autonomia del diritto, nella sua funzione formativa dell'ordine economico, risult[a] fortemente compromessa. Nella misura in cui esso si colloca in posizione di soggezione rispetto all'economia»¹⁴⁷. Tale subordinazione, infatti, secondo me, rinviene il «punto di caduta» proprio nella regolazione economica dei mercati.

Ritengo, dunque, che la verifica affidata al giurista, nei termini da me illustrati, influisca inevitabilmente sull'argomentazione, la quale, per le ragioni esposte, rappresenta a mio avviso una fase imprescindibile del metodo. Ne deriva che la regolazione economica si connota in modo tale da segnare una peculiarità di argomentazione. Questo perché la riflessione tange, o se si preferisce si estende, ad un'altra scienza che non è di mero contesto, anzi è in grado di modificare la regola giuridica, per perimetro e/o per contenuti.

Veniamo adesso agli ulteriori esempi, in modo da rinvenire riprova di quanto appena sostenuto.

Sia consentito dare per scontato che il tema degli extraprofitti bancari sia di interesse per il giurista. Per valutare la loro disciplina giuridica, si rende necessario conoscere le nozioni di extra-profitto elaborate nella letteratura economica¹⁴⁸, capirne le “meccaniche” di funzionamento, valutare la normativa sulla tassazione nell'evoluzione nei vari ordinamenti e nelle varie epoche storiche, verificare e argomentare se si tratti di regolazione economica o di regolazione sociale, ed infine, se tale regolazione sia condivisibile o sia invece criticabile. Si tratta dunque di riflettere su un concetto economico e di ricondurlo alla dogmatica giuridica, per poterlo giudicare attraverso i paradigmi del diritto. In particolare, occorre stabilire se le *prestaciones patrimoniales públicas no tributarias*, vale a dire prelievi sui pretesi extra-profitto bancari introdotti dall'ordinamento spagnolo con la legge

Tim Wu (*The Curse of Bigness. Antitrust In The New Gilded Age*, Columbia Global Reports, 2018, trad. it., *La maledizione dei giganti. Un manifesto per la concorrenza e la democrazia*, Bologna, 2021) e da Lina M. Khan (*Amazon's Antitrust Paradox*, in *The Yale Law Journal*, 2017, 126, 710 ss.; R. CHOPRA, L.M. KHAN, *The Case for “Unfair Methods of Competition” Rulemaking*, in *University of Chicago Law Review*, vol. 87, 2020, 2, 4, 357 ss.).

¹⁴⁷ F. SARTORI, *op. cit.*, 316.

¹⁴⁸ T. FAVARO, *op. cit.*, 12 ss.

27 dicembre 2022, n. 38 – la quale impone obblighi finanziari alle entità creditizie e agli istituti finanziari operanti in Spagna con entrate da interessi e commissioni pari o superiori a 800 milioni di euro nel 2019¹⁴⁹ – debbano essere inquadrati nell’ambito della programmazione pubblica. Diversamente, nel caso dell’ordinamento italiano, il riferimento giuridico invocabile sembra invece fondarsi su un controllo pubblico più diretto sul settore bancario¹⁵⁰.

Se non vi fossero giuristi disposti a fare questa attività interpretativa, la regolazione dei mercati diverrebbe sapere esclusivo degli economisti e al giurista resterebbe solo il tema della giustiziabilità della disciplina, peraltro senza entrare nel merito della scelta tecnica.

Nel caso in disamina, la disciplina economica non è dunque di mero contesto, ma è oggetto della riflessione giuridica e viene indagata con metodo giuridico, laddove la fase logica e argomentativa si confrontano con le risultanze di un’altra scienza. L’argomentazione giuridica ne esce quanto meno arricchita ed estesa a confini non giuridici. Un simile lavoro pare effettivamente capace di generare un sapere transdisciplinare¹⁵¹.

Si potrebbe obiettare: cosa c’è di diverso, ad esempio, dal biodiritto o da ogni ipotesi in cui il diritto si scontra con una regola tecnica? La diversità è che il diritto ha l’ambizione di concorrere alla metrica della regolazione economica dei mercati, mentre si limita ad applicare il binomio legittimo-illegittimo quando valuta altre regole tecniche di tipo medico o ingegneristico. Si verifica, insomma, l’interazione con un’altra scienza sociale, non considerata come un dato scientifico acquisito e immodificabile. Plurime sono le ragioni di tale

¹⁴⁹ *Ivi*, 30 ss.

