

## AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO ([HTTP://WWW.AMMINISTRAZIONEINCAMMINO.LUISS.IT](http://www.amministrazioneincammino.luiss.it)) un laboratorio formativo e sperimentale

Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttore Professor Giuseppe di Gaspare

Cerca Amministrazione in Cammino

[QUADERNI DELLA RIVISTA](http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/category/quaderni-rivista/) (<http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/category/quaderni-rivista/>)  
[NOVITA' EDITORIALI](http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/category/novita-editoriali/) (<http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/category/novita-editoriali/>)  
[REPRINT](http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/category/reprint/) (<http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/category/reprint/>)  
[AMBIENTE](http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/category/ambiente/) (<http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/category/ambiente/>)  
[AMMINISTRAZIONE ED EUROPA](http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/category/amministrazione-ed-europa/) (<http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/category/amministrazione-ed-europa/>)  
[AMMINISTRAZIONI PUBBLICHE](http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/category/amministrazioni-pubbliche/) (<http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/category/amministrazioni-pubbliche/>)  
[APPALTI PUBBLICI](http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/category/appalti-pubblici/) (<http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/category/appalti-pubblici/>)  
[DIRITTO DI INTERNET – OSSERVATORIO](http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/category/diritto-di-internet/) (<http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/category/diritto-di-internet/>)  
[FEDERALISMO ED AUTONOMIE](http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/category/federalismo-ed-autonomie/) (<http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/category/federalismo-ed-autonomie/>)  
[GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE](http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/category/giurisprudenza-costituzionale/) (<http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/category/giurisprudenza-costituzionale/>)  
[LAVORO PUBBLICO](http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/category/lavoro-pubblico/) (<http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/category/lavoro-pubblico/>)  
[PARLAMENTO](http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/category/parlamento/) (<http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/category/parlamento/>)  
[DIRITTO SANITARIO](http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/category/diritto-sanitario/) (<http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/category/diritto-sanitario/>)  
[POLITICHE SOCIALI](http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/category/politiche-sociali/) (<http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/category/politiche-sociali/>)  
[SEMPLIFICAZIONE ED INNOVAZIONE](http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/category/semplificazione-ed-innovazione/) (<http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/category/semplificazione-ed-innovazione/>)  
[SERVIZI PUBBLICI](http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/category/servizi-pubblici/) (<http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/category/servizi-pubblici/>)  
[SCUOLA DELL'AUTONOMIA](http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/category/scuola-dell'autonomia/) (<http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/category/scuola-dell'autonomia/>)  
[AMMINISTRAZIONE CONDIVISA](http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/category/amministrazione-condivisa/) (<http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/category/amministrazione-condivisa/>)  
[DIRITTO DELL'ECONOMIA](http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/category/diritto-delleconomia/) (<http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/category/diritto-delleconomia/>)  
[DIRITTO DELL'ENERGIA](http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/category/diritto-dellenergia/) (<http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/category/diritto-dellenergia/>)  
[RESOCONTI E CONVEGNI](http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/category/convegni-e-resoconti/) (<http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/category/convegni-e-resoconti/>)

[DIRITTO DELL'ENERGIA](http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/category/diritto-dellenergia/) (<http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/category/diritto-dellenergia/>) » note e commenti (<http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/category/diritto-dellenergia/note-e-commenti-diritto-dell-energia/>) »

### Oggetto e metodo del diritto dell'economia

12.04.2017

Sommario: 1. Concezione oggettiva vs oggettuale – 2. Assenza di istituti giuridici tipici – 3. Dagli istituti alle istituzioni: un diritto di secondo livello – 4. Metodo sistemico vs analitico sistemico – 5. Un approccio storico e problem oriented: l'impatto del diritto sull'economia.

Di Gaspare oggetto e metodo (<http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/app/uploads/2017/04/Di-Gaspare-oggetto-e-metodo.pdf>)

di Giuseppe Di Gaspare

 Scarica documento (<http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/app/uploads/2017/04/Di-Gaspare-oggetto-e-metodo.pdf>)

### ISCRIVITI ALLA NEWSLETTER

Email  **INVIA**

• Privacy (<http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/privacy-3/>) • Copyright (<http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/copyright>)

**Amministrazione in Cammino**

Rivista registrata presso il Tribunale di Roma in data 29/12/2005, n. 542/2005. Codice ISSN 2038-3711  
Copyright 2015 Luiss Guido Carli Viale Pola 12, 00198 Roma Italy

**LEGGI LA NEWSLETTER**

**LEGGI ([HTTP://WWW.AMMINISTRAZIONEINCAMMINO.LUISS.IT/LEGGI-LA-NEWSLETTER/](http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/leggi-la-newsletter/))**

## Oggetto e metodo del diritto dell'economia<sup>1</sup>

di Giuseppe Di Gaspare

12 aprile 2017

Sommario: 1. Concezione oggettiva vs oggettuale – 2. Assenza di istituti giuridici tipici – 3. Dagli istituti alle istituzioni: un diritto di secondo livello – 4. Metodo sistemico vs analitico sistematico – 5. Un approccio storico e problem oriented: l'impatto del diritto sull'economia.

