

L'autonomia scientifica del diritto dell'economia secondo G. Di Gaspare

Discutendo intorno al (l'ultima edizione del) suo volume "Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali" *

di Cosimo Pietro Guarini**

1. Scrivere una trattazione generale di diritto dell'economia non è cosa semplice. In realtà, non è mai semplice scrivere un'opera giuridica che sia degna di tale nome, ma scriverla di diritto dell'economia è persino più complicato. Non v'è unicamente da individuare un tema e sviluppare la riflessione su di esso con metodo giuridico, ma v'è anche la necessità di definire, innanzitutto, un metodo per cogliere la disciplina da approfondire – e, quindi, il suo oggetto – e, solo dopo, affrontare tale trattazione seguendo uno schema metodologico coerente con disciplina e oggetto.

Il diritto dell'economia, infatti, per quanto abbia acquisito visibilità nell'ambito degli studi giuridici, dapprima come insegnamento universitario, poi, in quanto settore scientifico disciplinare autonomo – salvo, da ultimo, smarrirne una parte a seguito dell'inquadramento a fini concorsuali all'interno del macrosettore12/E «Diritto internazionale, dell'Unione europea, comparato e dell'economia e dei mercati» – ha sempre interrogato i suoi cultori sull'an e sul *quomodo* della sua autonomia scientifica (cfr. F. Coccozza, 1989).

In realtà, l'affannarsi per dipanare tale nodo, per lungo tempo, non ha condotto a risultati decisivi o particolarmente pregnanti essendosi, semmai, consolidata l'opinione che il diritto dell'economia non sia una disciplina giuridica autonoma con un proprio oggetto specifico e un proprio metodo peculiare, bensì che si tratti di un insegnamento, assunto convenzionalmente in quanto tale, il cui oggetto è dato dal complesso normativo di settori che, in un modo o in un altro, hanno rilievo economico, e che, di riflesso, l'approccio a tale insegnamento non possa essere che quello proprio del ramo del diritto di cui è corollario. Esso, in definitiva, sarebbe costruito secondo l'ordine logico-sistematico proprio di altri settori scientifici dai quali provengono gli studiosi che si dedicano (anche) al suo approfondimento.

Per quanto possa sembrare oggi *demodè*, questa tematica è, invece, dirimente. Lo è perché ogni opera che si ponga l'obiettivo di essere un faro di trasmissione del sapere non può prescindere dal senso per cui è scritta, ma lo è anche perché l'approccio metodologico e, per il suo tramite, l'individuazione dell'oggetto della disciplina muta significativamente il contenuto della trattazione stessa. Se ci si volesse rifare a una delle regole più note della logica aristotelica, secondo la quale in ogni campo ci si può attendere quel grado di esattezza che la natura dell'oggetto permette, rassegnarsi a non individuare un oggetto definito equivale a condannare il

** Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università degli Studi di Bari Aldo Moro – e-mail: cosimopietro.guarini@uniba.it

diritto dell'economia a un limbo in cui non può classificarsi né sapere generale né sapere specialistico; in definitiva, un non-sapere in sé considerato.

Giuseppe Di Gaspare dedica svariate pagine della sua opera a queste essenziali premesse che, peraltro, riemergono prepotentemente lungo tutto il corso della trattazione e che prendono le mosse da alcuni suoi studi d'inizio Millennio (G. Di Gaspare, 2002); opera, per inciso, che, in controtendenza con l'attuale costume di ridurre quanto più possibile il numero delle battute tipografiche per essere più facilmente "adottabile", invece che risultare più breve da un'edizione all'altra, aumenta il suo spessore (non solo speculativo ma anche) materiale, senza compromessi.