¹⁵⁰ *Ibidem*, 34 ss.

¹⁵¹ Per una trattazione esaustiva della transdisciplinarietà cfr. F. VELLA, *op. cit.*, 723, spec. 769 ss., secondo cui «non si tratta in questo caso di una semplice intersezione tra più discipline che dialogano, ma alla fine rimangono pur sempre esistenti e distinte, ma di un diverso sistema teso a riconfigurare teorie e metodi che abbattano completamente, senza più tornare indietro, confini e barriere (tant’è che qualcuno lo sostituisce con il prefisso post)». Annovera «una dimensione interdisciplinare e transdisciplinare» del diritto dell’economia G. LUCHENA, *Il diritto dell’economia*, in E. BANI, F. DI PORTO, G. LUCHENA, E. SCOTTI (a cura di), *Lezioni di diritto dell’economia*, Torino, 2023, 1.

“contaminazione”: sono entrambe scienze sociali¹⁵²; alla luce dei noti limiti della teoria economica dominante esiste ormai un bagaglio culturale idoneo a provare il contrario della tesi classica; la formazione culturale del giurista è sempre più integrata con quella economica; la soluzione del quesito abbisogna dell’apporto complementare tra le due scienze.

Dal fenomeno descritto deriva anche la modernità del diritto dell’economia e l’ambizione a contribuire all’indirizzo sociale, piuttosto che ad un mero vaglio di legittimità.

Un’applicazione dello stesso metodo giuridico si rinviene nello studio di Donato Vese sul Mrel¹⁵³. Per valutare la tutela degli interessi pubblici, si indagano infatti le coordinate economiche del Mrel e lo si pone in correlazione con lo strumento giuridico del *bail-in*. È proprio la disciplina economica del Mrel che conduce l’Autore ad assolvere il *bail-in* perché considerato un mezzo di incremento della tutela degli interessi pubblici sottesi; nonostante il suo giudizio sul Mrel sia piuttosto negativo.

Venendo ad un lavoro cui mi sto dedicando in materia di IA, la questione del metodo giuridico pare di ancora maggiore urgenza e attualità quando ci si confronta con la sempre più ampia diffusione delle nuove tecnologie dell’informazione e della comunicazione. Invero, come molti di noi stanno apprendendo studiando i rapporti tra diritto e tecnologie dell’informazione, sta emergendo una valenza normativa dell’intelligenza artificiale¹⁵⁴, capace di incrementare l’efficienza di molte attività. Questo processo è destinato a rapportarsi con la regolazione economica dei mercati, potendone in astratto erodere la

¹⁵² Invoca a più riprese l’unitarietà del «contesto di spiegazione delle scienze sociali», E. CARDI, *L’approccio della new institutional economics: il conflitto tra valori e le regole di composizione*, in *Mercati e istituzioni in Italia. Diritto pubblico dell’economia*, IV ed., Torino, 2018, 15.

¹⁵³ D. VESE, *L’influenza normativa degli interessi pubblici negli strumenti economici di prevenzione delle crisi: il requisito minimo per i fondi propri e le passività ammissibili (Mrel)*, in *op. cit.*, 155 ss.

¹⁵⁴ La dottrina giuspubblicistica sta infatti prendendo atto del fenomeno: «Onde rendersi conto del fatto che le amministrazioni sono esposte a regole non prodotte dalle fonti tradizionali, si consideri anche la diffusione della tecnica e dell’intelligenza artificiale», F. FRACCHIA, *Lo spazio della pubblica amministrazione. Vecchi territori e nuove frontiere. Un quadro d’insieme*, cit., 301 che cita R. FERRARA, *La globalizzazione e il diritto pubblico*, in *www.federalismi.it*, 2023, 19, 23 e ss.

rilevanza, o comunque riponendo tale disciplina ad un rango di complementarità con altre tecniche.