### 1. Concezione oggettiva vs oggettuale

Fin dal suo apparire come insegnamento universitario nelle prime decadi del secolo scorso, il diritto dell'economia è stato oggetto di accesi dibattiti in ambito accademico. Ci si interrogava sulle caratteristiche distintive della disciplina rispetto agli altri rami del diritto, sulla sua autonomia scientifica o sulla sua riconduzione all'interno prevalentemente del diritto pubblico o del diritto privato. Con il tempo e con il consolidarsi dell'insegnamento, il dibattito è andato scemando essendosi affermata una concezione "oggettuale" (M.S. Giannini – *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1985, p. 17), secondo la quale il diritto dell'economia non costituirebbe un'autonoma disciplina giuridica. Esso non avrebbe, pertanto, in modo scientificamente obiettivo, un proprio "oggetto", essendo solo un aggregato di normazioni settoriali (credito, politiche industriali, attività produttiva, servizi e imprese di pubblica utilità, regolazione del mercato e dei mercati finanziari ...) che hanno progressivamente assunto un rilievo centrale nel funzionamento del sistema economico. Complessi organici di norme legislative e regolamentari che, in sé considerati, appartengono ad altri rami del diritto. Al massimo, si potrebbe distinguere il diritto pubblico dell'economia da quello privato dell'economia e dal cosiddetto diritto penale dell'economia. In questa ottica, sarebbe soltanto una materia di insegnamento, frutto di una convenzione accademica a fini didattici, secondo la quale nei corsi di diritto dell'economia si studiano le normazioni di recente conio, aventi un particolare rilievo per l'economia e non rientranti tradizionalmente in altre discipline quali in particolare il diritto commerciale, il diritto del lavoro, il diritto amministrativo. La nascita del diritto dell'economia sarebbe dunque da riconnettersi strettamente all'"**intervento pubblico nell'economia**", alla crescita quantitativa della legislazione economica iniziata alla fine del secolo XIX. Negli Stati europei continentali questo sviluppo ha comportato il consolidamento e l'autonoma rilevanza giuridica dell'"**amministrazione pubblica economica**" e degli strumenti giuridici, essenzialmente di diritto amministrativo, che essa impiega (programmazioni, direttive, tariffe, controllo dei prezzi, contingentamenti delle produzioni, diritti esclusivi, concessioni, autorizzazioni, certificazioni, sussidi, appalti

---

<sup>1</sup> Il presente saggio costituisce una rielaborazione e dell'introduzione di: *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, WK Italia, 2003 ( 2°ed.2015) ed è destinato alla pubblicazione nel Liber Amicorum per Andrea Bixio

pubblici). Nel corso dei primi decenni del secolo scorso, all'amministrazione economica si è aggiunta **l'impresa pubblica**, come **ente pubblico economico** nei mercati riservati ovvero come **società di capitale in mano pubblica** nel libero mercato. Il connubio e la compenetrazione pubblico - privato generano la cosiddetta *economie mixte*, destinata a caratterizzare l'assetto dell'economia e il rapporto con il mercato nella maggior parte degli Stati europei. All'interno di questa dinamica, l'affermazione dello Stato a diritto amministrativo e l'apparizione dello Stato sociale definiscono il contesto di riferimento storico e tematico in cui l'insegnamento del diritto (pubblico) dell'economia si afferma ed evolve, seguendo la linea di tendenza espansiva dell'intervento pubblico nell'economia e nel sociale fino alla netta regressione che si registra a partire dagli ultimi due decenni del secolo scorso. Alla **ideazione dirigistica (keynesiana) del Government**, del possesso da parte dello Stato del *know how* dello sviluppo economico, subentrerà poi nella *age of turbulence* inaugurata dalla globalizzazione, la concezione della **Governance**, come metodo aperto di gestione policentrica di informazioni, competenze e risorse diffuse, la cui complessità rifugge dal controllo e dall'indirizzo esclusivo dai pubblici poteri. Con la *governance* inizia la navigazione a vista delle politiche pubbliche e la perdita di controllo dello Stato sull'economia nazionale. Il termine, al contempo, indica con la stessa valenza, il governo delle imprese transnazionali il cui esercizio si estende anche fuori dai confini del mercato nazionale, situandosi nella dimensione ubiquitaria del "meta mercato finanziario". In questo dilatato scenario globalizzato il diritto dell'economia ed il suo insegnamento non può più adagiarsi sulla precedente concezione oggettuale della materia. **Si ripropone così il quesito epistemologico del fondamento teorico del diritto dell'economia come problema del metodo che non può essere eluso pena la perdita di senso del suo insegnamento.**