Invero, non mancano trattazioni di diritto dell'economia che, pur pregevoli sotto tanti aspetti, si arrendono a quell'idea invalsa a partire dalla fine degli anni Settanta quando uno dei più autorevoli giuspubblicisti italiani, cimentandosi nell'impresa di scrivere un manuale di diritto (pubblico) dell'economia, "decretò", nelle sue premesse, che non ci si trovasse al cospetto di una disciplina autonoma (M.S. Giannini, 1977). Tante opere manualistiche che sono seguite si sono collocate più o meno nel medesimo solco, non si sa quanto per sincera adesione scientifica al pensiero dell'illustre giurista o, invece, per logiche di mera opportunità accademica. Sta di fatto che la loro originalità poteva essere colta nel modo di far risaltare temi d'interesse o nella costruzione di particolari classificazioni dei medesimi o nell'abilità di combinare armonicamente distinti itinerari di ricerca, risolvendosi, spesso, in una trattazione di tematiche aventi come collante l'essere collocate in un "ambiente" in cui l'economico è rilevante per il giuridico.

2. Un'altra delle ragioni che ha contribuito a rafforzare un siffatto orientamento riduzionista, sino a divenire negazionista, può rinvenirsi in una questione parallela, ma non distante, cioè in quella delle coordinate del rapporto tra diritto ed economia (per una prospettiva giuspubblicistica V. Atripaldi, 1998). L'inesausta diatriba sul se debba essere il diritto a conformare le dinamiche economiche o, invece, l'economia a dettare le regole che il diritto deve recepire e regolamentare, si risolve, nel pensiero giuspositivista, a favore del primo paradigma: la maggiore tradizione della scienza giuridica rispetto a quella economica, il carattere performante e autoritativo della regola giuridica, la teoria dello Stato e il concetto di sovranità (anche e soprattutto economica), declinata nelle forme dell'indirizzo politico (cfr. F. Gabriele, 2008), spingono in tal senso.

Questo approccio, cioè tentare di stabilire il primato di una scienza sull'altra, ha influenzato anche il dibattito in questione a tal punto da giungere a mettere in discussione persino la possibilità di concepire una disciplina specifica che, con strumenti giuridici, sia punto di osservazione privilegiato dei rapporti economici (sul superamento di tale approccio *amplius* C.P. Guarini, 2004).

Gli argomenti più spesi a supporto sono, peraltro, noti. Dal punto di vista ontologico, innanzitutto, l'economia sarebbe caratterizzata da processi che si auto-qualificano come tali per il solo fatto di svilupparsi impegnando risorse per il soddisfacimento di bisogni; il diritto, invece, avrebbe la necessità di fissarsi in istituti giuridici per essere percepito nella sua reale portata effettuale. Di qui la conseguenza che la dinamicità dei processi economici, che si alimentano di esperienze spontanee, quasi autopoietiche, talvolta controintuitive, non sarebbe omogenea alla fissità degli istituti giuridici che, al di là del loro vivere nella quotidiana opera plasmante della

maieutica interpretativa, nascono e muoiono in relazione alla volontà politico-normativa da cui dipendono, al di fuori della quale sarebbero elementi isolati di uno schematismo solo concettuale. L'evoluzione dei fenomeni economici sarebbe, invece, una ricollocazione dinamica di processi virtualmente inesauribili che si proiettano nella dimensione spazio-tempo secondo una rappresentazione prevalentemente circolare: quella di ciclo economico (J. Shumpeter, 1934). Le due dimensioni, pertanto, sarebbero persino geometricamente disomogenee.

Dal punto di vista metodologico, poi, il limite dell'autoreferenzialità del metodo giuridico si risolverebbe nell'unidimensionalità dell'indagine sull'oggetto con due conseguenze: l'attitudine a generare antinomie concettuali che vengono risolte nell'in sé della scienza giuridica (da cui appunto l'autoreferenzialità come matrice sistemica) e la necessità di afferrare il nucleo dell'oggetto della scienza su presupposti necessariamente convenzionali. La scienza economica sarebbe, invece, per sua natura dialettica; costola della filosofia, si connoterebbe per essere un sistema epistemologico aperto a contaminazioni significative con altre scienze sociali (N. Luhmann, 1990) anche in ragione del minor grado di verificabilità degli aspetti teorici legati all'analisi del comportamento dell'uomo (K.J. Arrow, 1951).