Mi spiego meglio. Per i *data scientist* è pacifico, ad esempio, che dotando di sistemi di intelligenza artificiale piattaforme digitali interoperabili e collettrici di dati¹⁵⁵, è possibile stimare una caratteristica ignota ma interessante da conoscere in anticipo, come la presentazione di un ricorso giurisdizionale e i relativi motivi. La piattaforma rivela così una capacità di autoregolazione per perseguire al meglio l'efficienza, fornendo la possibilità di risolvere in anticipo, nell'esemplificazione scelta, i conflitti che possono minare la capacità dello strumento contrattuale di adempiere al suo ruolo allocativo; così facendo, l'IA si presta ad essere utilizzata a fini di regolamentazione.

Sembra dunque potersi sostenere che la piattaforma digitale è destinata ad “abilitare” la regolazione; essa diviene uno strumento di supporto del mercato e non più rimedio al suo fallimento. L'intelligenza artificiale può correggere le inefficienze, con un intervento al dettaglio, che muove dai singoli casi specifici, e ad essa si può ricorrere senza dover provare *ex ante* l'applicabilità di complesse teorie economiche destinate ad acquisire valenza normativa; non so dire se questo uso a mera richiesta sia condivisibile, ma così si sta affermando. Possono derivarne prassi generalizzabili. Assistiamo ad un'inversione dell'ordine della regolazione, stante la facilità della macchina di addentrarsi nella specificità dei casi tramite la velocità di lettura dei dati; potendosi poi astrarre regole prescrittive generalizzabili grazie alla potenza computazionale.

La chiave dell'efficienza arriva dunque dal mercato, ma principalmente non dagli effetti scaturiti dalle regole di concorrenza sui comportamenti delle imprese, da imitarsi attraverso regole amministrative, bensì dall'innovazione dell'industria tecnologica.

Queste potenzialità applicative dell'IA rendono la regolazione digitale un mezzo di conformazione delle condotte economiche e dunque dei mercati, più simile a quello che è stato il contratto per l'analisi economica del diritto piuttosto che alla regolazione pubblica.

¹⁵⁵ Su strutture e caratteristiche delle piattaforme, anche con riferimento ai sistemi di raccolta delle informazioni, si rinvia ad A. CANEPA, *I mercanti dell'era digitale. Un contributo allo studio delle piattaforme*, Torino, 2020, 35 ss.

Per governare un fenomeno di questo tipo, mi sembra indispensabile la forza ordinatrice delle norme emanate da istituzioni rappresentative. Da notare che il diritto europeo sembra voler favorire le regolazioni digitali, probabilmente perché le ritiene capaci di recuperare efficienza gestionale e dunque competitività. Riprova si rinviene nella versione finale dell'*AI Act*¹⁵⁶, il quale non considera più ad alto rischio i sistemi di intelligenza artificiale destinati a essere utilizzati da un organo amministrativo, o per suo conto, per assistere nella ricerca e nell'interpretazione dei fatti e del diritto e nell'applicazione della legge a una serie concreta di fatti¹⁵⁷. Mentre simili sistemi sono ad alto rischio se usati a fini giurisdizionali o per la risoluzione alternativa delle controversie.

Siamo dinnanzi ad un'evoluzione della regolazione economica, secondo una sperimentazione che si svolge in assenza di normazione specifica.

¹⁵⁶ Regolamento (Ue) 2024/1689 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 giugno 2024 *che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale e modifica i regolamenti (Ce) n. 300/2008, (Ue) n. 167/2013, (Ue) n. 168/2013, (Ue) 2018/858, (Ue) 2018/1139 e (Ue) 2019/2144 e le direttive 2014/90/UE, (Ue) 2016/797 e (Ue) 2020/1828 (Regolamento sull'intelligenza artificiale).*