## 2. Assenza di istituti giuridici tipici

Se si considerano le diverse formulazioni che si sono succedute e contrapposte nel secolo scorso, in particolare in Francia e in Germania, le definizioni del diritto dell'economia possono essere ricondotte a due opposte concezioni. La concezione "totalitaria", che cercando di abbracciare la complessità della materia ne dà una visione egemonica e la concezione "riduzionista", che cercando viceversa di ricondurre la materia al tradizionale metodo di classificazione analitico sistematico ne nega l'esistenza. La concezione **totalitaria**, in sintesi, **considera oggetto del diritto dell'economia i rapporti giuridici a contenuto economico**. Essa tende perciò ad ascrivere al diritto dell'economia tutti i rapporti giuridici sia di diritto privato sia di diritto pubblico attinenti la produzione, la distribuzione e/o lo scambio di beni e di servizi. In questa prospettiva, costituirebbero oggetto del diritto dell'economia i rapporti contrattuali ad oggetto economico, la conformazione della proprietà e del diritto d'impresa, le obbligazioni e tutta l'attività giuridica dello Stato o dei pubblici poteri incidente in senso estensivo o riduttivo sulla sfera economica dei soggetti giuridici. In genere tale rivendicazione è attenuata dalla constatazione della sussistenza di consolidate discipline giuridiche dedicate a specifici settori la cui autonomia è solitamente riconosciuta, quantomeno per esigenze di insegnamento. La formulazione più meditata di questo approccio ricerca una qualificazione metodologica del diritto dell'economia affiancandolo, come *tertium genus*, alla tradizionale bipartizione diritto

pubblico e diritto privato. Anche questo tentativo, però, incentrato sulla rilevanza del contenuto economico dei rapporti, non riesce a fornire in definitiva una efficace dimostrazione della tripartizione, fornendo un metro sicuro per discernere i confini della materia.

La concezione **riduzionista**, sicuramente dominante, prescinde invece dal contenuto economico dei rapporti giuridici e **assumendo come metro di classificazione il profilo formale degli istituti giuridici implicati**, non rileva rapporti giuridici nelle materie di diritto dell'economia che non siano riconducibili ad istituti tipici del diritto pubblico o del diritto privato. E' evidentemente esclusa, in questa ottica, la possibilità di distinguere il diritto dell'economia come un terzo *genus* accanto al diritto pubblico e a quello privato. Ed in effetti, i rapporti giuridici a contenuto economico, non potendo intervenire che tra pubblici poteri e privati o tra questi ultimi, sono necessariamente destinati a risolversi in istituti di diritto pubblico o di diritto privato. Questo approccio nega alla radice il problema del fondamento teorico del diritto dell'economia e della sua autonomia scientifica, distinguendo piuttosto, dal punto di vista strettamente giuridico, il diritto pubblico o privato dell'economia come aggregati di normazioni settoriali le cui componenti materiali – per quanto ampie le si vogliano considerare – non presentano un minimo comune denominatore che ne consenta, da un punto di vista della scienza giuridica, una *reductio ad unitatem*. In questo ordine di idee, a partire dalla fondamentale dicotomia tra diritto pubblico e diritto privato, la concezione riduzionista riporta le diverse normazioni settoriali alle specificità di istituti giuridici che, in sé considerati, appartengono alle discipline tradizionali del diritto costituzionale o del diritto amministrativo o del diritto commerciale e del diritto privato. Anche le diverse normazioni materiali, in sé considerate, costituiscono oggetto di studio ad opera di specifiche discipline settoriali le quali non presentano tra di loro particolari connessioni, come, ad esempio, il diritto finanziario, il diritto della concorrenza, il diritto industriale, il diritto urbanistico. In questo più tradizionale approccio giuridico si determina, pertanto, attraverso un processo di riduzione dell'insieme delle materie a rilevanza economica alle singole partizioni delle discipline giuridiche, l'annichilimento della autonomia scientifica della materia, per cui, restituito ad ogni ramo del diritto quello che gli compete, del diritto dell'economia non rimarrebbe più nulla. Per questa via si ritorna dunque all'approccio oggettuale, alla conclusione, cioè, che il diritto dell'economia non costituisce niente altro che una convenzione accademica, un modo di raggruppare funzionalmente, a fini didattici, temi e istituti disparati di particolare interesse e attualità la cui unitaria esposizione è utile per dare conto delle principali linee di tendenza della legislazione economica. Questo diverso punto di approdo appare d'istinto più condivisibile per il giurista perché mette in chiaro l'impossibilità di differenziare i rapporti e gli istituti che trovano applicazione nel diritto dell'economia da quelli tipici dei tradizionali rami del diritto pubblico o del diritto privato. La prospettiva totalitaria, dilatata a tutto campo sul contenuto economico dei rapporti, risulta completamente sfuocata, non appare di alcuna utilità epistemologica, incentrata su un metro di classificazione non giuridico degli istituti, finisce per mettersi fuori gioco da sola.