Dal punto di vista teleologico, infine, diritto ed economia si costituirebbero quali «autonome forme di conoscenza sulla base di presupposti opposti: come regolatore sociale servente beni ed interessi plurimi, il primo, come forma di conoscenza e, solo eventualmente, come regolatore sociale servente un unico interesse, la seconda» (R. Bifulco, 1998). Questione che si può in altro modo evocare richiamando, *mutatis mutandis*, la contrapposizione tra la concezione esistenziale dell'*homo oeconomicus* e quella dell'*homo politicus*. I prodotti delle due scienze (processo economico, da un lato, istituto giuridico, dall'altro) viaggerebbero, dunque, su livelli di astrazione diversi con la conseguente, intuitiva difficoltà di poter essere colti in sincrono.

Volendo riassumere: l'analisi dei rapporti tra diritto ed economia non potrebbe fruttuosamente essere svolta in chiave sincronica se non limitatamente a incroci tra le due scienze di tipo puntuale; l'approccio per istituti sarebbe inadatto a descrivere la trasformazione di questi nel dinamismo di un ambiente economico in moto perpetuo; il metodo unidimensione non può che riproporre all'infinito la sterile diatriba in ordine alla supremazia di una scienza sull'altra dimenticando che ontologia ed ontica (come insegna M. Heidegger, 1927) possono anche essere distinte concettualmente ma rimangono pur sempre funzionali l'una alla comprensione dell'altra.

3. Ma anche un terzo ordine di considerazioni ha concorso a ostacolare una riflessione che desse esiti positivi sulla valenza epistemologica del diritto dell'economia come disciplina autonoma. Esso può rinvenirsi nelle questioni relative al dibattito sul rilievo da attribuire alla nozione di "costituzione economica" e sulla possibilità di concepirla come nucleo autonomo all'interno del dettato costituzionale (R. Miccù, 1996).

E' noto quanti e quali dubbi siano stati sollevati sulla conciliabilità tra l'essenza pluralistica di una costituzione e la predeterminazione in essa di un modello di ordine economico (cfr. M. Luciani, 1990), nonché sulla inutilità sostanziale (quando non, addirittura, sulla pericolosità) dell'inserimento o dell'individuazione di una autonoma "costituzione economica" in un testo costituzionale. La costituzione economica, difatti, «non è la carta di un ambito extra-statale (...), ma la stessa e

identica costituzione dello Stato, non indebolita della sua originaria politicità, ma soltanto applicata ai rapporti dell'economia (...) E' piuttosto una determinazione interna all'unità complessiva della costituzione, che non separa le norme economiche da tutte le altre, ma le ricongiunge con esse nel disegno totale» (N. Irti, 1998). Un siffatto ordine di idee ha avuto sul dibattito *de qua* lo stesso effetto *tranchant* che l'opinione di M.S. Giannini aveva avuto a proposito dell'autonomia scientifica del diritto dell'economia, limitando l'uso dell'espressione "costituzione economica" a un immutabile contenuto convenzionale di tipo descrittivo che, però, lustro dopo lustro avrebbe probabilmente meritato (e, forse, meriterebbe) una riponderazione, specie in ragione dell'imprevedibile accelerazione dell'espandersi di fenomeni giuridico-economici di marcata connotazione sovranazionale e globale (cfr. S. Cassese, spec. II ed., 2000).

4. Ebbene, all'incrocio tra teorie riduzioniste, totalitarie e negazioniste si colloca l'opera dell'Autore che con raffinatezza ermeneutica dipinge i tratti di una teoria che è prescrittiva e non descrittiva e, quindi, è anche di metodo. Essa delinea l'*ubi consistam* della disciplina e del suo oggetto ma non lo fa in forma integrazionista, al modo della *Law & Economics* per intendersi (*amplius* R. Pardolesi, 1987), bensì riportando la questione da cui si è partiti all'interno del giuridico e della sua propria dialettica.