¹⁵⁷ Tale previsione era stata introdotta nell'Allegato III, punto 8, lett. a), nel testo emendato dal Parlamento europeo (con 499 voti a favore, 28 contrari e 93 astensioni) il 14 giugno 2023, dedicato ai sistemi ad alto rischio, secondo la seguente dizione: «a) i sistemi di IA destinati a essere utilizzati da un'autorità giudiziaria o da un organo amministrativo, o per loro conto, per assistere un'autorità giudiziaria o un organo amministrativo nella ricerca e nell'interpretazione dei fatti e del diritto e nell'applicazione della legge a una serie concreta di fatti o utilizzati in modo analogo nella risoluzione alternativa delle controversie». La parte in corsivo è poi venuta meno (salvo l'ultima frase, non rilevante ai nostri fini), nel testo finale, riproducendo, nella sostanza, il testo originariamente proposto dalla Commissione che non contemplava in tale fascia di rischio i sistemi di IA in uso alle autorità amministrative per l'interpretazione dei fatti e del diritto. Sull'uso normativo dell'IA si vedano le prime riflessioni di L. AMMANNATI, F. DI PORTO, *L'intelligenza artificiale per la fornitura di servizi, di applicazioni e la produzione di regole: Digital Services Act, Digital Markets Act e Artificial Intelligence Act*, in A. PAJNO, F. DONATI, A. PERRUCCI (a cura di), *Intelligenza artificiale e diritto: una rivoluzione? Diritti fondamentali, dati personali e regolazione*, vol. I, Bologna, 2022, 479 ss.; L. AMMANNATI, F. COSTANTINO, *Intelligenza artificiale e regolazione dei mercati digitali. Modelli di regolazione e di regolatori*, *ivi*, 547 ss.; F. DI PORTO, A. SIGNORELLI, *Regolare attraverso l'intelligenza artificiale*, *ivi*, 617 ss.

Non facile sarà valutare se questa regolazione economica di tipo digitale, in quanto ispirata al paradigma dell'efficienza, possa ancora qualificarsi come regolazione economica. Penso che sia possibile rispondere a questa domanda solo grazie a quella metodologia giuridica di cui ho detto, che mi pare una peculiarità del nostro ambito disciplinare. Sfido infatti altri approcci scientifici, intanto ad acquisire sulla questione il punto di vista che ho cercato di esporre e poi di trovare una risposta. Questo perché l'economia, secondo me, non è soltanto l'ambiente in cui si sviluppa la nostra riflessione, ma molto di più. Se sappiamo fare questo sforzo interpretativo abbiamo una nostra autonomia, altrimenti siamo studiosi di diritto commerciale o di diritto amministrativo con una forte specializzazione per oggetto.

5. *Il paradosso conclusivo*

Muovendo dal rapporto tra metodo e oggetto, si è chiarito che il primo per restare ordinante e autonomo, non può mutare al variare del secondo. La partizione per materie è strumento utile unicamente alla delimitazione dell'oggetto di ricerca. È stata dunque criticata l'idea di un metodo giuridico settoriale, sostenendo che la partizione per oggetto ha funzione euristica¹⁵⁸ ma non metodologica.

¹⁵⁸ D'altro canto, se ammettiamo che per convenzione, tradizione e storia, i sottosistemi sono individuati anche per omogeneità degli oggetti di studio, pur non essendo l'oggetto il fattore dirimente della tenuta di un sotto-sistema rispetto al sistema generale del diritto, si avranno due corollari. In primo luogo, studiosi di altri settori (*recte*: sotto-sistemi), potranno imbattersi nei loro studi con profili di diritto dell'economia, cimentandosi ad affrontarli attraverso il metodo peculiare; potranno altresì affrontare lo stesso oggetto di studio, ma concentrandosi su aspetti di diritto civile, di diritto commerciale, di diritto amministrativo, di diritto costituzionale che pur ineriscono al tema trattato, prestandosi ad essere sviluppati "saltando a piè pari" la questione di diritto dell'economia. Ovviamente dovrà trattarsi di lineamenti giuridici dotati di una propria autonomia, altrimenti la trattazione rischia di essere incompleta o erronea per mancata considerazione di un fattore in grado di influenzare i risultati della ricerca. Al contempo, lo studioso del diritto dell'economia, tale per appartenenza o per diletto, nel momento in cui tratta di regolazione economica in tutte le sue possibili future dilatazioni, si avvarrà, a seconda dei casi e anche in forza della sua formazione di base, delle categorie civilistiche o pubblicistiche, poiché tale distinzione ancora si regge non certo sul metodo, come si diceva, bensì sulla dogmatica: categorie e sistema.

Si è poi proposta una definizione di metodo giuridico come un percorso composto da momenti – filologico, logico, argomentativo e interpretativo – finalizzati a risolvere problemi di diritto in coerenza con i valori costituzionali, e capace di distinguersi tanto dall'interpretazione in senso stretto quanto dalla dogmatica, che ne rappresenta il prodotto, ma non la struttura. Tale metodo consente di superare il mero binomio legittimo-illegittimo e valorizza la funzione assiologica del diritto.