E' necessario, quindi, se si vuole ricercare uno specifico fondamento teorico del diritto dell'economia, abbandonare radicalmente "la tentazione egemonica" della concezione totalitaria e accettare il tradizionale punto di approdo della dottrina giuridica per cui **il diritto dell'economia non si può distinguere sulla base di "istituti**



giuridici tipici", senza peraltro cadere necessariamente nell'annichilimento riduzionista della materia.

### 3. Dagli istituti alle istituzioni: un diritto di secondo livello

E' possibile infatti **assumere un diverso punto di vista andando oltre la concezione positivista del diritto** come avente ad oggetto esclusivo lo studio degli istituti giuridici. Ed in effetti, sia la concezione totalitaria che quella riduzionista sono interne alla concezione positivista del diritto che identifica la realtà giuridica esclusivamente con le norme poste dal legislatore (diritto positivo). Entrambe le concezioni si pongono sullo stesso livello di analisi dei rapporti giuridici derivabili dalle norme e ordinati a sistema, tipizzati in istituti giuridici che, unitariamente considerati, costituiscono il sistema giuridico ed esauriscono, pertanto, le modalità di rappresentazione della fenomenologia giuridica. La tentazione egemonica, infatti, rimane sopraffatta non solo dall'assenza di istituti giuridici ma anche, e soprattutto, dalla dilatazione dell'oggetto della materia che il riferimento ai rapporti giuridici a contenuto economico comporta, scontrandosi e soccombendo di fronte alla difficoltà di individuare i limiti oggettivi della materia. Si è infatti immediatamente confrontati con una esuberante produzione normativa in continua e rapida trasformazione, che disorienta per la sua potenziale latitudine e vanifica i tentativi di riduzione ad unità dell'ambito oggettivo della materia. Se si vuole trovare un fondamento al diritto dell'economia è **necessario quindi ricercare un punto di osservazione che consenta di inquadrare la materia in una visione d'insieme concettualmente ordinata**. Diviene necessario arretrare il punto di osservazione, abbandonando il piano di ricostruzione analitico sistematica degli istituti assumendo, in via di prima approssimazione, ad oggetto del diritto dell'economia non lo studio degli istituti ma **quello delle istituzioni**. Si definisce così **un secondo livello di rappresentazione della realtà giuridica non contrapposto, ma piuttosto complementare, a quello tradizionale degli istituti**.

Le istituzioni sono sostanzialmente diverse dagli istituti. Esse sono giuridicamente fattispecie complesse al cui interno si collocano gli istituti giuridici, senza però che le prime siano scomponibili nei secondi. In questo modo, prende forma un diverso piano di rappresentazione della fenomenologia giuridica che consente di configurare il diritto dell'economia quale diritto delle istituzioni rilevanti per il sistema economico. Un diritto di secondo livello, dunque, che va oltre la ricostruzione positiva dagli istituti e che ha a proprio oggetto lo studio delle relazioni che intervengono tra le istituzioni rilevanti per l'economia. Il concetto di istituzione, tipico peraltro anche delle scienze sociali ci consente, in via di prima approssimazione, di distinguere il diritto dell'economia dagli altri rami del diritto che si occupano, invece, dello studio di specifici istituti giuridici ordinati per settori o per materie.

In questo ordine di idee, le **istituzioni vengono in evidenza come centri di imputazione di attività giuridicamente rilevanti**. Esse rappresentano una **strutturazione simbolica** della realtà giuridica. All'interno delle istituzioni come aggregati complessi si rinvencono certamente rapporti giuridici ordinabili anche negli istituti giuridici tradizionali. Le istituzioni si caratterizzano però per una loro configurazione tipica, sintetizzata in dottrina nel modo seguente: - una propria conformazione delle soggettività giuridiche che al suo interno interagiscono; - uno

specifico sistema di regole di funzionamento e di misure per assicurarne l'effettività; - la presenza di un centro di autorità dotato di una più o meno ampia autonomia normativa.

Ai nostri fini, va tuttavia operato un distinguo dalla tradizionale teoria istituzionista del diritto ( S. Romano) in quanto **ci si distacca da una visione "organicistica"** delle istituzioni. L'istituzionalismo di Romano considera le istituzioni alla stregua di entità reali e non di mere rappresentazioni simboliche, ponendole così sullo stesso piano degli individui, come soggetti di diritto. Nel diritto dell'economia, invece, è opportuno mantenere inalterata la differenziazione tra istituzioni ed individui, come termini opposti della relazione costitutiva del diritto dell'economia, per evitare che la catalogazione di entrambi come persone giuridiche vanifichi, nell'omologazione personalistica, la loro difformità ontologica.