Il primo passaggio che l'Autore propone è quello di abbandonare la concezione positivista del diritto secondo la quale fenomenologia giuridica e sistema giuridico si esauriscono nell'insieme degli istituti giuridici tipici posti dal legislatore. A quest'ultima modellistica si ispirano le due grandi concezioni che si sono confrontate sul tema in questione: quella totalitaria che ascrive a tale disciplina tutti i rapporti giuridici strumentali al realizzarsi di effetti economicamente rilevanti, quindi anche tutti gli istituti giuridici correlati i quali diventano evanescenti e si perdono nell'insieme; quella riduzionista, molto più diffusa, che, al contrario, assume come metro di classificazione il profilo formale e colloca ogni aggregato normativo di settore nelle specificità di istituti che in sé considerati appartengono alle altre tradizionali discipline giuridiche, così, ad un tempo, svuotando il potenziale oggetto del diritto dell'economia e impedendo, in definitiva, la creazione di un autonomo *genus*.

Nell'accettare l'idea «che il diritto dell'economia non si distingue per la presenza di "istituti giuridici tipici"», il secondo passaggio che l'Autore suggerisce sta nell'«assumere come oggetto del diritto dell'economia lo studio delle istituzioni all'interno delle quali si collocano gli istituti ma senza che le prime siano scomponibili nei secondi». Utilizzando un'immagine descrittiva molto efficace, Giuseppe Di Gaspare precisa che «gli istituti giuridici non costituiscono i singoli mattoni dalla cui somma risulta il *quid proprium* dell'istituzione», che dunque è qualcosa di diverso e di ulteriore rispetto alla disciplina positiva dei singoli istituti. In questo modo «il diritto dell'economia verterebbe allora sullo studio sistemico delle relazioni che intervengono tra le istituzioni rilevanti dell'economia», quelle fondamentali, cioè pubblici poteri, impresa e mercato.

Tali istituzioni, nei confronti dei rapporti giuridici che in esse si svolgono, si configurano come il loro «contenitore conformante», la cui forma è il risultato di un complesso effetto di interazioni esogene ed endogene.

Per tale via l'Autore giunge a due risultati: a) il diritto dell'economia ha come oggetto lo studio delle istituzioni e del suo complesso aggregato potendosi definire come una scienza giuridica di "secondo livello" che offre una rappresentazione della realtà giuridica dinamica, diversa e autonoma rispetto all'insieme dei principi e delle regole desunti dallo studio del diritto positivo di "primo livello"; b) la complessità di tali relazioni non può che avere, come approccio metodologico, un punto di vista sistemico: «un tutto integrato la cui essenziale conformazione deriva dalle relazioni tra le istituzioni piuttosto che dall'analisi delle proprietà delle singole componenti (cioè gli istituti)».

Nel terzo passaggio l'Autore riconduce a sistema teorico anche la posizione giuridica dell'individuo, il cui *status*, in una prospettiva dinamica tra istituti e istituzioni, si colloca come «diaframma tra le due grandezze» in tal modo recuperando quella che viene chiamata «riconciliazione metodologica tra diritto dell'economia e altri rami del diritto». Anzi, di più, tali posizioni giuridico-soggettive arrivano anch'esse a comporre l'oggetto specifico del diritto dell'economia quando il loro margine di autodeterminazione, non predeterminabile, è tenuto a raffrontarsi alla struttura giuridica organizzativa delle istituzioni con cui entra in rapporto.

5. Questa ricostruzione, qui brutalizzata per necessità di sintesi, ma molto più profonda e foriera di spunti di riflessione, rende giustizia di gran parte delle obiezioni che si erano evidenziate all'inizio di questo breve discorso e, anzi, le contempla e ne sfrutta la dimensione dialettica per rafforzare la sua *vis* teorica:

- individua con chiarezza abbacinante l'oggetto specifico della disciplina delineandone l'autonomia senza fratture metodologiche con altri rami del diritto il cui studio, semmai, si integra funzionalmente nel processo cognitivo;

- supera la limitatezza dell'indagine giuridica della comprensione dei rapporti economici solo per istituti recuperandone la portata all'interno di una dimensione nuova e diversa di carattere dinamico, senza rese a presunti sillogismi necessari;

- rende conto di quel margine ineluttabile d'imponderabilità della relazione tra dinamiche economiche e dinamiche istituzionali e, anzi, come sottolineato nella *Prefazione*, resta colpito dalla «inintenzionalità» che tali dinamiche hanno avuto, «la cui rilevazione rimane normalmente in ombra rispetto alla ricostruzione di quello che potrebbe essere definito "il consapevole disegno di politica economica"»;