Si è sostenuto che l'apporto delle scienze sociali, pur utile e talora necessario, non incide sul metodo in sé, salvo nei casi in cui si realizzi una vera comparazione o si sviluppino riflessioni transdisciplinari.

Si è infine indagata la specificità del diritto dell'economia, sottolineando come, in questo ambito, le regole giuridiche incorporino regole di mercato – concettualmente distinte dalle regole sul mercato – il che impone al giurista una costante attività critica e argomentativa su contenuti di altra provenienza scientifica, soprattutto economica.

Attraverso l'analisi di casi concreti – dalla nozione di mercato rilevante alla disciplina degli extraprofiti bancari, dal MREL al ruolo dell'intelligenza artificiale nelle piattaforme digitali – si è evidenziato come la riflessione giuridica debba confrontarsi con contenuti “altri” che divengono oggetto di interpretazione, nel rispetto della propria autonomia metodologica.

Da ciò deriva, però, un paradosso: sebbene si sia sostenuta l'unitarietà del metodo giuridico, proprio il diritto dell'economia sembra postulare, nei fatti, una peculiare articolazione del metodo, resa necessaria dall'interazione strutturale con altre scienze sociali. Tale peculiarità, lungi dal contraddire l'impianto teorico iniziale, ne rappresenta l'evoluzione coerente, in un contesto in cui il diritto, quale scienza sociale, si trova inevitabilmente al crocevia di saperi plurali.

Pertanto, sebbene muoviamo da angoli visuali diversi, mi pare che il nostro Presidente ed io, condividiamo la medesima conclusione: «la disciplina del diritto dell'economia è chiamata a verificare il processo di affermazione del diritto in un dato mercato»¹⁵⁹.

¹⁵⁹ F. SARTORI, *op. cit.*, 319. Mentre non condivido che «lo studio e l'insegnamento del diritto dell'economia possono giovare di innumerevoli metodi», *ivi*, 323; a mio modo di vedere, infatti, salvo l'eccezione illustrata nel testo, il metodo giuridico è tendenzialmente unico.

Mi trovo, dunque, con grande sorpresa a dover restituire una conclusione eccentrica sul metodo del diritto dell'economia, perché in contraddizione con la tesi, secondo me, scientificamente valida sul metodo della scienza giuridica. Ciò stante, l'illazione sembra reggere all'esame critico. Forse la soluzione rinvenuta altro non è che la conferma di come la nostra "giovane materia" incorpori l'immanente esigenza transdisciplinare del diritto, ormai non rinviabile, in quanto è inevitabilmente il diritto, come scienza umana e prima ancora fatto umano, a porsi al confine tra più scienze, divenendo più complesso.

In definitiva, il diritto dell'economia, secondo me, ha una peculiarità di metodo rispetto agli altri saperi giuridici.

Qualora si condividesse l'idea che una branca del diritto possiede autonomia se dotata di un metodo peculiare e/o se si fonda su caratteristiche ricorrenti che la ordinano in un sub-sistema, come si diceva, evitando di «ricominciare da capo» ogni volta che si deve comprovare una nuova tesi¹⁶⁰, nell'ordinamento nazionale, il diritto dell'economia sarebbe l'unico settore a fondare la propria autonomia di sub-sistema sulla peculiarità del metodo.

Se, viceversa, si individuassero i sub-sistemi o le branche del diritto in base al loro oggetto – criterio di natura prettamente formale, ma utile a fini conoscitivi –, l'ambito del diritto dell'economia risulterebbe talmente esteso da annullarne il rilievo sistematico. Ciò dimostra, a mio avviso, che il vero elemento distintivo di un sub-sistema giuridico non risiede nell'oggetto – preconditione di ogni ricerca – bensì nel metodo e nella sua dogmatica.

¹⁶⁰ F. FRACCHIA, *Lo spazio della pubblica amministrazione. Vecchi territori e nuove frontiere. Un quadro d'insieme*, cit., 272, «il metodo giuridico sembra appunto riconducibile a un insieme di premesse decisionali, in grado di fornire una cornice che consente di trattare i problemi senza dovere ogni volta "ricominciare da capo", ma indicando una serie di alternative per ridurre la complessità», sebbene io ritenga che simile funzione sia svolta dalle categorie e dal sistema ordinato delle stesse e non dal metodo.