Premesso questo distinguo metodologico, possiamo iniziare con l'affermare che il diritto dell'economia, studiando le istituzioni e non i singoli istituti, ha un proprio oggetto differenziato che, in via di prima approssimazione, definiamo come **lo studio delle istituzioni fondamentali per l'economia (pubblici poteri, mercato ed impresa) e dei rapporti interistituzionali** intercorrenti tra le stesse istituzioni. Ad essi è necessario aggiungere anche lo studio dei **rapporti istituzionali**, intesi questi ultimi come rapporti tra le stesse istituzioni e gli individui. Tali rapporti danno luogo alle **posizioni giuridiche fondamentali** degli individui stessi nei confronti delle diverse istituzioni, con le quali si relazionano giuridicamente. Ai fini del nostro discorso hanno rilievo, in via di prima approssimazione, le posizioni giuridiche a contenuto economico quali i diritti economici fondamentali (libertà di iniziativa economica, diritto di proprietà).

**Al centro del sistema dei rapporti interistituzionali ed istituzionali rilevanti per il diritto dell'economia, deve perciò porsi l'individuo, nella sua posizione giuridica fondamentale** nei riguardi delle attività economiche, del mercato o dell'impresa. Il concetto giuridico di *status*, tradizionalmente utilizzato per indicare le posizioni giuridiche di base, fa ben risaltare il nesso strutturale che lega l'individuo all'istituzione di riferimento. La **posizione giuridica** di base, che l'individuo assume nei confronti e all'interno di una specifica istituzione è, al contempo, in una prospettiva dinamica, la matrice dei singoli rapporti giuridici che danno luogo alle diverse **situazioni giuridiche soggettive**. Sono rapporti che in sé considerati, pur presupponendo la posizione giuridica fondamentale, formalmente se ne distaccano. Da questa angolazione si percepisce **l'importanza teorica e al contempo tecnico- giuridica della posizione giuridica, come diaframma tra istituzioni e istituti** ( rapporti giuridici e connesse situazioni giuridiche) che sono oggetto di studio specifico delle discipline giuridiche analitiche di "primo livello", in base alle quali tali rapporti giuridici sono ordinabili nei consueti istituti di diritto positivo (le varie tipologie di contratti, i diritti reali, le obbligazioni, e i diversi rapporti di diritto amministrativo quali autorizzazioni, licenze, e così via).

Si verifica in questo modo una specie di riconciliazione metodologica tra il diritto dell'economia e gli altri rami del diritto, per cui la separazione dei due livelli di studio si integra funzionalmente nel processo cognitivo, per cui **il collegamento tra istituzioni - rapporti istituzionali - posizioni giuridiche - rapporti giuridici - situazioni giuridiche ha una dinamica relazionale che non consente di raffigurare una netta cesura "fisica" tra il macro livello di rappresentazione del diritto dell'economia e quello micro delle situazioni giuridiche**. Questa raffigurazione, anzi,

permette di meglio comprendere come il sistema a rete delle relazioni istituzionali interagisca, tramite le posizioni giuridiche, con il fitto reticolo dei rapporti giuridici che si realizzano all'interno delle istituzioni e come gli effetti giuridici possano a loro volta retroagire, inducendo modificazioni dei rapporti istituzionali. Nella loro configurazione giuridica le posizioni fondamentali degli individui nel diritto dell'economia sono contraddistinte, infatti, da un più o meno ampio margine di autonomia ai fini della messa in essere dei singoli rapporti che impedisce di rappresentare il collegamento tra i due livelli come predeterminato.

La distinzione tra istituti e istituzioni ci ha consentito dunque di mettere a fuoco la diversa matrice del diritto dell'economia e il suo specifico oggetto. Così, mentre **gli istituti costituiscono il primo livello di rappresentazione della realtà giuridica** e dunque il sistema base di qualificazione dei rapporti giuridici, **l'istituzione rappresenta invece un aggregato complesso di secondo livello.**

Secondo la dottrina risalente, cui qui si fa rinvio (M.S. Giannini), l'istituzione si articola in tre ordini di normazione: - norme sulla produzione normativa; - norme sulla organizzazione; nome sulla plurisoggettività. Questa complessa fattispecie giuridica non è pertanto scomponibile – come avviene nell'approccio riduzionista - nei rapporti giuridici che al suo interno si svolgono senza dissolverne il significato strutturale. Così, ad esempio, il mercato, quale istituzione, non può essere scomposto nei singoli rapporti di scambio e/o i singoli metodi di risoluzione dei conflitti di interessi che in esso intervengono senza dissolverne il significato. Lo stesso discorso vale anche per l'impresa - che costituisce ai nostri fini un aggregato istituzionale - sebbene il codice civile sembra ricondurla ancora alla semplice sommatoria dei suoi elementi costitutivi, all'ambito, cioè, dei rapporti giuridici dell'imprenditore (art. 822 c.c.), ordinabili nei tradizionali istituti del diritto privato, del diritto del lavoro e del diritto commerciale.