- avvicina molto la riflessione giuridica alla riflessione di quegli economisti che assumono come fondamentale il ruolo delle istituzioni (pubbliche e private) affermando a più riprese che «le istituzioni non solo influiscono sull'evoluzione delle attività economiche ma che le differenze dei risultati economici dipendono nel tempo dagli assetti istituzionali» e si propongono di dare una struttura analitica della qualità dello sviluppo economico alla luce delle trasformazioni delle istituzioni, ritenendo indispensabile l'approccio diacronico per cogliere le tante asimmetrie che in questo ambiente si verificano e che possono essere osservate solo riconducendo la riflessione a sistema (D.C. North, 1990);

- imposta una metodologia dialettica e non unidimensionale nella quale storia, economia e diritto dialogano tra loro. E ciò appare una scelta felice, anzi la migliore scelta se è vero che «il centro delle riflessioni unidimensionali si trova ai margini dell'oggetto; invece il centro dell'oggetto si trova ai margini delle idee, cioè nel posto in cui le riflessioni polarmente contrapposte si toccano» (D. Schindler, 1932), o che, per dirla con N. Hartmann, «per cogliere l'astratto che non riesce ad afferrare

l'oggetto c'è bisogno di un pensiero comprendente, dialettico che strappi l'oggetto dal suo isolamento».

6. Un'ultima osservazione, infine, sul concetto di "costituzione economica" e su come Giuseppe Di Gaspare lo intende aggettivandolo con "materiale": costituzione economica materiale, appunto.

Ben lungi dall'attribuire a tale espressione contenuti ideologici, sottolinea che essa è strumentale a cogliere il grado di divergenza delle prassi giuridiche istituzionali o delle convenzioni interpretative rispetto alla costituzione formale, cioè gli scostamenti esistenti nell'attuazione dei rapporti economici e sociali così come essi dovrebbero desumersi dall'interpretazione del testo fondamentale. Il concetto di costituzione economica materiale, in altri termini, è lo strumento per superare il limitato approccio di elaborare astrattamente il quadro teorico del diritto dell'economia. Esso, invece, va desunto in chiave diacronica sulla scorta di ciò che è dato osservare come effettivamente vigente.

Tale approccio è decisamente condivisibile nella misura in cui viene utilizzato per la migliore comprensione della disciplina *de qua* facendo uso delle categorie di forma di Stato e forma di governo e del loro incedere storico; categorie da usare come chiave di lettura del rapporto tra libertà economiche e diritti sociali nel "paradosso costituzionale finanziariamente condizionato" del costituzionalismo al tempo della crisi secondo il quale il *proprium* distintivo delle costituzioni sociali sta nel riconoscimento e nella promozione dei diritti sociali e nell'interventismo pubblico per la concreta attuazione dei medesimi ma la limitatezza di risorse pubbliche e il principio (liberale) del vincolo(/equilibrio) di bilancio relegano la costituzione formale (sociale) ad apparire solo come un magnifico programma in ampia parte inattuato nel reale e concreto svolgersi dei fenomeni che gli sono propri e che lo riguardano.

Con ogni evidenza, tutto questo non sembra possa essere attribuito all'efficacia inerziale degli istituti ma all'agire delle istituzioni.

In tal modo, l'Autore, dunque, supera la tesi che ha risolto l'espressione "costituzione economica" in un'accezione solo evocativa o descrittiva per farla assurgere a parametro di riferimento dello stato di attuazione in concreto della costituzione formale ma senza con ciò ideologizzarla e, nel contempo, senza farle smarrire la sua immanenza organica nel complessivo disegno costituzionale.

7. Tutta la costruzione di cui si è reso, sin qui, sommariamente conto, che nel suo complesso si può sostenere definisca i lineamenti di una teoria olistica del diritto dell'economia, al di là della profondità degli spunti che offre per una riflessione sui prossimi sviluppi di un'analisi giuridico-assiologica dell'economia, regala ad un giuspubblicista una soddisfazione in più: la convinzione che per poter pienamente cogliere l'autonomia scientifica del diritto dell'economia, ancorché non ascrivibile a nessun diritto di "primo livello" in particolare, sia necessaria la profonda conoscenza di paradigmi fondanti la scienza costituzionalistica (F. Coccozza, 2003).

BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE

La presente bibliografia, tutt'altro che esaustiva, si limita all'indicazione delle opere dei soli Autori cui si è fatto riferimento nel corso del presente intervento:

- ARROWS K.J., *Social Choice and Individual Values* (1951), *Scelte sociali e valori individuali*, trad. it. di Graziola G., Milano, 1977
- ATRIPALDI V., *La Costituzione economica tra "patto" e "transizioni"*, in ATRIPALDI V., GAROFALO G., GNESUTTA C., LOTITO P.F. (a cura di), *Governi ed economie. La transizione istituzionale nella XI Legislatura*, Padova, 1998, pp. 3 ss.
- BIFULCO R., *Costituzioni pluralistiche e modelli economici*, in ATRIPALDI V., GAROFALO G., GNESUTTA C., LOTITO P.F. (a cura di), *Governi ed economie*, cit., pp. 505 ss.
- CASSESE S., *La nuova Costituzione economica. Lezioni*, II ed., Roma-Bari, 2000
- COCOZZA F., *Brevi considerazioni sui profili didattici del diritto pubblico dell'economia*, in *Dir. dell'Economia*, 1989, pp. 703 ss.
- COCOZZA F., *Diritto pubblico applicato all'economia*, Torino, 2003
- DI GASPARE G., *Teoria istituzionale e diritto dell'economia. Appunti per una riflessione su oggetto e metodo*, in GABRIELE F., BUCCI G., GUARINI C.P. (a cura di), *Il mercato: le imprese, le istituzioni, i consumatori*, Bari, 2002, pp. 117 ss.
- DI PLINIO G., *Diritto pubblico dell'economia*, Milano, 1998
- GABRIELE F., *Processi di decisione multilivello e governo dell'economia: alla ricerca della sovranità economica*, in GABRIELE F., CABIDDU M.A. (a cura di), *Governance dell'economia e integrazione europea*, vol. I, *Processi di decisione politica e sovranità economica*, Milano, 2008, pp. 3 ss.
- GIANNINI M.S., *Diritto pubblico dell'economia* (1977), Bologna, 1995
- GUARINI C.P., *Tendenze scientifiche e contaminazioni tra diritto (pubblico) ed economia. Spunti per una riflessione*, in *ALECUB – Economia e Commercio*, 2004, n. 1, pp. 27 ss.
- HEIDEGGER M., *Sein und Zeit* (1927), *Essere e tempo*, trad. it. di Marini A., Milano, 2011
- IRTI N., *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998
- LUCIANI M., voce *Economia nel diritto costituzionale*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. V, Torino, 1990, pp. 373 ss.
- LUHMANN N., *Soziale Systeme: Grundriss einer allgemeinen Theorie* (1984), *Sistemi sociali. Fondamenti per una teoria generale*, trad. it. e *Introduzione* di Febbrajo A., Bologna, 1998
- MICCÙ R., «*Economia e Costituzione*»: una lettura della cultura giuspubblicistica tedesca, in *Quad. del pluralismo*, 1996, pp. 243 ss.
- NORTH D.C., *Institutions, Institutional Change and Economic Performance* (1990), *Istituzioni, cambiamento istituzionale, evoluzione dell'economia*, trad. it. e *Presentazione* di Santagata W., Bologna, 1994
- PARDOLESI R., voce *Analisi economica del diritto*, in *Dig. Disc. Priv.*, Sez. Civile, vol. I, Torino, 1987, pp. 309 ss.
- SCHINDLER D., *Verfassungsrecht und soziale Struktur* (1932), *Diritto costituzionale e struttura sociale*, trad. it. e *Introduzione* di Bifulco R., Padova, 1999
- SHUMPETER J., *The Theory of Economic Development* (1934), *Teoria dello sviluppo economico*, Firenze, 1977.