In altri termini, **gli istituti giuridici non costituiscono i singoli mattoni dalla cui somma risulta la struttura costituiva dell'istituzione.** Ne consegue che l'istituzione non è ricostruibile secondo il tradizionale metodo positivista analitico - sistematico di astrazione dal particolare (il diritto positivo) al generale (lo specifico istituto). Approssimativamente possiamo dire che **l'istituzione, riguardo ai rapporti giuridici che in essa si generano, si configura come il loro contenitore conformante.** Conformante in quanto a livello istituzionale vengono poste le norme che definiscono le regole del gioco: norme sulla organizzazione, sulla produzione normativa e sulla plurisoggettività. **La definizione delle regole del gioco – le regole di funzionamento delle istituzioni -** è peraltro un complesso effetto di interazioni esogene ed endogene alle istituzioni rilevanti per l'economia. In questo senso, ad esempio, le regole di funzionamento del mercato sono effetto di un sistema di interazioni e di retroazioni tra normative esogene - poste dallo Stato e da altri pubblici poteri - norme endogene - strutturali e di comportamento - poste dalle Autorità di controllo e/o dal giudice. Anche i comportamenti conformanti delle imprese – dotate di rilevante potere economico – sono in grado di incidere sulle regole del gioco anche durante il suo svolgimento (posizione dominante). In una prospettiva dinamica, inoltre, i ruoli non sono fissi; ad esempio, i soggetti pubblici esterni che pongono le regole esogene possono assumere il ruolo di attori economici e modificare a tal fine le regole per proprie convenienze. In questa rappresentazione dinamica **acquistano rilievo centrale, nel diritto dell'economia, le modificazioni dei ruoli ed i conflitti di interesse.** Si pensi, ad esempio, all'interesse dello Stato alle privatizzazioni delle imprese pubbliche e, più in generale, al ruolo dello Stato imprenditore e programmatore. D'altra parte, lo stesso



regolatore endogeno – una qualsiasi autorità di regolazione - può far trapassare, nelle regole che pone, logiche autoreferenziali di rafforzamento del proprio ruolo. **Questa rete di relazioni istituzionali nel suo insieme struttura la realtà economica, intesa come il sistema di produzione, distribuzione, redistribuzione di beni e servizi, che costituisce, in modo generale e approssimato, l'oggetto di studio del diritto dell'economia.**

Su questa base, possiamo ulteriormente precisare che **l'oggetto del diritto dell'economia** è costituito dallo **studio delle posizioni soggettive economiche** (libertà di iniziativa economica, diritto di proprietà) **nei confronti del mercato in generale e delle posizioni giuridiche tipiche** (produttori, intermediari, risparmiatori, clienti liberi o vincolati, utenti, lavoratori e consumatori) che si riscontrano **nei vari mercati** (finanziari, dei servizi di pubblica utilità ...), **dalla loro conformazione giuridica** (accesso, parametri di stabilità, conformazione delle imprese, circolazione dell'informazione) e **dal meccanismo istituzionale di loro funzionamento** (modalità di contrattazione, trasparenza, diritti esclusivi, poteri di controllo sugli operatori e di risoluzione dei conflitti economici, sanzioni..).

L'aver posto al centro della ricostruzione i **rapporti interistituzionali** che definiscono l'assetto organizzativo delle istituzioni rilevanti nel sistema economico ed **i rapporti istituzionali**, tra le istituzioni e i diritti degli individui, ci porta **a porre al centro dell'indagine la sussistenza effettiva dei diritti economici individuali**. La possibilità di ricondurre a sistema la rete di rapporti tra diritti individuali e istituzioni presuppone anche che essi siano tipizzabili, che presentino, cioè, dei caratteri seriali in quanto conformati dal diritto, altrimenti non sarebbe possibile alcuna loro classificazione scientifica. A questo punto, possiamo affermare che la generalità e l'astrattezza delle qualificazioni giuridiche dei diritti economici fondamentali deriva direttamente dall'essere poste da norme organizzative e sulla plurisoggettività dell'ordinamento giuridico generale. In questo modo, la ricerca di un metodo di studio che padroneggi concettualmente il funzionamento del sistema ci ha condotti ad assumere **una visione d'insieme dell'oggetto indagato**, la cui essenziale configurazione giuridico- organizzativa deriva dalle relazioni tra le parti (istituzioni) piuttosto che dall'analisi delle proprietà delle singole componenti (istituti giuridici).

Su questa base, possiamo affermare che storicamente negli Stati moderni sono state norme di rango costituzionale che generalmente hanno riconosciuto o attribuito agli individui determinate posizioni di base nei riguardi dello stesso Stato, dei poteri pubblici rilevanti nelle istituzioni economiche (il mercato e l'impresa). E' con l'avvento dello Stato di diritto e con il riconoscimento dei diritti economici come diritti fondamentali, che si può iniziare a parlare di diritto dell'economia. Con esso prendono origine e forma rapporti interistituzionali e istituzionali del funzionamento dell'economia che possono essere esemplificati in un modello. **La costruzione concettuale di questi modelli costituzionali economici - come "tipi ideali" (Weber) - su base storica a partire dalle rivoluzioni liberali e dall'affermazione dello Stato di diritto viene quindi a costituire il punto di partenza dello studio del diritto dell'economia.**

#### 4. Metodo sistemico vs analitico sistematico

La ricostruzione concettuale dei modelli costituzionali nella loro successione storica richiede una metodologia di indagine sulla quale è ora necessario intrattenersi. La ricerca di una visione d'insieme del funzionamento giuridico del sistema economico può essere raggiunta tramite un **approccio sistemico** in modo di ricomprendere la fenomenologia delle istituzioni senza perdersi al suo interno. L'approccio sistemico cerca dunque le strutture essenziali che connotano il funzionamento del sistema indagato, fornendone una visione concettuale in cui le singole componenti istituzionali acquistano senso nelle loro interconnessioni e dinamiche. A tal fine, l'approccio deve essere **generale e approssimato**. Generale, in quanto considera il funzionamento del sistema economico come un insieme di rapporti interistituzioni e istituzionali. Approssimato, in quanto individua e sintetizza le grandezze e le strutture che lo caratterizzano al fine di coglierne le interazioni essenziali, semplificandole nella rappresentazione nella misura in cui ciò risulti possibile senza semplificazioni improprie. Approssimato, dunque, ma non approssimativo. Il carattere generale e approssimato dell'approccio sistemico esclude, al contempo, che esso possa essere anche **analitico**, per l'impossibilità di entrare nei dettagli senza perdere la visione d'insieme. La contrapposizione sistemico vs analitico sistematico distingue dunque dal punto di vista del metodo il diritto dell'economia come diritto di secondo livello da quello giuridico tradizionale.

**Il metodo giuridico tradizionale è infatti analitico – sistematico.** Esso delimita l'indagine agli istituti di diritto positivo, ne esamina gli elementi costitutivi per ricondurli coerentemente, attraverso un processo logico di astrazione, a sistema. Questa metodologia, per pervenire ad un esito sistematico, deve circoscrivere l'indagine ad un oggetto predeterminato e a specifiche fattispecie positive in settori omogenei con riferimento a specifiche discipline (diritto privato, il diritto pubblico, diritto commerciale, bancario, delle assicurazioni ..) Un approccio di questo tipo rimane necessariamente all'interno al sistema che analizza. **Il metodo analitico sistematico** studia le norme vigenti classificandole, a partire dalle fonti di produzione del diritto, secondo parametri di gerarchia e di competenza. Esso, pertanto, ha sia una funzione **descrittiva**, volta alla ricostruzione degli istituti, sia una **prescrittiva**, in quanto **interpreta le norme al fine della loro applicazione** e dell'eventuale intervento ripristinatorio del giudice e dell'irrogazione dell'eventuale sanzione. Il metodo, dunque, è funzionale all'effettività del diritto vigente ed indispensabile per la sua coerente e corretta applicazione. **Nello studio del diritto positivo si impiega pertanto una logica basata sulla casualità lineare**, secondo la quale data A (la norma) consegue necessariamente (e solo) B (il suo effetto normativo). Sottesa a questa concezione è l'assioma che fa coincidere l'effetto della norma con la modifica della realtà giuridica (principio di effettività della norma) per cui, in definitiva, **la realtà giuridicamente rilevante è solo quella che risulta dal sistema di produzione normativa e dalla sua interpretazione sistematica**. Il metodo, in coerenza con le sue finalità applicative, non può essere utilizzato per evidenziare gli effetti della norma al di fuori del sistema giuridico in esame. Questo metodo ha la sua affermazione più coerente nella teorica kelseniana del **metodo puro** del diritto. Nello schema analitico sistematico, dunque, gli effetti delle norme devono essere esaminati nella loro astratta concatenazione logica e ricondotti a sistema senza indebite interferenze esterne. Essi sono analizzati in una specie di vuoto pneumatico - sub vitro - come in un laboratorio scientifico di analisi. **In questo senso il metodo giuridico** positivista, definito appunto puro per indicarne la assoluta impermeabilità, **esaurisce la sua essenziale funzione euristica**

**nell'applicazione del diritto vigente ai rapporti giuridici** e nella normalizzazione della loro astratta sistematica negli istituti. Per fare fronte alla complessità e alla stratificazione normativa, il metodo analitico sistematico, per perseguire efficacemente i propri obiettivi sistematici, è spinto sempre più verso l'iperspecializzazione. La tendenza alla **ramificazione specialistica** (non solo nelle discipline giuridiche) confina la ricerca in contesti settoriali sempre più specifici e circoscritti. La ricerca tende in questo modo ad articolarsi in un processo di segmentazione settoriale e in campi di indagine a compartimenti stagni, al cui interno i singoli specialisti dialogano di norma solo tra loro. I diversi risultati delle ricerche in genere non si integrano e la loro sommatoria non fornisce alcuna visione d'insieme. **L'approccio pluridisciplinare non risolve il problema** di comunicazione, anzi lo può complicare, in quanto accostando linguaggi diversi si risolve in una giustapposizione di codici e linguaggi tecnici che non dialogano tra loro e che spesso tendono, per effetto di una naturale tendenza egemonica insita in ogni approccio scientifico, a far prevalere polemicamente il proprio punto di vista, risolvendosi il dialogo in tentativi di vicendevole sopraffazione piuttosto che in una loro integrazione di senso.

All'opposto il diritto dell'economia, nella ricerca di una visione d'insieme, deve superare tecnicismi settoriali, facendo necessariamente ricorso al linguaggio comune pur conservando l'appropriatezza lessicale, la coerenza concettuale, la concatenazione logica che rendono qualsiasi discorso scientifico oggettivamente controllabile.

**L'approccio sistemico del diritto dell'economia** si addentra dunque in una prateria piuttosto inesplorata, prendendo in considerazione le relazioni tra il diritto e l'economia, in un processo di causalità circolare, interagendo tra loro, modificano le strutture del sistema economico ed istituzionale. Da questo punto di vista, nello studio del diritto, l'approccio (macro) sistemico appare, come già accennato, complementare (con metodo e finalità diverse) piuttosto che alternativo al punto di vista (micro) analitico sistematico. Il riposizionamento più arretrato (il secondo livello) rispetto all'oggetto di indagine permette di evitare di essere sommersi nel tentativo di ricostruzione del sistema dalla debordante e cangiante "datità normativa". Non è forse un caso che tale esigenza di condensazione e compressione logico sistemica della realtà giuridica nelle sue strutture giuridiche essenziali si manifesti in un ordinamento giuridico come il nostro, in cui la produzione normativa raggiunge picchi di assoluto rilievo quantitativo. Semplificando in questo modo l'oggetto di studio, si può pervenire ad una migliore risoluzione dell'immagine complessiva, incentrata sulla dinamica delle interazioni istituzionali, fornendone sintesi concettuali ordinanti in termini di modelli costituzionali. Tendono così ad emergere, ripercorrendo le dinamiche istituzionali, regolarità e simmetrie, anche infrante, criticità, meccanismi istituzionali, regole del gioco e di funzionamento del sistema economico.

## **5. Un approccio storico e problem oriented: l'impatto del diritto sull'economia.**

A questo fine, l'approccio sistemico ripercorrendo l'evoluzione dei **modelli di costituzione economica, così come conformati a partire dall'apparizione dello stato di diritto**, ritraccia le dinamiche del mutamento, indicando connessioni esplicative e linee di tendenza che conducono, senza soluzioni di continuità, dalla nascita dello stato di diritto ad una visione d'insieme attualizzata.

A partire dalla successione dei modelli possiamo oggi riconoscere, nell'insieme delle relazioni istituzionali e interistituzionali unitariamente considerate, la **costituzione economica materiale**, assunta nel suo significato neutro di costituzione effettivamente applicata. Nella misura in cui la costituzione economica materiale si discosta dalla **Costituzione formalmente vigente** è possibile cogliere il grado di aberrazione tra l'essere della prima e il dover essere della seconda. Spostando l'indagine sulla effettività della costituzione materiale ci possiamo inoltre rendere conto come i processi sociali ed economici in atto possono manifestare una intrinseca capacità di resilienza in grado di elidere, deviare, annichilire gli effetti astrattamente previsti dalla norma. La comprensione di queste dinamiche inintenzionali indotte dal diritto è di fondamentale importanza per capire **l'impatto del diritto sull'economia**. Circoli virtuosi da preservare o innescare e circoli viziosi da evitare o dai quali rifuggire. Si rendono così manifesti i vincoli e, di riflesso, il potenziale margine di azione per "ricette" e "correttivi" che utilizzano il diritto come uno strumento ad applicazione puntuale come una specie di interruttore, un dispositivo che libera o incanala energie latenti, oppure chiude e devia forze inerziali o negative, innescando meccanismi virtuosi in grado di autoalimentarsi. In questo modo, **lo studio del diritto dell'economia si apre ad una dimensione *problem oriented* potenzialmente operativa**. In questa prospettiva, l'impatto del diritto sull'economia finisce per rappresentare il terreno di elezione privilegiato di studio dello studio del diritto dell'economia. In questo modo si coglie anche **la potenzialità didattica** del suo insegnamento suscettibile di fornire una visione d'insieme della realtà politico economica, stimolando la formazione negli studenti e nei ricercatori di un'autonoma capacità critico propositiva.